

EN TORNO A LA NOCIÓN VISIGODA DE TIRANÍA

SUMARIO

I. EL CONCEPTO ISIDORIANO DE TIRANÍA:

1. *La repercusión doctrinal de las definiciones isidorianas.*
2. *Las repercusiones políticas de la doctrina isidoriana:*
 - A) La deposición de Suíntila.
 - B) La influencia de la doctrina isidoriana en las crisis carolingias del siglo IX.

II. EL CONCEPTO VITAL DE TIRANÍA EN LA ÉPOCA VISIGODA:

1. *Los «tiranos» del Bajo Imperio.*
2. *Los «tiranos» visigodos.*
3. *La «tiranía» de San Hermenegildo.*
4. *Los tiranos-reyes.*
5. *En la Asturias cristiana.*

IV. EL CONCEPTO ISIDORIANO DE TIRANÍA

El término *tiranía* y sus derivados no han sido empleados unívocamente por los escritores de la España visigoda. Sorprende a veces encontrar en un mismo autor, como San Isidoro, huellas claras de una equívocidad conceptual, cuyo alcance aparece, por otra parte, bien delimitado, y que nos lleva a concluir que en sus escritos coexisten dos nociones, la una heredada de la tradición clásica, que es la recogida en sus obras enciclopédicas y doctrinales, y la otra, más vital, que inspira sus criterios estimatorios cuando enjuicia como historiador sucesos y personas.

Hace pocos años J. A. Maravall perfilaba lucidamente ambos conceptos, resaltando hasta qué punto, frente a la consi-

deración de la tiranía en el pensamiento grecorromano como ejercicio abusivo de la autoridad y del tirano como el mal príncipe, prevalece ahora una noción, que no implica verdadera descalificación moral, por la que el término «tirano» se aplica al usurpador o rebelde que se alza contra el legítimo detentador del poder, es decir, al que la doctrina política de la Baja Edad Media llamará tirano por defecto del título¹. Esta misma opinión sosteníamos en fecha más reciente al estudiar el problema de la «tiranía» de San Hermenegildo, procurando precisar el exacto sentido que deben atribuirse a las expresiones usadas por Juan Biclarense y San Isidoro para calificar la actitud de rebeldía del Príncipe mártir en el conflicto político-religioso que le enfrentó con su padre².

Parece de interés considerar más detenidamente estas distintas nociones de tiranía con el fin de lograr una más ajustada fijación de los conceptos. Pero estimamos, sobre todo, conveniente inquirir su repercusión y consecuencias no tan sólo en el terreno doctrinal, sino también en el de los hechos, para determinar así su efectivo influjo en el plano de las realidades político-jurídicas. Este es el propósito que inspira las páginas que siguen y que confiamos podrán contribuir al mejor conocimiento de algunos problemas y a un más claro entendimiento de ciertos aspectos de no pequeña importancia en la vida de la España visigoda.

I. LA REPERCUSIÓN DOCTRINAL DE LAS DEFICIONES ISIDORIANAS

Es poco probable que San Isidoro entreviera el amplísimo eco que sus disquisiciones etimológicas sobre ciertos términos de sabor político iban a encontrar en los escritores de los siglos medievales. En efecto, como bien dice Fritz Schultz, «these apparently harmless linguistic remarks were destined to become stock phrases in medieval political discussion»³. Inofensivas

1. JOSÉ ANTONIO MARAVALL: *La «morada vital hispánica» y los visigodos*, en «Clavileño», núm. 34, julio-agosto 1955, págs. 31-34.

2. JOSÉ ORLANDIS: *Algunas observaciones en torno a la «tiranía» de San Hermenegildo*, en «Temis», núm. 2, Zaragoza, 1957, págs. 67-75.

3. FRITZ SCHULTZ: *Bracton on Kingship*, en «L'Europa e il Diritto

precisiones de erudito conocedor de las letras clásicas o, en todo caso, construcciones doctrinales de teórico que se mueve en el terreno de los principios, estaban destinados a ser piedra angular de la polémica varias veces centenaria en torno a cuestiones de capital importancia para la historia del pensamiento político.

No nos incumbe detenernos a estudiar el lugar que corresponde a San Isidoro en la historia de las ideas políticas y especialmente en lo que Arquillièrre llama el tránsito del pensamiento agustiniano al Agustínismo político⁴. Interesa, sí, resaltar que hace medio siglo Carlyle, tras atribuir a San Isidoro junto con San Agustín la paternidad de la teoría sobre el carácter sagrado de la autoridad del gobernante, llevada hasta sus últimas consecuencias doctrinales por San Gregorio Magno, estimaba, sin embargo, que San Isidoro se aparta netamente de la postura agustiniana en el punto de la no resistencia al rey malvado. Si coincide con ella al estimar a esos gobernantes como un castigo de Dios sobre el pueblo, no saca en cambio la conclusión de no ser lícito resistirles. La legitimidad del poder, para Isidoro, viene determinada esencialmente por su naturaleza; solamente al poder legítimo no es lícito resistir; pero tan sólo podrá ser considerado legítimo un poder o un gobernante en tanto rija rectamente y promueva la realización de la justicia⁵.

Como puede observarse, el Isidoro doctrinario, político, el autor de las *Etimologías* y las *Sentencias*—no, por cierto, el Isidoro historiador—, parece soslayar de algún modo el concreto problema institucional de la legitimidad de origen del poder para polarizar su atención en el de la legitimidad de ejercicio; sobre ésta, toda una teoría puede deducirse de sus

Romano, *Studi in memoria di Polo Koschaker*, vol. I, Milano, 1954, página 41.

4. H.-X. ARQUILLIÈRE: *L'Augustinisme politique*, París, 1934, páginas 93-104, cap. III, 3: «Le développement de l'Augustinisme politique».

5. R. W. CARLYLE, C. I. E. and A. J. CARLYLE, M. A.: *A History of Mediaeval political theory in the West*, I, Edinburgh and London, 1903, págs. 147-60 y especialmente 172-73.

textos. Si en la Antigüedad—escribe—los términos *rex* y *tyrannus* eran sinónimos, no sucedió así después⁶; más tarde, el apelativo de tiranos se reserva a los *pessimos atque improbos reges* que someten a sus pueblos a una cruelísima y abusiva dominación⁷. Los reyes se caracterizan por gobernar con justicia, rectamente, y de ahí procede incluso su nombre: *reges a regendo et recte agendo*, precisa Isidoro, haciendo suyas las distinciones agustinianas de *La Ciudad de Dios*⁸.

Existen, por consiguiente, unas virtudes que son propias de los reyes, entre las cuales destacan eminentemente la justicia y la piedad: *regiae virtutes praecipuae duae, justitia et pietas*⁹; las virtudes regias son la piedra de toque, el criterio discriminador entre el rey y el tirano: será verdadero rey, gobernante legítimo, el que las posea; por estar adornado de ellas, el rey es *modestus et temperatus*; por faltarle, es cruel el tirano¹⁰. El rey, por último, no gobierna a capricho, sino

6. DU CANGE: *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, VI, Parisiis, 1846; pág. 710, términos *tyrannia, tyrannides, tyrannizare, tyrannus*; FRITZ KERN: *Gotesgnadentum und Widerstandrecht im früheren Mittelalter*, 1915, pág. 396, Anhang XXIII. *Rex und Tyrannus*. Hay edición española con el título *Derechos del Rey y derechos del Pueblo*, traducción y estudio preliminar de Angel López-Armo, Biblioteca del Pensamiento Actual, Rialp, Madrid, 1955. En ella, siguiendo un criterio análogo al utilizado en la edición inglesa, se han suprimido los apéndices y la mayor parte de las notas.

7. ISIDORO: *Etymologiae*, IX, 3: «Tyranni Graeci dicuntur iidem Latine et reges; nam apud veteres inter regem et tyrannum nulla discretio erat... Jam postea in usum accidit, tyrannos vocari pessimos atque improbos reges luxuriosae dominationis cupiditatem, et crudelissimam dominationem in populis exercentes.»

8. *Etym.*, I, 29: «Sunt autem etymologiae nominum aut ex causa datae, ut *reges a regendo et recte agendo*»; IX, 3: «Reges a regendo vocati: sicut enim sacerdos a sanctificando ita rex a regendo: non autem regit qui non corrigit». Cf. *Sententiae*, III, 48. Vid. J. BALOGH: *Rex a recte regendo*, en «*Speculum*», 3, 1928, págs. 580-82.

9. *Etym.*, IX, 3: «Regiae virtutes praecipuae duae, justitia et pietas: plus autem in regibus laudatur pietas; nam iustitia per se severa est».

10. *Etym.*, I, 31: «Cum quaeritur quid inter regem et tyrannum adiecta differentia, quid uterque sit, definitur, ut rex modestus et temperatus, tyrannus vero crudelis».

que está sujeto al derecho y es el primero en obedecer a sus propias leyes ¹¹.

La conclusión lógica de la doctrina isidoriana y punto de arranque del ulterior desarrollo es que el nombre y el carácter del rey no es indeleble: se conserva gobernando rectamente, pero pecando se pierde. La vieja máxima transmitida por Horacio, recogida y completada por San Isidoro, aparece elevada a la categoría de principio político fundamental: *Rex eris si recte facies, si non facies non eris* ¹². La legitimidad se pierde por el mal uso del poder.

La prodigiosa fortuna que alcanzaron los textos isidorianos queda patente a través del crecidísimo número de escritores eclesiásticos de los siglos inmediatos que los recogen; si unos lo hacen literalmente mientras otros con más o menos fidelidad, para todos una cita de San Isidoro es siempre argumento de autoridad. Hacia el año 700 el Pseudo-Cipriano incluye ya las deficiones isidorianas ¹³. A partir de entonces las huellas se multiplican; Carlyle da noticia de una serie de autores del siglo IX donde se encuentran. Hrabanus Mauro reproduce literalmente en su tratado *De Universo* el texto del *rex eris*, y con alguna menos exactitud aparece en el *De Rectoribus Christianis*, de Sedulio Escoto, en Jonás de Orleáns, Cathulfo e Hincmaro de Reims ¹⁴. La distinción isidoriana entre *rex* y *tyrannus* se halla también recogida literalmente en Hrabanus Mauro y, con mayor libertad, en algún otro autor. Hincmaro de Reims es uno de los escritores que toma de Isidoro la necesidad de las *regiae virtutes, justitia et pietas*, para que

11. *Sent.* III, 51: «Iustum est principem legibus obtemperare suis... Principem legibus teneri suis».

12. *Sent.*, III, 48: «Reges a recte agendo vocati sunt, ideoque recte faciendo regis nomen tenetur, peccando amittitur». *Etym.*, IX, 3: «Recte igitur faciendo regis nomen tenetur, peccando amittitur. Unde et apud veteres tale erat proverbium: rex eris si recte facies, si non facias non eris».

13. PSEUDO-CYPRIANUS: *De XII abusivis saeculi*, ed. Siegmund Hellman; en *Texte und Untersuchungen zur Geschichte der altchristlichen Literatur herausgeben v. Harnack und Carl Schmidt*, Leipzig, 1911, pág. 34, *Abusio IX*.

14. CARLYLE: *History* pág. 221.

el gobernante no se convierta en tirano, y en otra de sus obras, *De Divortio Lotharii et Tetbergae*, en un pasaje de claro sabor isidoriano, agrega como nuevas virtudes de los verdaderos reyes las de *mansuetudo, patientia et vera dilectio*¹⁵.

Schultz aporta nuevos testimonios de la difusión de la doctrina isidoriana en Burcardo, Ivo de Chartres y el mismo *Decretum* de Graciano¹⁶. Importa todavía resaltar que, como habrá podido ya advertirse, la influencia de Isidoro, a más de ser muy extensa es casi siempre de sustancial importancia. Acabamos de ver hasta qué punto penetra en pasajes diversos de las obras de escritores posteriores. En el *De Institutione Regia*, quizá el más interesante tratado sobre la potestad real de la primera mitad del siglo IX, su autor, el obispo Jonás de Orleáns, está tan impregnado del pensamiento de San Isidoro que, como advierte Reviron, no tan sólo es el escritor más copiosamente citado, sino que la misma diversidad de las fuentes isidorianas hace difícil en ciertos pasajes establecer exactamente las referencias¹⁷.

2. LAS REPERCUSIONES POLÍTICAS DE LA DOCTRINA ISIDORIANA

En el seno de la corriente doctrinal agustiniana, San Isidoro ocupa una posición singular. Sus pasajes sobre la realeza y la tiranía, el carácter en cierto modo condicional que atribuirían al poder real y la posible pérdida del mismo nombre de rey, si el soberano no gobierna con justicia, hace que los textos isidorianos sean especialmente incisivos. Sus definiciones plantean cuestiones cargadas de posible peligrosidad política y aptas para deducir en buena lógica las conclusiones prácticas más extremas, sin excluir la resistencia al poder, la deposición del monarca y hasta el tiranicidio.

Sin embargo, del terreno de los principios al de las realidades políticas puede mediar buen trecho. La problemática

15. *Ibid.*, pág. 222.

16. SCHULTZ: *Bracton*, pág. 41, n. 5.

17. JEAN REVIRON: *Les idées politico-religieuses d'un évêque du IX^e siècle. Jonas d'Orleans et son «De Institutione Regia»*, étude et texte critique, París, 1930, pág. 72 y n. 3 de esta misma página.

isidoriana en torno a legitimidad y tiranía tuvo, como hemos visto, una vastísima repercusión doctrinal, pero sería inútil pretender encontrar una huella paralela en los hechos y más todavía en las instituciones. Buen índice de lo que decimos puede ser el examen comparativo, hecho por Schultz, de dos obras inglesas de doctrina política, intensamente influenciadas por las ideas isidorianas: el *Policraticus*, de Juan de Salisbury, y el tratado de Bracton sobre la Realeza¹⁸. Ambos recogen la tesis de San Isidoro de que el rey *qui non facit justitiam* deja de ser rey y se convierte en tirano, no puede considerarse ya como vicario de Dios. Pero mientras Juan de Salisbury, un doctrinario, saca las últimas consecuencias de estas premisas, y el *Policraticus* defiende la tesis revolucionaria de que es lícita la resistencia y aun el regicidio, el tratado de Bracton, una obra jurídica, dista mucho de seguirle por esos derroteros: los súbditos nada deben intentar, sino confiar al juicio de Dios el castigo y la destrucción del tirano. Bajo esta versión—como observa Schult—la doctrina eclesiástica había, sin duda, perdido peligrosidad, pero también, ciertamente, buena parte de su eficacia¹⁹.

A) *La deposición de Suíntila.*

Que los textos isidorianos más famosos sobre el rey y la realeza figuren en ciertos códigos y ediciones del *Liber Iudiciorum* no es argumento decisivo en favor de su vigencia legal y, sobre todo, nada prejuzga acerca de su aplicación práctica en la realidad política e institucional de la España visigoda²⁰. Mayor interés ofrece compulsar la efectividad de la

18. JOANNES SARESBERIENSIS: *Policraticus*, ed. Webb, 1909.

19. SCHULTZ: *Bracton*, pág. 43.

20. Refiriéndose a los principios isidorianos, SCHULTZ habla de que, repetidos mil veces por los escritores medievales, «they changed in their hands from etymological statements to political and even legal principles. In Spain they assumed this character as early as the seventh century and according'y were inserted in the preliminary title of *Lex Visigothorum Vulgata*». Vid. *Bracton*, pág. 42. En la edición de la Real Academia, los textos de San Isidoro forman el título I del Libro I: *Fuero Juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códigos*, por la Real Academia Española, Madrid, 1815, pág. I.

doctrina en la más interesante coyuntura que a tal efecto ofrece la historia del Reino toledano: la deposición de Suíntila.

Menéndez Pidal ve en ella la última consecuencia del pensamiento etimológico de San Isidoro. «Y esto no quedó en sola teoría. En días de Isidoro, Suíntila perdió, efectivamente, su calidad de rey por no regir rectamente»²¹. A los ojos de nuestro insigne historiador, las resoluciones contra Suíntila de los Padres del IV Concilio Toledano son «el comentario de hecho que el Concilio hace a las doctrinas isidorianas; en las *Etimologías* y en las *Sentencias* se hallaba escrito terminantemente: *peccando, regis nomen amittitur*»²². Los cánones conciliares serían pues, la glosa vertida en hechos a los textos de Isidoro y la prueba más fehaciente de la vitalidad real de su doctrina.

Resulta evidente que estas apreciaciones pueden suscribirse sin reparo en sus líneas fundamentales: nunca la doctrina de Isidoro pesaría más en la historia visigoda que en estas jornadas dramáticas del año 633 en la atmósfera de aquellas sesiones conciliares, presididas personalmente por el mismo Santo Metropolitano de Sevilla. Pero parece conveniente considerar despacio los datos que las fuentes contemporáneas nos han legado para matizar mejor su sentido y afinar su alcance.

Importa aclarar, ante todo, que es inútil, con la sola ayuda de las escasas noticias de que disponemos, pretender averiguar las razones que determinaron el cambio de actitud de San Isidoro frente a Suíntila. El contraste entre los cálidos elogios de la *Historia Gothorum*, coronados por el voto de que su hijo

En los *Portugaliae Monumenta Historica*, Legum, vol. I, Olisipone, 1856, págs. 1-133, se recoge íntegramente la versión latina de la edición de la Real Academia Española y también, por lo tanto, los textos isidorianos; éstos, sin embargo, han sido omitidos en su edición por Zeumer, que en la introducción hace expresamente referencia a esta exclusión: «Ab hac editione seclusimus haec: Titulum de electione principum (ed. Matr. p. [I]-[X] ex conciliorum canonibus compositum...)» *Monumenta Germaniae Historica, Legum Sectio I, tomus I. Leges Visigothorum*, ed. Karolus Zeumer, 1902, Praefatio, pág. XXVII.

21. RAMÓN MENÉNDEZ PIDAL: *Historia de España*, III, *La España visigoda*, Madrid, 1940; Introducción, pág. XXXIX.

22. *Ibid.*, pág. XL.

Ricimiro fuera su sucesor en el trono, y la presidencia del Concilio en que se fulmina la condenación del rey depuesto es demasiado chocante para que no se preste a las interpretaciones más contrapuestas ²³.

A título de puras hipótesis pueden aventurarse las de que actuaciones posteriores de Suíntila hubiesen torcido su antigua línea de conducta, o bien, la más probable, de que el Concilio, colocado ante los hechos consumados, no tuviere otro camino que sancionar la deposición del Rey, en evitación de mayores males. No puede echarse en olvido que nos encontramos aquí ante el fenómeno insólito de un monarca visigodo para el que la pérdida del trono no lleva aparejada, como había sido regla hasta entonces, la pérdida de vida. Al influjo de la Iglesia es muy probable que se debiera el que Suíntila pudiese morir años más tarde pacíficamente—*propria morte*—en Toledo ²⁴.

En todo caso, lo que sí aparece claro es que Suíntila perdió el trono, derribado por una insurrección militar. Por la razón que fuera, y quizá por el mismo intento de asegurar la sucesión en favor de su hijo, un grupo de magnates encabezados

23. *Manumenta Germaniae historica, Auctorum Antiquissimorum, tomus IX; Chronica minora saec. IV, V, VI, VI*, ed. Theodorus Mommsen, 1894, pág. 293; S. ISIDORO: *Historia Gothorum*: «Huius filius Ricimirus in consortio regni adsumptus pari cum patre solio conlatur, in cuius infantia ita sacrae indolis splendor emicat, ut in eo et meritis et vultu paternarum virtutum effigies praenotetur, pro quo exorandus est caeli atque humani generis rector, ut sicut extat consensu patrio socius, ita post longaevum imperium sit et regni successione dignissimus.» Entre las diversas interpretaciones que se han dado al modo de proceder de San Isidoro y a las razones de su cambio de actitud, vid.: FÉLIX DAHN: *Die Könige der Germanen*, V, Würzburg, 1870, págs. 184-88; P. J. TAILHAN: *Anonyme de Cordoue. Chronique rimé des derniers rois de Tolède et de la conquête de l'Espagne par le Arabes*, París, 1885, págs. 64-65; AUREO FERNÁNDEZ GUERRA y EDUARDO DE HINOJOSA: *Historia de España desde la invasión de los pueblos germánicos hasta la ruina de la Monarquía visigoda*, Madrid, 1890, págs. 429 y sigs.; GARCÍA VILLADA: *Historia eclesiástica de España*, II, 1.^a parte, Madrid, 1932, págs. 95-96; MANUEL TORRES LÓPEZ: *El Reino hispanovisigodo*, en *Historia de España*, dirigida por R. Menéndez Pidal, III, págs. 116-18.

24. *M. G. H., A. A. XI, Chron., min.*, pág. 373; *Epitome Ovetensis*: «(Suíntila) fine proprio Toletto decessit sub. imp. Eraclio».

por Sisenando se levantó contra el Rey y pidió ayuda a los vecinos francos ²⁵. Fredegario nos ofrece un relato lleno de colorido de los hechos y de cómo Sisenando ofreció a Dagoberto, cual precio de su intervención, aquella preciada joya del tesoro real visigodo, el *missurium aureum nobelisseumum* que muchos años atrás recibiera Turismundo del patricio Aecio, el compañero de armas en los Campos Mauriacenses. La codicia del Rey franco pesó de modo decisivo. Dagoberto, *ut erat cupedus*, acudió en socorro de Sisenando. El ejército tolosano, mandado por los duques Abundancio y Venerando, penetró en España y su entrada hizo sonar la hora del derrumbamiento del poder de Suíntila. No hizo falta que los soldados francos pasasen más allá de Zaragoza; Suíntila se vió en seguida abandonado de todos, hasta de su propio hermano Geila, y el trono pasó sin resistencia a manos de Sisenando ²⁶.

Encuadrada en el marco histórico de esta situación de hecho, debe ser observada la actuación del IV Concilio Toleda-

25. Vid. en las obras y lugares citados en la nota 23 las diversas opiniones emitidas en torno a los posibles motivos que pudieron originar el levantamiento contra Suíntila:

26. GABRIEL MONOD: *La Compilation dite de «Frédegaire»*, París, 1885, pág. 152, V. LXXIII: «Defuncto Sisebodo rige clementissime, cui Sintela ante annum circiter successerat in regnum, cum esset Sintela nimium in suis inicus et cum omnibus regni suae primatibus odium incurrerit, cum consilium cytiris Sisenandus quidam ex proceribus ad Dagobertum expetit ut ei cum exercito auxiliaretur qualiter Sintilanem degradaret ad regnum, huius beneficiac repensionem missurium aureum nobelisseumum ex tinsauris Gothorum, quem Turesmodus rex ab Agecio patricio aaceperat, Dagobertum dare promisit, pensantum auri pondus quinnentus. Quo audito Dagobertus ut erat cupedus exercitum in auxilium Sisenandi de totum regnum Burgundiae bannire praecepit. Cumque in Espania deuolgatum fuisset exercitum Francorum ausiliandum Sisenando adgredere, omnis Gotorum exercitus se dicione Sisenando subaegit. Abundancius et Venerandus cum exercito Tolosano tanto usque Cesaruagustam civitatem cum Sisenando accesserunt, ibique omnes Goti de regnum Spaniae Sisenandum sublimant in regnum.» El cronista sigue relatando las incidencias corridas por el famoso «missurium», que fué arrebatado por los godos cuando los embajadores francos se lo llevaban a su país y, cuya entrega hubo de ser por fin sustituida por el pago a Dagoberto de doscientos mil sueldos de oro en que se evaluó su precio.

no. Parece evidente que lo que se pretendía de él era una sanción *a posteriori* de los cambios acaecidos, una convalidación de derecho del poder entronizado por la revuelta armada. Suíntila es acusado de una serie de crímenes, reales o ficticios, pero que, en todo caso, son los supuestos de hecho sobre los que opera el Concilio. Según ellos, Suíntila sería el perfecto ejemplar isidoriano del rey que se convierte en tirano, del soberano que, pecando, pierde el nombre de rey, del monarca que por *non facere recte* deja de serlo. Pues bien, en esta oportunidad sin igual para la aplicación práctica de la doctrina política de las *Etimologías* y las *Sentencias*, la decisión conciliar ofrece curiosas reticencias. Se sanciona, ciertamente, la deposición de Suíntila, pero con motivación bien distinta: el Concilio no se limita, como el rigor de la teórica isidoriana exigiría, a declarar simplemente que el monarca encausado había perdido el nombre y la calidad de rey por su conducta injusta y tiránica, sino que fundamenta la legalidad de la deposición en la misma voluntad de Suíntila. No es que resuelva que por sus pecados ha perdido la condición real, sino, al contrario, que, abrumado por el peso de sus propios crímenes, se privó del reino—*scelera propria metuens se ipsum regno privavit*—; no es que se le despoje, por inícuo, de la potestad regia, sino que se arguye que él mismo se despojó de ella—*et potestatis fascibus exiit*²⁷—. En suma, que a la hora de justificar la deposición del rey inícuo, lejos de fundamentar la decisión en la aplicación de los principios de la teoría isidoriana, se arbitra la menos comprometida solución de pretender fundarla en una renuncia o abdicación, real o ficticia, del mismo rey depuesto. Los Padres Toledanos no parecen dispuestos a sacar las últimas conclusiones de la doctrina.

Las resoluciones que cara al porvenir adopta el Concilio no hacen sino confirmar esta línea de conducta. Tras esbozar las condiciones que debe llenar el gobierno de un buen rey, los Pa-

27. TEJADA Y RAMIRO: *Colección de Cánones de la Iglesia española*, II, Madrid, 1850, pág. 313, Concilio IV de Toledo de 633, canon LXXV: «De Suintilane vero qui scelera propria metuens se ipsum regno privavit et potestatis fascibus exiit, id cum gentis consulto decrevimus...».

dres prevén que también en el futuro pueden existir monarcas inicuos y tiránicos, y contra ellos se fulminan vibrantes anatemas. Mas de ahí no se pasa. Sobre ellos se invoca el juicio de Dios, la condenación de Cristo Señor, pero para nada se habla de un derecho de resistencia o de un procedimiento de deposición del soberano ²⁸. La doctrina isidoriana, incluso en esta hora impar de la España visigoda, queda relegada al terreno de los principios teóricos y no se adivina un intento de estructurar jurídicamente el sistema que pudiera hacer viable su regulación institucional y su aplicación en la realidad política.

B) *Influencia de la doctrina isidoriana en las crisis carolingias del siglo IX.*

A los dos siglos de la deposición de Suintila, los principios isidorianos acerca de la realeza y la tiranía dejaron sentir su influjo en las hondas crisis políticas por que atraviesa el Imperio franco en los azarosos reinados de los primeros sucesores de Carlomagno.

Hemos señalado antes la influencia de la teórica de San Isidoro en los escritores eclesiásticos francos del siglo IX. Más significativo es todavía ver los textos clásicos del Metropolitano de Sevilla descender del ámbito de los tratados doctrinales al de la inmediata realidad política, para proyectar su luz sobre los hechos y fundamentar con su autoridad decisiones y actitudes en circunstancias muy graves para la vida del Imperio.

El Concilio de París del año 829 representa la apertura de la gran crisis que debía conducir hasta la deposición del propio emperador Ludovico Pio. Un tratadista político tan profundamente penetrado de Agustínismo y de ideas isidorianas como Jonás de Orleáns redactó las actas de sus sesiones ²⁹.

²⁸. *Ibid.*: «Sane de futuris regibus hanc sententiam promulgamus: Ut si quis ex eis contra reverentiam legum superba dominatione et fastu regio in flagitiis et facinore sive cupiditate crudelissimam potestatem in populis exercuerit, anathematis sententia a Christo domino condemnatur, et habeat a Deo separationem atque iudicium propter quod praesumpserit prava agere et in perniciem regnum convertere».

²⁹. REVIRON: *Jonas d'Orleans*, pág. 115.

La comunicación que los obispos dirigen al emperador—la *Episcoporum ad Hludovicum Imperatorem Relatio*—recoge casi literalmente del *Libro de las Sentencias* y de las *Etimologías* los principales textos de Isidoro sobre la realeza y la diferencia entre el rey y el tirano ³⁰. Estos mismos textos serán reproducidos más tarde por los Concilios de Aquisgrán de 836 y de Maguncia de 888 ³¹.

Si los hombres de estado y los prelados hubiesen sacado las últimas consecuencias de los principios de inspiración isidoriana formulados en las actas del Concilio del 829 y en la *De Institutione Regia* del obispo de Orleáns, la deposición de Ludovico Pío se hubiera planteado como un acto realizado por la representación cualificada de la Iglesia que, usando de un derecho propio, priva del poder al monarca que lo hubiera ejercido abusivamente, como una última y lógica consecuencia del carácter condicional del *ministerium regis*, subordinado a la realización de la justicia. Mas no ocurre así. Ciertamente es que en el año 830, como señala Reviron, algunos eclesiásticos, encabezados por el obispo de Amiens, pondrán el juicio y deposición de Ludovico Pío, iniciativa rápidamente descartada por la intervención de los hijos del emperador y de los grandes prelados Wala y Agobardo ³². Pero incluso cuando, tres años más tarde, el hijo de Carlomagno será desposeído del trono, el *modus operandi* de los obispos, a semejanza de lo ocurrido en el caso de Suíntila, estará también lleno de curiosas reticencias, que no pueden interpretarse sino como la mejor expresión de la

30. M. G. H., *Leg. sect. II, Capitularia regum francorum, II*, ed. Boretius et Krause, 1897, núm. 196: «*Episcoporum ad Hludovicum Imperatorem Relatio*, 56; Ut quid rex dictus sit; Ysidorus in libro *Sententiarum* scribit: «Rex enim», inquit, «a recte regendo vocatur: si enim pie juste et misericorditer regit, merito rex appellatur: si his caruerit non rex sed tyrannus est». Antiqui autem ut idem Isidorus in libro *Ethimologiarum* scribit, omnes reges tyrannos vocabant. Sed postea pie et misericorditer regentibus regis nomen adeptis, injuste crudeliterque principantibus non regis, sed tyrannicum aptatum est nomen».

31. JEAN DE PANGE: *Le roi très chrétien*, París, 1949, pág. 179; SCHULTZ: *Bracton*, pág. 42.

32. REVIRON: *Jonas d'Orleáns*, pág. 99.

distancia que media entre la formulación de los principios y su aplicación en la práctica.

En el año 833 la crisis política carolingia ha llegado a su punto álgido y Ludovico Pío se ve enfrentado con una gran parte del Imperio, a cuyo frente están sus propios hijos. El episodio de Lügenfeld determina la rendición del emperador al que su hijo Lotario resuelve apartar definitivamente del poder. Para dar forma jurídica a la deposición, Lotario convoca en el mes de octubre la famosa Asamblea General de Compiègne ³³.

El *Conventus* de Compiègne, presidido por el mismo Lotario, se desarrolla en un clima saturado de ideas isidorianas ³⁴. No se han conservado las actas, pero sí el proceso verbal redactado por los obispos sobre la penitencia pública en que culminó la abdicación de Ludovico Pío, la *Episcoporum de poenitentia quam Hludovicus imperator professus est, Relatio Compendiensis*. A través de ella conocemos que el emperador se le acusó de una serie de abusos y crímenes: se le hace responsable de sacrilegio, de homicidio, de perjurio, de escándalo; se declara que es un *perturbator pacis*, que ha deshonrado el nombre de rey y puesto en peligro el reino ³⁵.

No cabe duda de que los cargos que se formulan contra Ludovico Pío—al igual que los crímenes de Suíntila—servían sobradamente como supuestos de hecho para fundamentar su deposición, de acuerdo con las exigencias del pensamiento isido-

33. JEAN DE PANGE: *Le roi très chrétien*, págs. 182-83.

34. ARQUILLIERE: *L'Augustiniane politique*, pág. 103: «On pourrait ne trouver à ces paroles [de Jonás de Orleáns] qu'une saveur de pure exhortation piense. Cependant, dans le même chapitre, intitulé: *Quid sit rex*, il déclare, en faisant écho a Isidore de Séville:

«Si le souverain gouverne avec piété, justice et meséricorde, il est avec raison appelé roi; mais s'il manque de ces vertus, il perd son titre de roi.»

Il devient un tyran et va rejoindre dans la même réprobation générale tous les souverains de l'antiquité païenne. Là encore, nous pourrions nous croire en présence d'un simple développement oratoire, comme on en trouve d'analogues sous la plume de saint Augustin et d'autres Pères de l'Eglise. Toutefois, ce sont les mêmes idées que l'on exprime par les évêques réunis a Compiègne, en 833, lorsqu'ils procèdent à la «déposition» de Louis le Pieux».

35. ARQUILLIERE: *L'Augustinisme politique*, págs. 125-26.

riano, recogido por la doctrina franca. A través de esos cargos, Ludovico Pío aparece también como un ejemplar típico del rey que no rige rectamente, del monarca convertido en tirano.

¿Puede, con todo, sentarse la afirmación de que, en consecuencia, se procediera a una verdadera y propia deposición del emperador? Arquillièrre y Reviron se pronuncian en un sentido negativo: «Il n'y a rien là—escribe el primero—qui revèle, chez les évêques, la conviction *d'opérer par eux mêmes* la «deposition» de l'empereur»³⁶. A la vista de las faltas de Ludovico Pío los obispos se limitan a justificar el hecho—consumado cuatro meses antes—de que el poder le hubiera sido arrebatado por su hijo Lotario y a ver en esta privación un justo juicio de Dios—*ab eo divino justoque judicio subito imperialis sit subtracta potestas*³⁷.

La privación del poder se ratifica y consuma por un nuevo acto que debía garantizar el definitivo apartamiento de la escena política: la penitencia pública a que se somee el emperador en Saint Médard de Soissons—a instancia propia, se recalca—y que como es sabido, impedía para siempre al que la había recibido volver a implicarse en los negocios mundanos, retornar de nuevo *ad militiam seacularem*³⁸. La abdicación de Ludovico Pío, pese a la coyuntura en que se produce y al auge alcanzado por las ideas sidorianas, no puede, pues, interpretarse en el sentido de verdadera deposición. El expediente a que se recurre es también aquí el de una ficción, en la que cuenta mucho la voluntaria aceptación del rey. La aplicación práctica sigue distando mucho del planteamiento doctrinal. Compiègne e in-

36. *Ibid.*, pág. 130.

37. *M. G. H., Cap. reg. Franc.*, II, págs. 52-53: *Episcoporum de poenitentia quad Ludovicus imperator professus est, Relatio Compendiensi*: «Sed quia idem princeps ministerium sibi commissum negligenter tractaverit et multa quae Deo et hominibus displicebant, et fecerit et facere compulerit vel fieri, permiserit et in multis nefandis et facere compuleri vel fieri permiserit et in multis negandis consiliis Deum irritaverit et sanctam ecclesiam scandalizaverit... et ab eo divino justoque judicio subito imperialis sit subtracta potestas...»

38. L. HALPHEN: *La pénitence de Louis le Pieux à Saint Médard de Soissons*, en *Mélanges d'histoire du Moyen âge*, fascículo XVIII de la *Bibliothèque de la Faculté des Lettres de Paris*, 1904.

cluso Saint Médard de Soissons están todavía lejos de Canossa³⁹; el procedimiento es aún muy distinto del que seguirá Gregorio VII con un Soberano del Sacro Romano Imperio⁴⁰.

Con todo, es justo reconocer que la corriente del Agustínismo político y las teorías isidorianas sobre la realeza pesan más en la Francia del 800 que en la España visigoda del siglo VII. Las palabras con que Hincmaro de Reims refiere la restauración de Ludovico Pío —al que cinco meses después de Compiègne la *episcopalis unanimitas, saniore consilio*, restableció en su trono⁴¹—, las entiende Carlyle en el sentido de que, si bien a juicio del arzobispo de Reims, la deposición del emperador fué impropio y nada había en el acto en sí de radicalmente impropio y que tal acción podría ser adecuada y recta en determinadas circunstancias⁴².

Pero quizá el testimonio más significativo de la vigencia de las ideas isidorianas sobre la realeza la encontremos en boca de otro monarca franco del siglo IX, Carlos el Calvo.: El *Libellus proclamationis adversus Wenilonem* es el manifiesto del soberano contra el grupo de prelados que, en el año 858, quiso privarle del trono y entregar el Reino a Luis el Germánico, invasor en aquellos momentos de los estados de Carlos. Estos prelados estaban encabezados por Wenilon —Ganelon en romance—, que Carlos había elevado a la silla metropolitana de Sens y del que había recibido la unción real diez años antes⁴³. El rey franco recuerda el papel activo desempeñado por Ganelon en su ascensión al trono, que hacía más odiosa su traición de ahora; cómo había sido por él elegido, consagrado y coronado. Y declara que, siendo como era rey legítimo, por nadie debía ser depuesto o suplantado en el solio, *saltem sine audientia et*

39. REVIRON: *Jonas d'Orléans*, pág. 99.

40. ARQUILIERE: *L'Augustinisme politique*, pág. 130; cfr. de este mismo autor: *Grégoire VII. Essais sur sa conception du pouvoir pontifical*, París, 1934.

41. HINCMARO DE REIMS: *De Divortio Lotharii et Tetbergae, quaest. VI, resp.*: «Notre aetate piúm Augustum Ludovicum a regno dejectum, post satisfactionem episcopalis unanimitas, saniore consilio, cum populi consensu, et Ecclesiae et regno restituit».

42. CARLYLE: *History*, I, pág. 251.

43. JEAN DE PANGE: *Le roi très chrétien*, págs. 202-3.

juditio episcoporum ⁴⁴. Con estas palabras, Carlos el Calvo parece formular el principio de que la intervención episcopal es la condición necesaria para que el rey pueda ser legítimamente destronado ⁴⁵. Nunca hallamos en la doctrina ni en la legislación civil o eclesiástica de la España visigoda una afirmación tan rotunda y explícita como la del rey franco, que señala, además, concretamente el cuerpo episcopal como el órgano juzgador del recto proceder del monarca y con facultad para separarle del trono, si no obra con justicia. Aunque quiera verse tras las palabras de Carlos la influencia cercana de Hincmaro de Reims ⁴⁶, es evidente, como decíamos, que el Agustínismo político y las teorías isidorianas penetraron mucho más hondamente que en España en la Francia del siglo IX, favorecidas por las circunstancias históricas que atraviesa en los reinados de los sucesores de Carlomagno. Pero no debe perderse de vista que, incluso aquí, el avance es mucho mayor en el terreno de las formulaciones abstractas o las declaraciones de principios; cuando, alguna vez llegó la oportunidad de su aplicación en la práctica, el episodio de la deposición de Ludovico Pío, envuelto todo él en re-

44. M. G. H., *Cap. reg. franc.*, II, pág. 451; *Libellus proclamationis adversus Wenilonem*, c. 3: «Sed et post hoc electione sua aliorumque episcoporum ac ceterorum fidelium regni nostri voluntate, consensu et acclamatione cum aliis archiepiscopis et episcopis Wenilo in diocesi sua apud Aurelianis civitatem in basilica sanctae crucis me secundum traditionem ecclesiasticam regem consecravit et in regni regimine chrismate sacro perunxit et diademate atque regni sceptro in regni solio sublimavit. A qua consecratione vel regni sublimitate subplantari vel proci a nullo debueram saltem sine audientia et iudicio episcoporum, quorum ministerio in regem sum consecratus et qui throni Dei sunt dicti, in quibus Deus sedet, et per quos sua decernit iudicia; quorum paternis correptionibus et castigatoriis iudiciis me subdere fui paratus et in praesenti sum subditus».

45. JEAN DE PANGE: *Le roi très chrétien*, pág. 203; CARLYLE: *History*, I, pág. 252.

46. HINCMARO DE REIMS, que había sucedido a Ganelon en el favor de Carlos el Calvo, se expresa en estos términos en la *Epistola Synodi Carisiacensis*: «Los reyes no están sometidos al juicio de nadie, si gobiernan según la voluntad de Dios; pero si son adúlteros, homicidas, rapiñadores, deben ser juzgados por los obispos». Vid. F. LOT y L. HALPHEN: *Le règne de Charles le Chauve*, París, 1909, págs. 211 y sigs.

servas y reticencias, es un buen índice de aquel largo trecho que, según señalábamos antes, media entre el campo de la doctrina y el de la realidad política.

II. EL CONCEPTO VITAL DE TIRANIA EN LA EPOCA VISIGODA

El concepto isidoriano clásico de tiranía es un concepto erudito que, como acabamos de ver, carece de fuerza viva en la España visigoda. Advertíamos antes y conviene recordarlo ahora, que el mismo San Isidoro, en aquellos de sus escritos donde mejor queda impresa su auténtica huella personal, es decir, en las obras históricas, que permiten descubrir sus propios juicios y valoraciones sobre hechos y personas, se atiene invariablemente a una noción diversa de tiranía, por la cual se identifica al tirano con el rebelde o usurpador, que se alza contra el gobernante que detenta un poder legítimo por su origen.

Esta concepción vital en San Isidoro es la misma que encontramos operante en los demás historiadores de la España visigoda. Todos ellos manejan idénticas nociones y conceptos. A juicio de Maravall, sus ideas sobre la tiranía entroncan con la tesis del Cristianismo primitivo del acatamiento al poder civil, planteada más modernamente por Orosio al asentar la doctrina de que el mal rey ejerce un poder no menos legítimo que el bueno, puesto que es enviado por Dios para castigar los pecados del pueblo ⁴⁷.

I. LOS «TIRANOS» DEL BAJO IMPERIO.

Sin desconocer el posible influjo de los conceptos cristianos —primitivos en las nociones en boga en la España visigoda, no debe, sin embargo, olvidarse que San Isidoro y los historiadores de su época encuentran un precedente mucho más próximo a su idea vital sobre la tiranía en la historiografía reciente del Bajo Imperio Romano. Las crónicas de los dos últimos siglos del Imperio aplican constantemente el apelativo de tiranos a los

47. MARAVALL: *Ob cit.*, págs. 31-32.

cabecillas de las innumerables rebeliones que se produjeron contra la autoridad legítima de los emperadores cristianos.

El cronicón de Marcelino, las crónicas de Casiodoro y de Idacio registran escrupulosamente, año tras año, la aparición de tiranos que en las distintas provincias del Imperio de Occidente, en Italia, en las Galias, en España, pretendían usurpar la dignidad imperial. Tirano es Máximo que, tras el asesinato de Graciano de Lyon, domina durante un lustro las Galias, hasta su derrota y muerte por Teodosio, y que durante su gobierno hizo ajusticiar en Treveris a Prisciliano, que había apelado a su autoridad ⁴⁸. Tirano es Eugenio, elevado al imperio por Arbogasto, el asesino de Valentiniano II; Arbogasto, *qui Eugenium tyrannum imperatorem facere ausus etc*—que había osado hacer de un tirano un emperador—, y que recibiría su castigo junto con su protegido de manos de Teodosio, el inflexible exterminador de rebeldes ⁴⁹. Tirano es Constantino, que por un trienio usurpó el poder en las Galias y que hizo a su hijo Constante *ex monacho Caesarem*, para acabar por morir, padre e

48. M. G. H., A. A. XI, *Chron. min.*, pág. 61, *Marcellini Chronicon*, a. 383: «Gratianus imperator Maximi tyranni dolo apud Lugdunum occisus est VIII Kal. Septembris»; pág. 62, a. 387: «Theodosium Magnus Italiam contra Maximum tyrannum pugnaturus accessit»; a. 388: «Valentinianus Gratiani frater et Theodosius imperatores Maximum tyrannum Victorem filius eius apud Aquileiam rebellantem vicerunt»; pág. 15, *Hydatii Lemici Continuatio*, a. 385: «[Priscillianus] inibi a sancto Martino episcopo et ab aliis episcopis haereticus iudicatus appellat ad Caesarem, quia in Gallis hisdem diebus potestatem tyrannus Maximus obtinebat imperii»; a. 387: «Priscillianus supra dictam haerese[m] ab episcopatu depulsus et cum ipso Latronianus laicus aliquantique sectatores sui apud Treverim sub tyranno Maximo caeduntur»; a. 388: «Maximus tyrannus occiditur per Theodosium».

49. M. G. H., A. A., XI *Chron. min.*; pág. 15, *Hydatii Lemici Continuatio*, a. 392: «Valentinianus iunior apud Viennam scelere comitis Arvagasti occiditur et Eugenius tyrannus efficitur»; pág. 62, *Marcellini Chronicon*, a. 391: «Valentinianus imperator apud Viennam dolo Arbogasti strangulatus interiit idibus Martiis. Eugenius Arbogasti favore confisus imperium sibimet usurpavit»; pág. 64, a. 394: «Theodosius Augustus adsumpto Honorio Caesare eodemque filio contra Arbogaster, qui Eugenium tyrannum imperatorem facere ausus est, iterum properavit. Bello commisso Eugenius victus atque captus interfectus est. Arbogaster sua se manu perculit»; pág. 154, *Cassiodori Senatoris Chro-*

hijo, a manos de un *dux* del emperador Honorio ⁵⁰. Tiranos fueron tantos otros en los últimos decenios del Imperio de Occidente, como los hermanos Jovino y Sebastián, alzados en las Galias ⁵¹, o aquel otro Jovino que, junto con Máximo, fué capturado en España y llevados ambos a Roma para ser ajusticiados en los *Tricennalia* del emperador Honorio ⁵². Tirano fué, en fin, el infeliz Attalo, elevado a la púrpura por el Senado romano, *cui occidi inter tyrannos*—en frase de Orosio—, *honor et mori lucrum fuit* ⁵³. Fatigosa sucesión de tiranos, que parece producir tedio a Orosio al tener que historiarlos; de intento, se limitará casi tan sólo a enumerarlos, a dar su relación, su «catálogo»—, *ut de catalogo tyrannorum quam brevissime loquar* ⁵⁴. Cuatro siglos más tarde, este vertiginoso desfile de

nica, a. 395: «Olybrius et Probius. His cons. Theodosius Eugenium tyrannum vincit et perimit».

50. *M. G. H., A. A., XI, Chron. min.*; pág. 18, *Hydatii Lemici Continuatio*, a. 411: «Constantinus post treimum invasae tyrannidis ab Honorii duce Constantio intra Gallias occiditur»; pág. 70, *Marcellini Chronicon*, a. 411: «Constantinus apud Galias invasit imperium filiumque suum ex monacho Caesarem fecit. Ipse apud Arelatum civitatem occiditur, Constans filius apud Viennam capite plectitur».

51. *M. G. H., A. A., XI, Chron. min.*; pág. 18: *Hydatii Lemici Continuatio*, a. 412: «Iovinus et Sebastianus fratres intra Galliam et in Africa Heraclianus pari tyrannidis inflantur insania»; pág. 71, *Marcellini Chronicon*, a. 412: «Iovinus ac Sebastianus in Gallis tyrannidem molientes occisi sunt».

52. *M. G. H., A. A., XI, Chron. min.*; pág. 75, *Marcellini Chronicon*, a. 422: «In tricennalia Honorii Maximus tyrannus et Iovinus ferro vincti de Hispanias adducti atque interfecti sunt»; pág. 86, a. 455: «Valentinianus princeps dolo Maximi patricii, cuius etiam fraude Aetius perierat, in Campo Martio per Optilam et Thraustilam Aetii satellites iam percusso Heraclio spadone truncatus est. Idem. Maximus invasit imperium tertioque tyrannidis suae mense membratim Romae a Romanis disceptus est»; pág. 20, *Hydatii Lemici Continuatio*, a. 423: «Iohannes arripit tyrannidem»; pág. 155, *Cassiodori Senatoris Chronica*, a. 425: «Theodosius XI et Valentinianus Caesar. His Cons. Inhannem tyrannum Valentinianus imp. extinxit».

53. *Pauli Orosii, Historiarum adversum paganos libri VII*, ed. C. Zangmeister, Lipsiae, MDCCCLXXXIX, pág. 298. Vid. nota siguiente.

54. PAULO OROSIO: *Adv. paganos*, VII, 42, 4-7, págs. 297 y sigs.: «Iam hinc, ut de catalogo tyrannorum quam brevissime loquar, Constan-

tiranos aparecerá a los ojos de un escritor eclesiástico de la Era carolingia, Hrabano Mauro, como índice del justo juicio de Dios, que castiga a los que se erigen contra sus legítimos príncipes, y como el mejor testimonio del respeto que, por Voluntad divina, deben prestar los súbditos a la regia dignidad ⁵⁵.

Esta observación del escritor franco nos reconduce a la opinión, expuesta por Maravall, de que las ideas vigentes en la época visigoda en torno a la tiranía derivan de la doctrina cristiano-primitiva sobre el acatamiento al poder constituido. Esta explicación puede ser cierta, pero quizá no sea completa. Otros factores debieron también contribuir a hacer prevalecer esas ideas. La noción vital de tiranía en aquella época equivale a la de rebeldía contra la autoridad legítima, porque pesa mucho también el precedente próximo de los acaecimientos históricos de los dos siglos inmediatos, que acabamos de apuntar: cuando son tantos los que, sin título, pretenden arrogarse al poder, no puede esperarse que se abra camino en la vida real un concepto

tem Constantini filium Gerontius comes suus, uir nequam magis quam probus, apud Viennam interfecit atque in eius locum Maximum quendam substituit, ipse uero Gerontius a suis militibus occisus est. Maximus exutus purpura destitutusque a militibus gallicanis, qui in Africam traieci, deinde in Italiam reuocati sunt, nunc inter barbaros in Hispania egens exulat. Iovinus postea uir Galliarum nobilissimus in tyrannidem mox ut adsurrexit et cecidit. Sebastianus frater eiusdem hoc solum, ut tyrannus moreretur elegit: nam continuo ut creatur occisus est. Quid de infelicissimo Attalo loquar, cui occidi inter tyrannos honor et proxiimum lucrum fuit?».

55. *M. G. H., Ep., V*; Hrabanus Maurus, ep. 15, III: «Quod autem regiae dignitati honor sit a subditis offerendus, et quod Deo displiceat contumacia subditorum, ostendit scriptura divina tam in sententiis quam in exemplis... Nam tyranni, qui contra dominos legitimos subita insolentia se aerebant, non impuniti evaserant, sed justo iudicio Dei dampnati poenas condignas luebant. Cujus rei inditia sunt bella famosissima gloriosissimi et fidelissimi imperatoris Theodosii, quae gessit contra Maximum tyrannum Gratiani domini sui interfec-torem, quem sola fide major, universa autem apparatus belli comparatione minor, sine dolo et sine controversia Theodosius clausit, coepit, occidit. Similiter et contra Arbogastem atque Eugenium infestissimos tyrannos... quos utique christianissimus imperator, potentia Dei, non fiducia hominis fretus, magis orationibus quam armis subiegit».

de tiranía fundado en el ejercicio injusto de un poder legítimo. Pero, además, ni puede tampoco olvidarse que la misma tesis cristiano-primitiva de la obediencia a la autoridad había cobrado un nuevo sentido y se había reforzado singularmente desde el momento en que esa autoridad se halló encarnada en la persona de un príncipe cristiano.

El siglo IV conoció el desarrollo de toda una teología política, —que no nos incumbe aquí examinar con detalle—, y que tendía a establecer el fundamento del poder imperial y el carácter de la persona del emperador. Lactancio, Eusebio de Cesarea y Temistio son los principales representantes de esta corriente doctrinal que elaboró la teoría de que el emperador, soberano por la gracia de Dios, es su representante, su vicario en la tierra, para desembocar, por fin, en la idea de la vocación divina del monarca, como fuente y origen de su autoridad⁵⁶. Si la legitimidad del poder depende del llamamiento divino—«no es amigo de Dios el que sin vocación asume la púrpura»—, precisa Temistio⁵⁷, tirano será a la luz de este planteamiento el que sin aquella vocación pretendiera alcanzarlo. La noción de legitimidad de origen resulta, pues, extraordinariamente vigorizada como consecuencia del desarrollo doctrinal de las tesis primitivas, provocado por la instauración del Imperio cristiano. No puede, por tanto, sorprender que, desaparecido éste en Occidente, el influjo de estas concepciones teóricas y el de la terminología usada por sus historiadores trascienda a los nuevos tiempos y a las nuevas circunstancias políticas. Todo ello contribuiría a mantener viva, también en éstas, la idea de legitimidad de origen y a que el concepto vital de tiranía en los escritores de la España visigoda siguiera siendo, como lo fué en verdad, el vigente en los siglos que les habían inmediatamente precedido.

2. LOS «TIRANOS» VISIGODOS.

Los cronistas de la España visigoda testimonian desde los

⁵⁶. La bibliografía sobre la materia es abundantísima. Una buena visión de conjunto puede encontrarse en PRIETO DE FRANCISCI: *Arcana Imperii*, vol. III, tomo II, Milano, 1948, págs. 47-179.

⁵⁷. DE FRANCISCI: *Arcana Imperii*, III, t. II, pág. 119.

primeros años que las tradicionales rebeliones contra el poder constituido, tan frecuentes en los últimos tiempos del Bajo Imperio, no se agotan con la desaparición del Imperio de Occidente. Mientras perdura todavía el Reino Tolosano, en las tierras del Sur de los Pirineos surgen rebeldes a la autoridad de los monarcas visigodos a los que las crónicas, conservando la terminología en uso durante el período anterior, siguen designando con el apelativo de *tyranni*. Tirano se llama Burdunelo, que en el reinado de Alarico pretendió alzarse con el poder en España y que, entregado por sus secuaces, fué quemado vivo en Toulouse, encerrado en un toro de bronce⁵⁸; tirano fué también cierto Pedro, capturado y ajusticiado por los Godos en Tortosa y cuya cabeza fué desde allí enviada a Zaragoza⁵⁹.

Desde entonces, mientras perdura la Monarquía gótica, los casos de tiranía se suceden sin interrupción y siempre ese concepto mantiene invariablemente su tradicional acepción de rebeldía contra el poder legalmente establecido. Si, próximo ya el ocaso del Reino, un canon del VII Concilio toledano ha de consagrarse a combatir enérgicamente las maquinaciones de los tiranos y de los exilados políticos que tantos males causaban a la patria, —*quis enim scit quanta sit haecemus per tyrannos et refugas transferendo se in externas partes illicite perpetrata?*⁶⁰—, y en el *Liber* se incluye una ley de análogo sentido, todo esto no hace sino responder a las apremiantes exigencias de la realidad histórica⁶¹.

58. M. G. H., A. A., XI, *Chron. min.*; pág. 222, *Chronicorum Caesaraugustanorum reliquiae*, a. 496: «His coss. Burdunelus in Hispania tyrannidem assumit»; a. 497: «His coss. Gothi intra Hispanias sedes acceperunt et Burdunelus a suis traditus et Tolosam directus in tauro aeneo impositus igne crematus est».

59. M. G. H., A. A., XI, *Chron. min.*; pág. 222, *Chronicon Caesaraugustanum*, a. 506: «His coss. Dertosa a Gothis ingressa est. Petrus tyrannus interfectus est et caput eius Caesaraugustam deportatus est».

60. TEJADA Y RAMIRO: *Colección*, II, pág. 351; Concilio Toledano VII, canon I.

61. M. G. H., *Leg., Sectio I, t. I*, págs. 53 y sigs. *Lex Visigothorum*, II, 1, 8. La relación íntima entre esta ley y el canon primero del VII Concilio es admitida universalmente. Las opiniones son, en cambio,

Los reinados de los monarcas más vigorosos de la época visigoda suelen ser especialmente pródigos en intentos tiránicos de arrebatárles el poder. Quizá ello se deba a que otros reyes más débiles no pudieron, a veces, resistir la presión de esos levantamientos y más de uno fué removido del solio por quien tínicamente se había alzado en contra de él. Leovigildo afirma su poder aplastando a los tiranos surgidos por doquier—*extinctis undique tyrannis*⁶²; su hijo Recaredo hubo de enfrentarse también con muchas tentativas tiránicas, algunas de ellas promovidas por arrianos recalcitrantes, entre los que descollaba el obispo Sunna y a los que no era muy ajena la reina viuda Goswintha⁶³. Tirano famoso fué Froia, que levantó a los vascones, puso sitio a Zaragoza y fué, por fin, vencido y muerto por Recesvinto⁶⁴. Pero a todos, incluso a su coetáneo Hilderico, eclipsa-

dispare por lo que hace a la prioridad entre ambos textos. Vid. la nota de Zeumer al pie de la página 52 de su edición de las *Leges Visigothorum*, donde resume su opinión expuesta en *Neues Archiv.*, XXIV, pág. 57 y sigs., contraria a la expresada por DAHN en *Die Könige der Germanen*, V, pág. 195. Cfr. también ORLANDIS: *Huellas visigóticas en el Derecho de la Alta Edad Media*, en «A. H. D. E.», XV, 1954, páginas 645-46.

62. M. G. H.; A. A., XI, *Chron. min.*; pág. 215, *Iohannis Abbatis Biclarenensis chronica*, a. 578: «Leovigildus rex extinctis undique tyrannis et perversoribus Hispaniae superatis sortitus requiem propria cum plebe resedit et civitatem in Celiberia ex nomine filii condidit, quae Recopolis nuncupatur»; pág. 217, a. 585 (?): «Malaricus in Gallaecia tyrannidem assumens quasi regnare vult, qui statim a ducibus Leovigildi regis oppressus comprehenditur et Leovigildo vinctus praesentatur».

63. M. G. H., A. A., XI, *Chron. min.*, pág. 290; *Isidori Junioris, Historia Gothorum Wandalorum Sueborum*: «Multi quoque adversus eum [Recaredum] tyrannidem adsumere cupientes detecti sunt suaeque machinationis consilium implere non potuerunt»; pág. 218, *Iohannis Biclarenensis Chronica*, a. 588 (?): «Quidam ex Arrianis, id est Siuma episcopus et Segga, cum quibusdam tyrannidem assumere cupientes deteguntur; convicti Siuma exilio traditur et Segga manibus amputatis in Gallaeciam exul transmittitur». Cfr. ORLANDIS: *La reina en la Monarquía visigoda*, § 3, en «A. H. D. E.», XXVII-XXVIII, 1957-58, pág. 119.

64. MIGNE: P. L., LXXX, col. 727; TAJÓN: *Epistola d Quiricum Barcinonensem antistitem*: «... quidan homo pestifer atque insani capitis Froja tyrannidem sumens, assumptis sceleris sui perversis fauto-

sa en tiempo de Wamba Paulo, el gran rebelde de ultrapuertos. Gracias a San Julián de Toledo poseemos un minucioso relato de las incidencias de su rebelión. Ciertas formalidades solemnes, con las que pretende consagrar legalmente su tiranía, tienen lugar en la Septimania: la reunión del *conventus* popular de Narbona, donde se declara a Wamba decaído en el poder y se aclama por rey a Paulo, es una proclamación real de viejo sabor gótico, a la que sigue la exigencia del juramento de fidelidad de los súbditos al tirano ⁶⁵. Paulo, vencido y apresado al fin por Wamba en Nimes, fué juzgado y humillado públicamente ante todo el ejército ⁶⁶.

Como una formalidad, que parece reservada a los tiranos más insignes, se da en ciertos casos el ingreso burlesco en la Ciudad regia, contrafigura de la entrada triunfal que el rebelde habría soñado. Esta entrada infamante, que perseguiría una finalidad de saludable escarmiento, la había hecho sufrir ya Recaredo a un alto dignatario, el *dux provinciae* Argimundo, que había urdido una conspiración para arrebatarle el trono y la vida. Argimundo, *tupiter decalvatus* y con la mano diestra

ribus, adversus orthodoxum magnumque Dei cultorem Recesvinthum principem fraudulenta praetendens molimina...»

65. FLÓREZ: *España Sagrada*, VI³, Madrid 1859, págs. 546-47; S. JULIÁN DE TOLEDO: *Historia Wambae regis*, 8: «Post haec tyrannidis suae consilium proditurus, diverso fraudis argumento fidem populi degenerans, et ad irrogandas jam fato Uvambano principi injurias animos singulorum inflammans, jurat ipse Paulus primum omnibus illum se regem habere non posse, nec in ejus ultra famalatu persistere. Quin potius ait: caput regiminis ex vobis ipsis eligite, cui conventus omnis multitudo cedat, et quem in nobis principari appareat. Cui unus ex conjuratis maligni ipsius consilii socius Ranosindus, Paulum sibi regem designat, Paulum sibi, nec alterum, populis regem mox futurum exoptat. At ubi idem Paulus sui consilii accelerationem inspexit, consensionem illico propriae voluntatis adhibuit, jurare etiam sibimet omnes coegit».

66. *E. S.*, VI³, pág. 562; *Historia Wambae*, 27: «Tertia jam post victoriam victoribus advenerat dies, et Paulus ipse onustus ferro cum ceteris consedenti in throno principi exhibetur. Tunc antiquorum more curva spina dorsi vestigiis regalibus sua colla submitit, deinde coram exercitibus cunctis adjudicatur cum ceteris cum universorum judicio, ut mortem exciperit qui mortem principi praeparasset. Sed nulla mortis super eos illata sententia, decalvationis tantum praecipitur vindictam».

cortada, fué paseado por Toledo montado en un asno, como lección y advertencia para todos los súbditos ⁶⁷. La entrada de Paulo y de sus cómplices en Toledo se rodeó todavía de más pomposa burla y escarnio. Decalvada la cabeza, la barba rapada, desnudos los pies y vestidos de pieles de camello, iban sentados en una larga teoría de carretas. Paulo figuraba al frente del ignominioso cortejo, con la cabeza cubierta de una grotesca corona. ⁶⁸. Era el merecido castigo, de quien, con palabras de San Julián, pretendió alcanzar el reino contra la Voluntad de Dios y obligó al pueblo con juramento a tan nefando designio ⁶⁹.

3. LA «TIRANÍA» DE SAN HERMENEGILDO.

Acaba de quedar de manifiesto que la acepción con que se emplea habitualmente la voz «tiranía» por los historiadores visigodos coincide con la que había tenido en los cronistas del Bajo

67. *M. G. H., A. A., XI, Chron. min.*, pág. 219; *Iohannis Biclarvensis Chronica*, a. 590 (?): «Recaredo ergo orthodoxo quieta pace regnante domesticae insidia praetenduntur nam quidam ex cubiculo eius, etiam provinciae dux nomine Argimundus adversus Reccaredum regem tyrannidem assumere cupiens, ita ut, si posset eum et regno privaret et vita. Sed nefandi eius consilii detecta machinatione comprehensus et in vinculis ferreis redactus habita discussione socii eius impiam machinationem confesi condigna sunt ultione interfecti ipse autem Argimundus, qui regnum assumere cupiebat, primum verberibus interrogatus, deinde turpiter decalvatus, post haec dextra amputata exemplum omnibus in Toletana urbe asino sedens pompizando dedit et docuit famulos dominis non esse superbos».

68. *E. S.*, VI³, pág. 564; *Historia Wambae*, 30: «Quarto fere ab Urbe Regia milliaro Paulus princeps tyrannidis, vel ceteri incentores seditionum ejus, decalvatis capitibus, abrasis barbis, pedibusque nudatis, vel squallentibus, veste vel habitu camelorum induti, vehiculis imponuntur. Rex ipse proditoris praeibat in capite omni confusionis ignominiae dignus, et picea ex coriis laurea coronatur. Sequebatur deinde hunc regem suum longa deductione ordo suorum dispositus ministrorum, eisdem omnes quibus relatum est vehiculis insedentes eisdemque inclusionibus acti hinc inde adstantibus populis urbem intrantes».

69. *E. S.* VI³, pág. 566; *Iudicium in tyrannorum perfidia promulgatum*: «Post haec, quod nefas est dici, regnum contra Dei voluntatem arripuit, et populos in hac nefaria electione sibimet jurare coegit....»

Imperio. Tiranía es sinónimo de rebelión contra el poder constituido y tirano fué todo aquel que se alzó en armas frente a la legítima autoridad.

En el trance mismo de las invasiones germánicas un episodio que tuvo por escenario a las provincias de Hispania sirvió de ocasión a uno de los más penetrantes intentos de dilucidar cuál era la esencia misma de la tiranía. El episodio fué la defensa de la línea de los Pirineos contra los bárbaros por los hermanos Dídimo y Veriniano. Como es sabido, estos jóvenes nobles y ricos, la personificación de los típicos *potentes* del Bajo Imperio, montaron la guardia en los pasos del Pirineo con sus soldados privados y, durante tres años, mantuvieron a salvo de las hordas invasoras las tierras de España. Dídimo y Veriniano fueron por ello injustamente culpados de tiranía—*ob suspicionem tyrannidis insontes et nulla culpa obnoxii*—, y Constante, el hijo y pretendido César del usurpador de las Galias, Constantino, les dió muerte, tras lo cual los pueblos germánicos irrumpieron en la Península ⁷⁰

Un español contemporáneo, Paulo Orosio, hace una defensa apasionada de los dos hermanos y se revuelve contra la falsa acusación de tiranía que habían lanzado sus enemigos: ellos no pretendieron erigirse en tiranos frente al tirano, asumir la tiranía frente al usurpador que la ejercía en las Galias; lejos de esto los dos vástagos de la familia augusta de Teodosio, fieles al justo y legítimo emperador, no tuvieron otra mira que proteger a su patria y protegerse a sí mismos tanto del tirano como de los bárbaros. Su conducta lo atestiguó en todo momento, pues actuaron siempre abiertamente y sin disimulo

70. M. G. H., A. A., *Chron. min.*, pág. 295; San Isidoro, *Historia Wandalorum*: «Aera CCCXLIII ante biennium inruptionis Romanae urbis excitatae per Stiliconem gentes Alanorum, Suevorum et Wandalorum transiecto Rheno Gallias inruunt. Francos proterunt directoque impetu ad Pyrenaeum usque perveniunt, cuius obice per Didimum et Verinianum Romanos nobilissimos ac potentissimos fratres ab Hispania tribus annis repulsi per circumiacentes Galliae provincias vagabantur, sed postquam iidem fratres qui privato praesidio Pyrenaei claustra tuebantur, ob suspicionem tyrannidis insontes et nulla culpa obnoxii a Constantio Caesare interfecti sunt, memoratae gentes Spaniarum provincias inrumpunt».

a los ojos de todos los compatriotas; y este modo de proceder es el más opuesto al acostumbrado en los tiranos, que mantienen celosamente ocultos sus designios y, llegado el momento de ponerlos por obra, actúan con rápida violencia, siendo su mejor éxito arrebatarse por sorpresa la púrpura y la diadema ⁷¹.

La apología de Orosio sirve para confirmar y esclarecer la noción tiranía que hemos ido perfilando en las páginas anteriores. Dídimo y Veriniano no pueden llamarse tiranos, porque no se alzaron contra la autoridad legítima, que no era ciertamente el antiemperador de las Galias, sino el justo emperador en cuyo nombre tomaron las armas y al que nunca fueron rebeldes. La palabra «tiranía»—como escribimos en otro lugar—, en la

71. PAULO OROSIO: *Adv. paganos*, VII, 40, 4-8, ed. Zangmeister, págs. 294-5: «His [Suevos, Vándalos y Alanos] per Gallias bacchantibus apud Britannias Gratianus, municeps eiusdem insulae, tyrannus creatus et occiditur. huius loco Constantinus ex infima militia propter solam spem nominis sine merito virtutis eligitur: qui continuo, ut inuasit imperium, in Gallias transiit. Ibi saepe a barbaris incertis foederibus inlusus, detrimento magis reipublicae fuit. misit in Hispanias iudices: quos cum provinciae oboedienter accepissent, duo fratres nobiles et locupletes Didymus et Verinianus non assumere aduersus tyrannum quidem tyrannidem sed imperatori iusto aduersus tyrannum et barbaros tueri sese patriamque suam moliti sunt. quod ipso gestae rei ordine patuit, nam tyrannidem nemo nisi celeriter maturatam secrete inuadit et publice armat, cuius summa est assumpto diademate ac purpura uideri ante quam sciri; hi uero plurimo tempore seruulos tantum suos ex propriis praediis colligentes ac uernaculis alentes sumptibus nec dissimulato proposito absque cuiusquam inquietudine ad Pyrenaei claustra tendebant. aduersus hos Constantinus Constantem filium suum—pro dolor!—, ex monacho Caesarem factum, cum barbaris quibusdam, qui quondam in foedus atque in militiam allekti Honoriaci uocabantur, in Hispanias misit. hinc apud Hispanias prima mali labes. nam interfectis illis fratribus, qui tutari priuato praesidio Pyrenaei Alpes moliebantur, his barbaris quasi in pretium uictoriae primum praedandi in Palentinis campi licentia data, dehinc supra dicti mortis claustrorum eius cura permissa est remota rusticanorum fideli et utili custodia». Sobre Dídimo y Veriniano, utilizando a Orosio y a los historiadores griegos, especialmente a Zósimo, Sozomeno y Olimpiodoro, ha escrito recientemente CASIMIRO TORRES RODRÍGUEZ: *Paisajes escondidos de la Historia de España. Heroicos defensores en el siglo V*, en «Hispania», tomo XVI, núm. LXIV, Madrid, 1956, págs. 323-34.

acepción usual en la época visigoda, tiene un sentido que podríamos llamar técnico y una significación precisa; ésta no es otra «que la de poder de hecho, ilegítimo en su origen, que se alza frente al poder legalmente establecido. La suerte definitiva que ese poder *de facto* corra, el que sea destruído o consiga prevalecer sobre la autoridad legítima, no altera, hasta la eventual consolidación definitiva, su carácter de tiránico»⁷².

Esta claridad conceptual es necesaria cuando se trata de enjuiciar un episodio tan difícil y lleno de sombras como es el de la rebelión de San Hermenegildo. En otro trabajo nos hemos ocupado de él de modo especial⁷³. Allí estudiamos, dentro del marco de su coyuntura histórica, la interpretación exacta que debe darse a las expresiones que emplearon el Biclarense y San Isidoro con respecto a San Hermenegildo; qué debe entenderse cuando le llaman *tyrannus*, cuando dicen que tiranizaba el imperio—*imperii tyrannizans*—, cuando hablan de que había asumido la tiranía—*tyrannidem assumens*⁷⁴—. Este lenguaje había impresionado demasiado, entre otros, al P. García Villada, haciéndole deducir que el juicio de los historiadores que lo emplearon era desfavorable en extremo al Príncipe mártir⁷⁵. A nuestro juicio, los dos cronistas visigodos no aprueban el levantamiento de Hermenegildo, que trajo consigo todos los males de una funesta guerra intestina, ni legitiman

72. ORLANDIS: *Algunas observaciones...*, *Temis*, 2, pág. 72.

73. *Ibid.*, págs. 67-75.

74. M. G. H., A. A., XI, *Chron. min.*, pág. 215, *Biclarensis Chronica*, a. 579 (?): «... eodem anno filius eius [de Leovigildo] Hermenegildus factione Gosuinthae reginae tyrannidem assumens in Hispali civitate rebellione facta recluditur et alias civitates atque castella secum contra patrem rebellare facit...»; pág. 216, a. 582 (?): «Leovegildus rex exercitum ad expugnandum tyrannum filium colligit»; a. 583 (?): «Leovigildus rex civitatem Hispalensem congregato exercitu obsidet et rebellem filium gravi obsidione concludit...»; pag. 287, San Isidoro, *Historia Gothorum*: «Hermenegildum deinde filium imperiis suis tyrannizantem obsessum exsuperavit».

75. GARCÍA VILLADA: *Historia Eclesiástica de España*, tomo II, 1.^a parte, pág. 54.

su acción política, ya que, en su opinión, la legalidad estaba de parte de Leovigildo ⁷⁶; pero estimamos que sus palabras no implican propiamente crítica o censura, ni aun apenas juicio personal peyorativo, sino tan sólo constatación de un estado de ilegitimidad, es decir, de una realidad objetiva, o que así aparecía al menos al escritor desde su punto de vista político. La voz «tiranía», en fin, aplicada a Hermenegildo, tiene el mismo alcance y significado que tuvo el término cuando los mismos cronistas lo refieren a Atanagildo o Witerico, que obtuvieron el trono por la fuerza frente al soberano que legalmente lo ocupaba, el mismo sentido que tendrá en los escritos de otros historiadores de la misma época con respecto a posteriores monarcas visigodos que ciñeron la corona por parecidos caminos ⁷⁷.

Algún otro testimonio puede todavía aducirse para precisar mejor los conceptos; el contraste entre otros dos hechos de la historia de aquel período arroja una significativa luz. Agila fué un monarca opresor, autor de crueldades y desafueros; San Isidoro se hace eco de esos desmanes, entre los que debió causar impresión la profanación del sepulcro de San Acisclo, venerado por los cordobeses ⁷⁸. Un escritor ultrapirenaico, Fredegario, sin descender a detalles, quiere expresar en una sola palabra la opinión que le merecía y lo califica de inicuo ⁷⁹. Pues bien, a ese rey inicuo ningún historiador le apellidará tirano, porque no le faltaba la legitimidad de origen. Más aún, San Isidoro, que como doctrinario había remozado la fórmula del *rex eris*, lejos de aplicarla al monarca injusto, en la *Historia Gothorum* cali-

76. Según el Biclarense, la rebelión de Hermenegildo y la subsiguiente guerra civil fué causa de graves calamidades para el país. *Biclarensis Chronica*, pág. 215, a. 579 (?): «... quae causa provincia Hispaniae tam Gothis quam Romanis maioris exitii quam adversariorum infestatio fuit».

77. ORLANDIS: *Algunas observaciones*, *Temis*, 2, págs. 72-73.

78. M. G. H., A. A., XI; *Chron. min.*; SAN ISIDORO: *Historia Gothorum*, pág. 285.

79. *Fredegario, Praefacio Gregorii*, XLVII, ed. Monod, pág. 101: «Agylanem in Spanias regnantem cum esset iniquos suis exercitus imperiae Spanias ingreditur. Aggyla rex interfecitur».

fica de tirano a Atanagildo que, como veremos luego, se alzó en contra de él y le suplantó en el trono ⁸⁰.

La antítesis de este caso puede ofrecerla un texto de la *Crónica Rotense*, relativo a Ervigio. El cronista deja traslucir en unas palabras la buena opinión que ese monarca le merecía: recuerda que reunió muchos sínodos, que fué diligente legislador y gobernante bueno y piadoso para con los súbditos—*pius et modestus erga subditos fuit*—. Pero este favorable juicio no es óbice a que haga constar que su poder fué vicioso en su origen, ya que lo obtuvo tiránicamente, deponiendo con dolo al rey legítimo, Wamba ⁸¹. Es decir que el *rex iniquus* no fué considerado tirano por la legitimidad de su título; en cambio, Ervigio, *pius et modestus*, buen gobernante, no por eso borra ante los ojos favorables del cronista la tacha de tiranía que su ascenso irregular al trono había tenido. El contraste es luminoso para permitirnos concluir el valor objetivo y preciso que el término «tiranía» tuvo, al margen incluso de todo juicio personal respecto a la moralidad de la conducta, y para comprobar también que la noción de tiranía, en la acepción de poder falto de título legítimo de origen, fué la única vitalmente sentida y empleada de un modo habitual por los historiadores de la España visigoda.

4. LOS TIRANOS-REYES.

Hemos escrito en otro lugar: «San Hermenegildo es llamado «tirano», y aunque hubiera prevalecido en la lucha y legitimado entonces su condición no habría dejado de haber ejercido la «tiranía», hasta consolidar por el triunfo su poder» ⁸².

80. SAN ISIDORO: *Historia Gothorum*, pág. 285.

81. MANUEL GÓMEZ MORENO: *Las primeras crónicas de la Reconquista: el ciclo de Alfonso III*, en «Boletín de la Academia de la Historia», C, 1932, pág. 610; *Crónica Rotense*: «Post Bambanem Erugijs regnum obtinuit que tyrannide sumsit. Multa sinoda egit legesque pro a decessore suo editas ex parte corripit et alias ex nomine suo adnotare precepit. Eo ut ferant pius et modestus erga subditos fuit». Vid. GARCÍA VILLADA: *Crónica de Alfonso III*, Madrid, 1918, págs. 57-58, *Crónica de Sebastián*.

82. *Algunas observaciones...*, pág. 73.

No hubiera sido el suyo un caso sin precedentes ni faltan tampoco ejemplares más tardíos en la historia de la Monarquía visigoda. Hubo reyes que llegaron al poder por la senda de la violencia contra el detentador de la legítima autoridad, cuya promoción fué calificada técnicamente de «tiránica» por los historiadores y ellos llamados con toda propiedad «tiranos», lo que no fué obstáculo para que consolidaran su posición y alcanzaran una legitimidad sancionada *de facto* por el triunfo o, en todo caso, por el cumplimiento de unas formalidades constitucionales sin más valor que el de mera sanción del hecho consumado.

Athanagildo, Witerico, Sisenando, Chindasvinto y Ervigio son monarcas cuyo poder adoleció de vicio en su origen y fué justamente calificado de tiránico por los cronistas⁸³. El primero de ellos, como veíamos, derribó del trono al inicuo pero legítimo Agila. Su acción guarda extraordinario parecido con el intento de San Hermenegildo: se sublevó en la Bética, apoyado por la misma población hispanorromana que luego sostuvo a Hermenegildo; provocó una guerra civil y solicitó igualmente la ayuda del extranjero. San Isidoro emplea para relatar su rebelión términos casi iguales a los que luego aplicará al príncipe católico; Athanagildo se alzó contra Agila, *tyrannidem arripiens*⁸⁴; fué un invasor del reino, *regnum quod invaderat tenuit*⁸⁵; lo único distinto fué el éxito de la revuelta. Muerto

83. CLAUDIO SÁNCHEZ ALBORNOZ: *El Senatus visogodo. Don Rodrigo, rey legítimo de España*, «Cuadernos de Historia de España», VI, Buenos Aires, 1946, págs. 53-54.

84. *M. G. H., A. A., XI, Chron. min.*, pág. 285, *Historia Gothorum*: «Ipse [Agila] victus ac miserabili metu fugatus Emeritam se recepit. adversus quem interiecto aliquanto temporis spatio Athanagildus tyrannidem regnandi cupiditate arripiens, dum exercitum eius contra se Spalim missum virtute militari prostrasset, videntes Gothi proprio se everti excidio et magis metuentes, ne Spaniam milites auxilii occasione invaderent, Agilanem Emerita interficiunt et Athanagildi se regimini tradiderunt».

85. *Ibid.*, pág. 286, *Historia Gothorum*: «... occisso Agilane Athanagildus regnum quod invaderat tenuit annis XIII, hic cum iam dudum sumpta tyrannide Agilanem regno privare conaretur militum sibi auxilia ab imperatore Iustiniano poscerat, quos postea submovere a finibus regnis molitus non potuit».

Agila por sus propios soldados, Atanagildo queda como único señor, y de tirano que era se convierte en rey: *Agilane mortuo*—dice el Cronicón Cesaraugustano—, *Athanagildus qui dudum tyrannidem assumpserat, gotthorum rex efficitur*⁸⁶. La legitimación del poder tiránico ha sido la inmediata consecuencia del triunfo. Legitimación que abre la puerta a uno de los más gloriosos y dilatados reinados de la Monarquía toledana. Atanagildo fué—en frase de Menéndez Pidal—«el rey más rico y noble de entonces», y los reyes merovingios le pedirán sus hijas en matrimonio cuando quieren encontrar esposas dignas de su condición, que sean verdaderas princesas de estirpe real⁸⁷.

También Witerico subió tiránicamente al trono—*sumpta tyrannide*, escribe San Isidoro—; privó del trono al joven Liuva, el hijo de Recaredo, adolescente lleno de buenas prendas, al que hizo además dar muerte⁸⁸. Este invasor del reino pudo mantenerse siete años en el poder hasta que llegó la hora de pagar con la vida sus crímenes⁸⁹.

Con la perspectiva que el siglo transcurrido le ofrecía y el desapasionamiento que es fruto del paso del tiempo, el clérigo mozárabe autor de la *Continuatio Hispana* no vacila en calificar de tiránicas las ascensiones al solio de Sisenando y Chindasvinto. En la primera parte del presente estudio hemos examinado con detalle las circunstancias que acompañaron a la

86. *Ibid.*, pág. 223, *Chronicon Caesaraugustanum*, ad. a. 552.

87. MENÉNDEZ PIDAL: *Historia de España*, III, *España visigoda*, Introducción, pág. XXIII. Vid. ORLANDIS: *La reina en la Monarquía visigoda*, en «A. H. D. E.», XXVII-XXVIII, págs. 112-14.

88. M. G. H., A. A. XI, *Chron. min.*, pág. 290, *Historia Gothorum*: «... post Recaredum regem regnat Livva filius eius annis duobus, ignobili quidem matre progenitus. quem in primo flore adulescentiae Wittericus sumpta tyrannide innocuum regno deiecit precisaque dextra occidit anno aetatis XX, regni secundo».

89. *Ibid.*, págs. 290-91, *Historia Gothorum*: «... extincto Livvane Wittericus regnum, quod vivente illo invaserat, vindicat annis VII..., hic in vita plurima inlicita fecit, in morte autem, quia gladio operatus fuerat, gladio periit. mors quippe innocentis inulta in ello non fuit: inter epulas enim prandii coniuratione quorundam est interfectus. corpus eius viliter est exportatum atque sepultum».

deposición de Suíntila y la entronización de Sisenando y en especial la acción del IV Concilio de Toledo, encaminada a legitimar estos actos ⁹⁰. Pese a todo, el anónimo cronista mozárabe tiene formado su criterio: la llegada al poder fue irregular y violenta, Sisenando invadió el reino *per tyrannidem* ⁹¹, y las mismas expresiones emplea al hablar de la conquista del poder por Chindasvinto, el viejo conspirador de temple de acero, que supo desembarazarse fácilmente del joven e inofensivo Tulga ⁹². En la Asturias cristiana de Alfonso III, la *Crónica Rotense*, como veíamos, llamará tiránico el modo de ceñir la corona de Ervigio, pese a faltar en ella la acostumbrada nota de rebelión abierta y violenta, y pese también a las escrupulosas justificaciones posteriores y a la sanción que los hechos recibieron en el XII Concilio de Toledo ⁹³.

La proclamación del último rey goda, Rodrigo, es referida en la *Continuatio Hispana* en unos términos tan lacónicos como expresivos que no podían menos de suscitar el interés de los estudiosos. *Rudericus*—escribió el clérigo mozárabe—, *tumultuose regnum ortante senatu invadit* ⁹⁴. Sánchez Albornoz ha hecho del texto una génesis minuciosa que es casi una disección: uno a uno va estudiando cada término de la frase para precisar, entre las diversas acepciones, el sentido exacto con que lo empleó el cronista ⁹⁵. Ya en su día el P. Taillhan había puesto de relieve que el autor evitó cuidadosamente emplear «des expressions de «tyrannie», ou «tyrannique», ou «tyranniquement»,

90. Vid. en la primera parte del presente estudio, § 2, A.

91. *M. G. H., A. A., XI, Chron. min.*, pág. 340, *Continuatio Hispana*: «Sisenandus in era DCLXVIII... per tiranidem regnum Gothorum invaso, quinquennio regali locatus est solio»

92. *M. G. H., A. A., XI, Chron. min.*; pág. 341, *Continuatio Hispana*: «Chindasvintus per tyrannidem regnum Gothorum invaso Yberie triumphabiliter principiat, demolieñs Gothos, sexque per annos».

93. GÓMEZ MORENO: *Las primeras crónicas*, «B. A. H.», C, página 610, *Crónica Rotense*; vid. texto en la nota 81.

94. *M. G. H., A. A. XI, Chron. min.*; pág. 352, *Continuatio Hispana*: «Huius temporibus, in era DCCXLVIII... Rudericus tumultuose regnum ortante senatu invadit, regnat anno uno».

95. SÁNCHEZ ALBORNOZ: *El Senatus visigodo*, «C. H. E.», VI, páginas 51-53.

dont lui et les autres écrivains de l'Espagne gothique se servent, à l'exclusion de toute autre pour qualifier et flétrir toute usurpation ou toute tentative d'usurpation du pouvoir à main armée»⁹⁶ La conclusión que deduce Tailhan es que la proclamación de Rodrigo, violenta, fué, empero, irreprochable, y legítimo, por tanto, su poder: Sánchez Albornoz examina con mucho más detenimiento el problema. «No es casual—escribe—la ausencia del calificativo de «tiránico», referido a su acceso al poder; no lo usó el cronista porque no tuvo por tiránica la tumultuosa ocupación del trono por el último rey de los godos, porque no juzgó su violenta conquista del poder como un hecho ilegítimo, porque no consideró a Rodrigo como un rebelde»⁹⁷. Rodrigo, rey legítimo de España, es la conclusión de nuestro ilustre medievalista. Y lo fué, porque ese *Senatus* de que habla la Crónica, y por cuya decisión ocupó el trono, no es sino la asamblea de los *primates palatii* y *sacerdotes Dei*, a quien incumbía legalmente la elección del nuevo rey, de acuerdo con lo establecido en el canon X del VIII Concilio de Toledo. La violencia, el tumulto, se produjo contra los que pretendieron, burlando una vez más la ley, imponer una sucesión ilegal en favor de los hijos de Witiza⁹⁸.

De todo lo expuesto podemos concluir que se aplica la calificación de tiránica a la ascensión al poder de diversos reyes visigodos, pese a haber éstos logrado consolidar su posición y mantenerse en el trono. El término «tiránico» se emplea de ordinario por los cronistas—salvo el caso de Ervigio, con su especial matiz—, tan sólo en aquellas ocasiones en que el acceso al solio, a más de irregular, fué violento. No se llama, en efec-

96. TAILHAN: *Chronique rimée*, pág. 153. Tailhan parte del supuesto de que Witiza reinaba todavía cuando fué proclamado Rodrigo, pero que se trataba de una revolución jurídicamente irreprochable, ya que se proponía salvaguardar la legalidad constitucional y el carácter electivo de la Monarquía que Witiza pretendía quebrantar en favor de sus hijos. Hoy resulta evidente que Witiza falleció con anterioridad a la entronización tumultuosa de Rodrigo.

97. SÁNCHEZ ALBORNOZ: *El Senatus visigodo*. «C. H. E.», VI, página 55.

98. *Ibid.*, págs. 94-99.

to, tiranos a ciertos monarcas que suceden a sus padres, violando de hecho—aunque se cubriesen tal vez las apariencias por el cumplimiento de la formalidades legales—el principio constitucional de la elegibilidad. Cabe también advertir que no se llama tiranos en las crónicas a reyes que en la primera época de la Monarquía visigoda llegaron al trono por el camino de la violencia o con títulos dudosos: Sigérico, Teodorico II, Eurico, Gesaleico, Teudiscló. Es probable que el concepto de tiranía se fuese afinando a medida que se perfilaba también mejor la noción y la norma de legitimidad.

5. EN LA ASTURIAS CRISTIANA.

El concepto de tiranía, tal como había sido empleado por los historiadores visigodos, se seguirá usando por los cronistas de la naciente España cristiana. También en ellos, como escribió Maravall, «usurpación y tiranía siempre van juntas; rebelde y tirano se corresponden»⁹⁹. Hubo reyes que merecieron los juicios más adversos y los más duros comentarios a los historiadores: Fruela I fué *asper moribus* para el cronista de Albelda; y para Sampiro, Fruela II, *justo Dei iudicio festinus regno caruit*, mientras que Ramiro III era en su opinión *elatus et falsilocus et in modica scientia positus*¹⁰⁰; pero a ninguno de ellos se les apellida tiranos, ya que fueron reyes legítimos, aunque gobernaron injustamente.

Tiranos fueron llamados, en cambio, los rebeldes que se alzaron contra la autoridad de los monarcas, como aquellos que en el undécimo año de reinado expulsaron del trono y recluyeron en un monasterio a Alfonso II, que fué restaurado en el trono por Teudas y otros de sus *fideles*¹⁰¹. Tirano fué el *co-*

99. MARAVALL: *Ob. cit.*, pág. 32.

100. Vid. referencias en MARAVALL: *loc. cit.*

101. GÓMEZ MORENO: *Las primeras crónicas*, «B. A. H.», C, página 602; *Crónica Albeldense*: «Adefonsus magnus regnavit annis LI. Iste XIº regni anno, per tirannidem regno expulsus, monasterio Abellanie est retrusus. Inde a quodam Teudane uel aliis fidelibus reductus, regnique Obeto est culmine restitutus».

mes palatii Nepociano, que pretendió arrebatar la corona en el intervalo que medió entre la muerte de Alfonso II y la asunción del poder por Ramiro I, ausente en el momento de producirse el fallecimiento ¹⁰²; la intentona de Nepociano no fué sino la primera de las tentativas con que el nuevo rey habría de enfrentarse; muchos otros rebeldes, y entre los más insignes Aldroito y Piniolo, trataron de oponérsele. A todos venció Ramiro, *virga iustitiae*, en frase, del Albedense, con energía y decisión que maravillan al cronista: *tyrannos mira celeritate subuertit atque exterminauit* ¹⁰³. Tirano, en fin, fué el *comes Galliciae* Fruela, que arrojó del trono en el primer año de su reinado al joven Alfonso III, quien recobró la corona una

102. GÓMEZ MORENO: *Las primeras crónicas*, «B. A. H.», C, página 618: «Post Adefónsi discessum Ranemirus filius Ueremudi principis eligitur in regnum. Eo tempore absens erat a propria sede it in Uarduliensem provinciam fuerat aduectus ad accipiendam uxorem. Dum idem prefatus princeps Adefonsus migravit a seculo. Nepocianus palatii comes regnum tyrannide est adeptus. Ranimirus princeps ut factum audiuit Gallecie in partibus se contulit et in civitatem Lucensem exercitum quoadunavit. Post paucum uero temporis spatium in Astores irruptionem fecit. Quo Nepotianus ut ejus aduentum audiuit, ad pontem flubii cui nomen est Nartie cum exercitu obius fuit. Inito uero certamine a suis omnibus et destitutus et sine mora fugatus. In provincia uero Premoriensem a duobus comitibus Scipionem et Sonnanem est comprehensus et oculis excecatus. Quem Ranimirus rex eum in monasterio religare precepit et in monastico auitu uita finiuit».

103. GÓMEZ MORENO: *Las primeras crónicas*, «B. A. H.», C, página 603; *Crónica Albeldense*: «Ranimirus regnavit annis VII. Virga iustitiae fuit. Latrones oculos euellendos abstulit. Magicis per ignem finem imposuit. Sibique tyrannos mira celeritate subuertit atque exterminavit. Nepocianus ad pontem Narciae superavit, et sic regnum accepit. eo tempore lordomani primi in Asturias uenerunt. Postea idem Nepotiano pariter cum quodam Aldroito tyranno oculos ab eorum ejecit. Superbumque Puniolum uictor interfecit...»; pág. 619, *Crónica Rotense*: «Ranimirus princeps jam sepe nominatus uellis ciuilibus sepius est impulsatus. Duo magnati unus procer alius comes palatii aduersus regem in superuia sunt elati. Set rex quum eorum consilia cognouit uni ex eis cui nomen erat Aldroitus oculos euellere precepit. Alium nomine Piniolum cum septem filiis eos gladio interfecit». Vid. *Crónica de Sebastián*, ed. García Villada, págs. 77-80.

vez que sus *fideles* dieron muerte en Oviedo al usurpador ¹⁰⁴.

Junto a estos rebeldes, el apelativo de tirano lo reservan las crónicas asturianas a uno solo de los monarcas del Reino cristiano, a Mauregato. Como en la España visigoda, este calificativo que, según acabamos de ver, no se dió nunca en Asturias a los reyes legítimos, aunque su gobierno fuera injusto, se emplea, sin embargo, con Mauregato, y la razón no es sino que su acceso al poder fué irregular y violento: lo arrebató por la fuerza, privando de él a Alfonso II y difiriendo varios años su reinado, pese a que los magnates del Oficio Palatino y la reina viuda, Adosinda, le habían constituido sucesor del difunto rey Silo. Por ello fué tiránico su poder, ilegítimo y vicioso en su origen ¹⁰⁵.

Según puede, pues, observarse, la noción de tiranía en la acepción recibida universalmente y vitalmente sentida en la época visigoda se mantuvo invariable en los primeros siglos de la Alta Reconquista cristiana. Hará falta—como acertadamente resalta Maravall—llegar al siglo XII para que, bajo el influjo

104. GÓMEZ MORENO: *Las primeras crónicas*, «B. A. H.», C, página 603; *Crónica Albeldense*: «Adefonsus filius eius XVIII^m regni deducit annum. Istum in primo flore adulescentiae, primoque regni anno et suae natiuitatis XVIII^o, ab apostata Frojlane Galliciae comite, per tyrannidem regno pribatur. Ipseque rex Castellam se contulit, et non post multo tempore ipso Frojlane tyranno et infausto rege, a fidelibus nostri principis Obeto interfecto, idem gloriosus puer ex Castella reuertitur, et in patris solio regnans feliciter conletatur...».

105. GÓMEZ MORENO: *Las primeras crónicas*, «B. A. H.», C, página 617; *Crónica Rotense*: «Silone defuncto omnes magnati palatii cum regina Adosinda in solio paterno Adefonsus constituerunt in regno. Sed tius ejus Mauricatus ex principe Adefonso majore de serua tamen natus superuia elatus intumuit, et regem Adefonsum de [regno expulit; qui fugiens Adefonsus Alabam petiit propinquis]que matris suae se contulit. Mauricatus regnum quod tyrannide inuasit VI annis uindicauit propria morte discessit». Lo entre corchetes se suple tomándolo de la edición de GARCÍA VILLADA: *Crónica de Alfonso III*, pág. 120; vid. también la versión de los hechos en GARCÍA VILLADA: *Crónica de Sebastián*, pág. 73. La *Crónica Albeldense*, ed. Gómez Moreno, pág. 602, dice escuetamente: «Maurecatus tyranne accepto regno regnauit annis V». Lo entre corchetes se encuentra en los Códices Emilianense y Complutense.

de nuevas corrientes del pensamiento político recibidas de allende el Pirineo, se altere la valoración terminológica y un cronista como don Pelayo de Oviedo pueda llamar tirano a un rey legítimo cuando gobierna injustamente ¹⁰⁶.

JOSÉ ORLANDIS

106. MARAVALL: *Ob. cit.*, pág. 32.

EL RÉGIMEN ECONOMICO DEL MATRIMONIO Y EL PROCESO DE REDACCION DE LOS TEXTOS DE LA FAMILIA DEL FUERO DE CUENCA

SUMARIO

INTRODUCCIÓN : 1. Objeto y plan.—2. Bibliografía.—3. Fuentes.

I. DOTE, ARRAS Y OTRAS DONACIONES ESPONSALICIAS : 4. Contenido y evolución de la dote del marido hasta la época de los fueros municipales.—5. Terminología.—6. Cuantía.—7. Momento de entrega.—8. Garantías.—9. Peculiaridades del Fuero de Madrid : la donación de la mujer al marido.—10. Consecuencias de la no celebración del matrimonio por causas ajenas a la voluntad de los cónyuges.

II. RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE BIENES ADQUIRIDOS O GANADOS DURANTE EL MATRIMONIO : a) *Bienes propios de cada cónyuge* : 11. Bienes donados por los padres a los hijos con ocasión del matrimonio, pero antes de su celebración. El régimen jurídico de las donaciones otorgadas a los cónyuges después de la celebración del matrimonio.—12. Bienes inmuebles adquiridos antes del matrimonio (o procedentes de una sucesión *mortis causa*). b) *Bienes gananciales* : 13. Bienes adquiridos o ganados durante el matrimonio. Uniones matrimoniales en las que tenía lugar el régimen de gananciales.—14. Bienes obtenidos por permuta de bienes propios de los cónyuges.—15. Mejoras o trabajos realizados por cualquiera de los cónyuges en el suelo propio de uno de ellos.—16. Frutos o rentas de bienes propios.—17. Regalos de bodas. c) *Administración de la sociedad conyugal* : 18. Actos de disposición. Incapacidades de la mujer.

III. RÉGIMEN DE UNIDAD DE BIENES : 19. Características. Efectos. Requisitos.

IV. RÉGIMEN DE 'MITAD' : 20. Características. Efectos. Requisitos.

V. LA SITUACIÓN DEL CÓNYUGE ABANDONADO : 21. Consecuencias económicas.

VI. LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD CONYUGAL : a) *La responsabilidad por los delitos* : 20. Evolución de los fueros. b) *La responsabilidad de las deudas* : a') El pago de deudas durante el matrimonio : 23. Primer supuesto : la responsabilidad en el caso de que el marido deudor huya de la ciudad, quedando garantizada su deuda mediante fianza.—

24. Segundo supuesto: la responsabilidad en el caso de que el marido deudor se marche de la ciudad sin haber garantizado su deuda mediante fianza.—25. Deudas contraídas entre cristianos y judíos. b') El pago de deudas disuelto el matrimonio: 26. Extensión y límites de la responsabilidad.

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

I. Objeto de este estudio es el examen del régimen económico del matrimonio. Se centra, en cuanto a las fuentes, sobre los fueros que constituyen la «familia del Fuero de Cuenca», si bien ampliada, en cuanto que también han sido tenidos en cuenta aquellos otros que pueden incluirse en la región de Cuenca. La razón de ello no es otra que intentar aclarar las relaciones que entre esos fueros existen a la luz de una institución concreta. En este caso, el régimen económico del matrimonio. Dado que no es suficiente para precisar esas relaciones la crítica textual, a la que ya hemos dedicado nuestra atención, es necesario servirse de la «crítica institucional», puesto que una y otra se complementan¹. No es nuestro objetivo detenernos exclusivamente en señalar el fondo de derecho común a todos estos fueros en el supuesto que nos ocupa, como es costumbre hacer en todos los trabajos relativos a instituciones. Ese fondo común deberá ser señalado, en efecto, pero también, y en gran medida, las variantes que resulten de la comparación de unos fueros con otros. Las variantes cobran así un gran relieve en nuestro estudio. Forma parte de nuestra investigación señalarlas, tratar de explicar su razón de ser, anotar si se repiten en varios fueros, si son literales o simplemente institucionales. Todo ello sirve de medio para precisar las relaciones que existen entre los fueros examinados. Es también de utilidad para alcanzar nuestro objetivo tener en cuenta, siempre que sea posible, el momento de redacción de cada uno de los fueros. En este sentido es de gran valor el estudio del profesor GARCÍA GALLO referente al derecho local, en el que recoge el estado de

1. MARTÍNEZ GIJÓN: *Una aportación al estudio del derecho local en la Baja Edad Media. La «familia del Fuero de Cuenca»*, que en la actualidad se prepara para su publicación.

la cuestión, realiza una valoración de las hipótesis mantenidas hasta ahora y apunta nuevos puntos de vista ².

2. La bibliografía española relativa al régimen económico del matrimonio en su evolución histórica es escasa y sólo en parte aprovechable por nosotros, en cuanto que significa un estudio de conjunto de la serie de situaciones a considerar en función del régimen económico del matrimonio. Las variantes y peculiaridades de unas fuentes con respecto a otras aparecen desdibujadas, ya que su objetivo principal es señalar los caracteres comunes que la institución presenta en todas ellas.

Siguiendo un orden cronológico, el primero que estudió, aunque brevemente, casi todos los aspectos de la cuestión fue MARTÍNEZ MARINA ³. Posteriormente, CÁRDENAS se ocupó, en estudios separados, de la dote y del régimen de gananciales; a sus trabajos es preciso reconocerle el mérito que tienen, al menos en atención al acopio de materiales que representan en un momento de escasez de fuentes publicadas ⁴. En relación con los trabajos de CÁRDENAS, los de HINOJOSA ⁵ y MEREÁ ⁶, publicados después, suponen, naturalmente, un mayor rigor metodológico. Posteriormente, RIAZA se ocupó brevemente de la cuestión en su *Manual* ⁷. Por último, los profesores MALDONA-

2. A. GARCÍA-GALLO: *Aportación al estudio de los fueros*, en «A. H. D. E.», 26 (1956), págs. 387-446.

3. MARTÍNEZ MARINA: *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas* (Madrid, 1845)⁵, páginas 224, 232, 241 y 243.

4. F. CÁRDENAS: *Ensayo histórico sobre la dote, arras y donaciones sponsalicias desde el origen de la legislación hasta nuestros días y Ensayo histórico sobre las leyes y doctrinas que tratan de los bienes gananciales en el matrimonio*, en sus «Estudios Jurídicos», II (Madrid, 1884), págs. 5-62 y 63-116.

5. E. HINOJOSA: *Cuál ha sido, cuál es y cuál debe ser la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho civil*. Discurso leído ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Madrid, 1907), y ahora en *Obras*, II (Madrid, 1955), págs. 343 y sigs.

6. P. MEREÁ: *Evolução dos regimes matrimoniais*, I y II (Coimbra, 1913).

7. R. RIAZA (y A. GARCÍA-GALLO): *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid, 1934), núms. 596-609.

DO⁸ y GIBERT⁹ dedican algunas páginas a aclarar diversos aspectos del problema en sus estudios histórico-jurídicos a los Fueros de Coria y Sepúlveda, respectivamente.

3. Las fuentes que sirven de base a este estudio pueden ser agrupadas de la manera que sigue, según el punto de vista tradicional¹⁰:

A) Fueros de lo que se dicen forman la llamada «familia del Fuero de Cuenca»¹¹.

a) Adaptaciones más o menos libres del Fuero de Cuenca. Son las siguientes: Fuero de Béjar¹², Fuero de Zorita de los Canes¹³, Fuero de Plasencia¹⁴, Fuero de Sepúlveda¹⁵, Fuero de Teruel¹⁶ y Fuero de Castiell-Albarracín¹⁷.

b) Fueros en los que se han señalado influencias del Fuero de Cuenca. Bajo este epígrafe se comprenden: el Fuero de

8. *El Fuero de Coria. Estudio histórico-jurídico*; por J. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, y *Transcripción y fijación del texto*, por E. SÁEZ (Madrid, 1949).

9. *Los Fueros de Sepúlveda. Edición crítica y apéndice documental*, por E. SÁEZ; *Estudio histórico-jurídico*, por R. GIBERT; *Estudio lingüístico y vocabulario*, por M. ALVAR; *Los términos antiguos de Sepúlveda*, por A. G. RUIZ-ZORRILLA (Segovia, 1953).

10. Que puede verse en R. UREÑA: *Fuero de Cuenca (Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf)* (Madrid, 1935), págs. XXVI-CXIII.

11. UREÑA: *El Fuero de Cuenca*, cit.

12. A. MARTÍN LÁZARO: *Fuero castellano de Béjar (siglo XIII)* (Madrid, 1925).

13. UREÑA: *El Fuero de Zorita de los Canes (siglos XIII al XIV) y sus relaciones con el Fuero latino de Cuenca y el romanceado de Alcázar* (Madrid, 1911).

14. J. BENAVIDES CHECA: *El Fuero de Plasencia* (Roma, 1896).

15. E. SÁEZ: *Los Fueros de Sepúlveda. Edición crítica y apéndice documental* cit.

16. AZNAR Y NAVARRO: *Forum Turolii* (Zaragoza, 1905); MAX GORROCH: *El Fuero de Teruel* (Stockholm, 1950).

(17) A. e I. GONZÁLEZ PALENCIA: *Fragmentos del Fuero de Albarracín*, en «A. H. D. E.» 8 (1931), págs. 415-495; C. RIBA Y GARCÍA: *Carta de población de la ciudad de Santa María de Albarracín, según el códice romanceado existente en la Biblioteca Nacional de Madrid* (Zaragoza, 1915).

Brihuega ¹⁸, el Fuero de Fuentes de la Alcarria ¹⁹, el Fuero de Alcalá de Henares, el Fuero de Soria ²⁰, el Fuero de Coria ²¹ y los de Cáceres y Usagre ²².

B) Otros fueros que territorialmente pueden incluirse en el área de Cuenca, que en su conjunto coinciden con la primitiva Celtiberia. La razón de su utilización consiste en una posible influencia de esos fueros en los restantes, sobre todo si se tiene en cuenta que «las relaciones entre todos estos fueros son grandes y con frecuencia se encuentran coincidencias literales» ²³. Unos son breves, como el de Medinaceli ²⁴, Calatayud ²⁵, Guadalajara ²⁶ y Daroca ²⁷. Otros más desarrollados, como el de Molina ²⁸, Uclés ²⁹, Alfambra ³⁰, Madrid ³¹ y Guadalajara ³².

18. F. FITA: *Fuero latino de Brihuega*, en «Boletín de la Real Academia de la Historia», 8 (1886), págs. 419-421; E. LUÑO PEÑA: *Legislación foral de Don Rodrigo Jiménez de Rada*, en «Revista Universidad de Zaragoza», 4 (1927), págs. 85-124 y 355-383.

19. L. VÁZQUEZ DE PARGA: *Fuero de Fuentes de la Alcarria*, en «A. H. D. E.», 18 (1947), págs. 348-398.

20. G. SÁNCHEZ: *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares* (Madrid, 1919).

21. E. SÁEZ: *El Fuero de Coria. Transcripción y fijación del texto cit.*

22. R. UREÑA y A. BONILLA: *Fuero de Usagre (siglo XIII), anotado con las variantes del de Cáceres y seguido de varios apéndices y un glosario* (Madrid, 1907).

23. Cfr. GARCÍA GALLO: *Aportación al estudio de los fueros*, cit., páginas 437 y 438.

24. Ed. MUÑOZ y ROMERO, en *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, I (Madrid, 1847), págs. 435-443.

25. Ed. J. M.^a RAMOS LOSCERTALES en «A. H. D. E.», 1 (1924), págs. 408-416.

26. De 1133, ed. MUÑOZ y ROMERO, en *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, cit., págs. 507-511; el Fuero no regula ningún aspecto del régimen económico del matrimonio.

27. Ed. MUÑOZ y ROMERO, en *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas* cit., págs. 534-543.

28. M. SANCHO IZQUIERDO: *El Fuero de Molina de Aragón* (Madrid, 1916).

29. De 1179, ed. E. SÁEZ, en *Los Fueros de Sepúlveda* cit., páginas 178-183; extenso, ed. F. FITA, en el BOLETÍN DE LA REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA» 14 (1889), págs. 305-341.

I. DOTE, ARRAS Y OTRAS DONACIONES ESPONSALICIAS

4. En el derecho que estudiamos, bajo la palabras 'arras' se comprende todo lo que el marido entregaba a la mujer en razón o por causa del matrimonio ³³. No nos preocupa en este momento el origen de la institución. Probablemente su punto de arranque deba verse en la peculiar organización de la familia prerromana. En este sentido es de interés aquello que ESTRABÓN nos dice de los cántabros: «Otros rasgos tampoco son señal de civilización, pero no son tan bestialles, por ejemplo, la costumbre de que entre los cántabros los hombres dan la dote a las mujeres...» ³⁴. Esta forma de regular este aspecto del régimen económico del matrimonio es característica de la cultura 'agrícola-matriarcal' ³⁵. Con base en esta afirmación es posible limitar el ámbito de vigencia de la costumbre cántabra, en cuanto que es peculiar de aquellos pueblos en los que ha tenido cierta influencia la cultura 'agrícola-matriarcal' pura o combinada con la 'pastoril-patriarcal' ³⁶. Para una época posterior, la del derecho hispanorromano, no sería desacertado pensar en la persistencia de la costumbre de que los maridos

30. M. ALBAREDA Y HERRERA: *Fuero de Alfambra*, en la «Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales», 7 (1924), págs. 195-201; 8 (1925), págs. 424-462 y 589-608; 9 (1926), págs. 91-128.

31. Ed. Archivo de Villa (Madrid, 1932), con estudio de G. SÁNCHEZ: *El Fuero de Madrid y los Derechos locales castellanos*, páginas 9-23; A. MILLARES CARLO: *Transcripción*, págs. 27-58; R. LAPESA: *Glosario*, págs. 61-73.

32. H. KENISTON: *Fuero de Guadalajara. 1219* (Princeton. París, 1924).

33. CÁRDENAS: *Ensayo histórico sobre la dote, arras y donaciones esponsalicias*, cit., pág. 41.

34. *Geografía*, 3, 4, 18. Trad. A. Schulten, en *Fontes Hispaniae Antiquae*, VI (Barcelona, 1952), pág. 115.

35. BACHOFEN: *Urreligion und antike Symbole Systematisch angeordnete Auswahl aus seinen Werken in drei Bänden. Herausgegeben von Carl Albrecht Bernouilli*, II (Leipzig, 1926), págs. 504-518; CARO BARROJA: *Los pueblos de España* (Barcelona, 1946), págs. 210-212.

36. Cfr. GARCÍA-GALLO: *La evolución general del Derecho español* (Madrid, 1957), págs. 6-9; MEREJA: *O dote visigótico*, en «Estudios de Direito visigótico» (Coimbra, 1948), pág. 23, n. 2, se inclina a creer que la costumbre señalada sólo se mantuvo en la región cántabra.

'dotasen' a las mujeres, sobre todo si se observa que no se opone radicalmente a las instituciones romanas del último período del Imperio, concretamente a la *donatio ante nuptias*³⁷. MERECA concibe la dote visigoda como derivada de la dote *ex marito*, propia del Derecho germánico—TÁCITO, a este propósito, nos dice: *dotem non uxor marito sed maritus uxori offert*³⁸—y de la *donatio ante nuptias*, muy difundida en la práctica jurídica del Bajo Imperio y a la que en ocasiones también se designaba con la palabra *dos*³⁹. Los fueros municipales son, en cuanto a la esencia de la institución, clara continuación del derecho visigodo. La regulación que de la dote contienen es en la mayoría de ellos muy casuística y a veces imprecisa, pero es evidente que nos encontramos ante la dote del marido a la mujer y que, de otra parte, goza de una gran importancia en la constitución del matrimonio hasta el punto de que en algunos fueros, sirva de ejemplo el de Madrid, es el único aspecto regulado de los que se refieren al régimen económico del matrimonio. Muy posiblemente la Iglesia ha influido en la importancia que en este período adquiere la dote. En el *Decretum* de GRACIANO se recoge como un antiguo canon, fiel reflejo del pensamiento eclesiástico, el adagio de que *nullum sine dote fiat coniugium*, que si bien en el primer momento se aplica a la dote romana, luego lo fue a la dote del marido⁴⁰. Que incluso en la doctrina canónica por dote se entiende la que el marido ofrece a la mujer, claramente nos lo demuestra un texto de Benedictus LEVITA, del siglo IX, no incluido entre los apócrifos y probablemente tomado de algún capitular de inspiración canónica: *Per consilium et benedictionem sacerdotis maritus eam sponsare et legitime dotare debet*⁴¹. En

37. Cfr. MERECA: *Evolução dos regimes matrimoniais*, I, cit., páginas 62 y 63.

38. *Germania*, 18, en SCHULTEN: *Fontes Hispaniae Antiquae*, VI (Barcelona, 1922), pág. 262.

39. MERECA: *O dote visigótico* cit., pág. 23.

40. *Decretum* 2.^a p. C. 30, p. 5, c. 6.

41. L. 7, cap. 179 cit. por LEFEBVRE: *Le droit des gens mariés* (París, 1908), pág. 496, y por MERECA: *Evolução dos regimes matrimoniais*, II, cit., pág. 39, n. 1.

relación con este mismo problema MERECA sostiene que la mujer que no hubiese sido dotada por el marido era considerada como barragana ⁴². Nada similar encontramos en los fueros que hemos estudiado, pero sí puede inferirse de ellos que la barragana o concubina no era una mujer 'arrada' o dotada.

5. Las 'arras' o, lo que es lo mismo, la dote del marido a la mujer, aparecen reguladas en los Fueros de Molina, Alfambra, Uclés, Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia, Soria, Teruel, Albarracín, Cáceres, Usagre, Madrid y Guadalupe de 1210. Por extraño que pueda parecer, a pesar de que la institución se contiene en los textos de Cáceres y Usagre, no se contiene, en cambio, en su antecedente el Fuero de Coria una explicación a este fenómeno fue dada por MALDONADO: «El Fuero de Coria representa en este sentido el punto medio entre dos tendencias jurídicas de signo contrario, la que limita la cuantía de las arras y aquella otra que marca el «momento de viraje» entre las Costumbres e Foros de Castella Rodrigo, Castello-Melhor y Alfaiates (cuantía limitada), de un lado, y los Fueros de Cáceres y Usagre (libertad absoluta), de otro» ⁴³. La interpretación dada por MALDONADO no deja de ser sutil; podría pensarse también en una omisión involuntaria del copista de Castello-Bom, fuero que también omite el precepto, y sobre el que se llevó a cabo, muy posiblemente, la adaptación de Coria. En todo caso no deja de ser significativo que el Fuero de Alcalá de Henares no contenga ningún capítulo relativo a la cuantía de las arras; en otro lugar tendremos ocasión de señalar que los Fueros de Coria, Cáceres y Usagre presentan frecuentes semejanzas, desde el punto de vista de las variantes referidas al Fuero de Cuenca, con el de Alcalá de Henares ⁴⁴.

Las donaciones que el marido entregaba a la mujer por

42. MERECA: *Evolução dos regimes matrimoniais*, II, cit., pág. 41; *Sobre a palavra recabar*, en «Estudos de Direito Hispánico Medieval», I, (Coimbra, 1952), págs. 146-150.

43. MALDONADO: *El Fuero de Coria. Estudio histórico jurídico*, cit., págs. CCVIII-CCLXXX.

44. MARTÍNEZ GIJÓN: *Una aportación al estudio del Derecho local de la Baja Edad Media*, cit.

razón del matrimonio reciben diversas denominaciones en las fuentes estudiadas. Con el nombre de *dos* se las conoce en los textos latinos; la palabra 'arras' es la empleada generalmente en los romances; además de arras se las llama también en el Fuero de Teruel redacción romance, en algún caso concreto, 'esposalcio'⁴⁵, y en los Fueros de Cáceres y Usagre 'vestidos' y 'uodas'⁴⁶; en el Fuero de Madrid no aparece la designación de arras, las donaciones aludidas se las conoce con los nombres de 'vestidos', 'calças', 'pan', 'uino', 'carne' y 'çapatás'⁴⁷.

En relación con la diversa terminología utilizada en las fuentes para designar las donaciones del marido a la mujer al tiempo de celebrar el matrimonio se plantea la cuestión de si se refieren a una misma donación o, por el contrario, implican distintas y separadas donaciones. Nos inclinamos por la primera solución: los fueros establecen normalmente, la entrega de una determinada cantidad de maravedís u otros bienes en concepto de 'arras', 'vestidos', 'uodas', etc., en el mismo momento y con la misma finalidad; quizá se trate de redundancias de estilo con las cuales, en suma, se designaba una donación única⁴⁸. En favor de la segunda solución puede aducirse el privilegio de Fernando III, dado a Cuenca en 1242, que autoriza al marido a conceder a la mujer una donación «pora panos pora sus Bodas»⁴⁹, como algo diferente a la dote establecida en el texto del Fuero, y en el mismo sentido el Fuero de Soria⁵⁰. Sin embargo, incluso en este caso, creemos, con res-

45. La comparación del Fuero latino de Teruel y su redacción romance resulta interesante:

F. L. Teruel, 305. «Et sciendum est, quod post mortem uiri, nullus alius pro ipso *dotes* soluere, iuxta forum...».

F. R. Teruel,⁴¹⁵ «... Et es a ssa-ber que, después de la muert del uarón, ninguno otro por él non deue pagar *esposalcio*, segunt del fuero...».

46. Cfr. *Fuero de Cáceres*, 70 y *Fueros de Usagre*, 69, en nota 61.

47. Cfr. *Fuero de Madrid*, 115, en nota 60.

48. Cfr. las observaciones de MUÑOZ Y RIVERO: *Nociones de Diplomática española* (Madrid, 1881), págs. 108 y sigs.

49. *Privilegio de Fernando III dado a Cuenca en 1242*, vid. nota 58.

50. *Fuero de Soria*, 290. «Qualquier que casare, que non sea osado

pecto a Cuenca, que la donación «pora pannos pora sus Bodas» corresponde en un momento posterior a la dote del Fuero ⁵¹.

Con respecto a cómo la palabra 'arras' llegó a ser la traducción romance de la latina *dos*, aceptamos las conclusiones a que ha llegado en este punto MEREÁ, en oposición a UREÑA ⁵².

6. No existe en los fueros estudiados una gran diversidad de soluciones por lo que respecta a la cuantía de las arras. El fondo común de este derecho distingue entre la doncella y la viuda: a la primera le concede veinte maravedís o áureos en conceptos de arras, y diez a la segunda. Posiblemente, desde un punto de vista cronológico, el Fuero más antiguo de los examinados, en el que se regula esta situación, sea el de Molina. Este fuero contiene una doble regulación de la cantidad que debe entregarse en concepto de arras: de un lado, en XXV, 3, asigna a la doncella veinte maravedís, cuarenta medidas de vino, un puerco, siete carneros y cinco cahíces de trigo, y a la viuda diez maravedís ⁵³; de otro, en XI, 26, sin distinguir entre doncella y viuda, dispone que toda mujer debe recibir arras del marido por valor de veinte maravedís. Sin conceder al Fuero de Molina la categoría de núcleo originario de los diversos

de dar a su mugier abodas ni adesposaias mas de dos pares de pannos, queales se abiniéren entressi. Et el que mas diere, o el que mas tomare, que peche lo demas todo doblado al conçejo».

51. Nos basamos en el precepto 195 (= IX, 7) del *Fuero de Cuenca*, que atribuye a la mujer la propiedad de los *uestes*, cuando el marido ha muerto, después de celebrado y consumado el matrimonio.

52. MEREÁ: *Sobre a palabra «arras»*, en «Estudios de Derecho Hispánico medieval», I, cit., págs. 139-145; UREÑA: *Historia de la literatura jurídica española*, t. I, v. I (Madrid, 1906)², pág. 326. También las donaciones de los fieles a las iglesias reciben en el siglo XII el nombre de 'arras'. Cfr. GARCÍA-GALLÓ: *El Concilio de Coyanza*, en «AHDE», 20 (1950); notas 371 y 380.

53. *Fuero de Molina* XXV, 3. Qui con moça casare. «Todo omne que con moça uirgen casare, del en arras veynt maravedís et quarenta mésuras de uino et un puerco et siete carneros et cinco cafizes de trigo; a la mujer bitda, diez maravedís». En la versión de 1474, hecha por Francisco Daz, el precepto quedó redactado así: «Qui casare con mugier virgin del en aRas XX marauedís et XI mesuras de uino et un puerco et VII carnéros et V káfices de trigo. A la biuda, X marauedís» (ed. pág. 127).

ordenamientos jurídicos de la región, lo cierto es que sus soluciones, no los textos en que éstas se estructuran, se repiten en otros fueros. Hay algo que desaparece: de las medidas de vino, trigo, etc., no vuelve a hablarse en los demás fueros. El Fuero de Alfambra sigue la primera solución⁵⁴. La segunda solución es la seguida por el Fuero de Uclés; si debido a una influencia de Molina no es posible precisarlo, en todo caso no debe olvidarse que es el único fuero que resuelve el supuesto de forma idéntica a Molina y que cronológicamente es posterior a éste⁵⁵.

En un momento posterior, si bien dentro de la misma línea, la regulación de la cuantía de las arras sufre una alteración sensible. Pareció ser que la antigua división de mujer doncella y mujer viuda pierde importancia en favor de una nueva distinción que ahora se estructura: las arras de la mujer de la villa son mayores que las de la mujer campesina, pero continúan siendo distintas las de la doncella y las de la viuda dentro de cada una de esas categorías. En los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia, Teruel, Soria, Guadalajara y Madrid aparece, junto con la anterior, la nueva distinción señalada. Con excepción del Fuero de Madrid, los restantes coinciden en atribuir a la doncella de la villa veinte aureos o maravedís en arras y diez a la viuda de la ciudad; diez y cinco, respectivamente, a la doncella y viuda aldeanas. Es evidente la relación que existe entre todos estos fueros. Los de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes y Plasencia presentan es este punto

54. *Fuero de Alfambra*, 39. Arras de muger. «Omne que prendra muger manceba en pellos donile por aras XX morabetinos alfonsines; a otra muger, X alfonsines».

55. *Fuero de Molina* [XI, 26. Del que tomare muger. Vezino de Molina que tomare muger, del por sus arras veynte maravedís et la que mas demandudiere, nol uala et después de la muerte ninguno non peche arras» (ed. pág. 85).

Fuero de Uclés, 28. De arras. «Totus homo qui arras oviere a dar non det mas de XX morabetinos, tercia pars in boda per foro ducles; et si in vida non demandarent, postea non respondant, neque filii, neque parentes. Sed homo qui fiador entrare por arras respondat, o pectet bivo sedendo el qui eum miserit».

coincidencias literales, con la salvedad de que, en función de Cuenca, sustituyen las palabras latinas *dos* y *aureos* por las romances 'arras' y 'maravedís'⁵⁶. El Fuero de Teruel, aunque contiene el mismo derecho y casi idéntica redacción, presenta adiciones y, en todo caso, no puede ser considerado como una versión simple de Cuenca. No cabe dudar de la influencia de Cuenca en Soria en este punto concreto; pero el hecho de que en este caso presente algunas coincidencias literales con Teruel nos lleva a relacionarle con este fuero, en cuanto que esas coincidencias no han sido causadas sólo por la utilización en ambos fueros de la lengua romance; puede observarse en ambos fueros un final añadido en relación a Cuenca⁵⁷. Posteriormente, en este fuero, por privilegio de Fernando III, las arras aumentan en su cuantía: sesenta maravedís para la doncella y

56. *Fuero de Cuenca*, 189 (= IX, 1). De dote ciuis puelle. «Mando etiam quod quicumque ciuem puellam desponsauerit, det ei uiginti aureos in dotem uel apreciaturam, uel pignus XX aureorum»; *Fuero de Béjar*, 210; *Fuero de Zorita de los Cános*, 172 y *Fuero de Plasencia*, 634. *Fuero de Cuenca*, 190 (= IX, 2). De dote ciuis uidue et puelle rusticane uidueque rusticane. «Et ciui uidue det decem aureos. Ille uero qui puellam rusticanam siue aldeanam desponsauerit, det ei decem aureos; et uidue V»; *Fuero de Béjar*, 211; *Fuero de Zorita de los Cános*, 173 y *Fuero de Plasencia*, 634.

57. *Fuero romance de Teruel*, 415. «Del que con mançeba de uilla se esposará. «Mando encara que qual quiere que con mançeba de uilla se esposará, déle por arras XX morauedís alfonsís o apreciadura o pennos de XX morauedís. Mas qui con biuda de uilla se esposará dé le por arras X morauedís alfonsís. Otrosí, qual quiere que con mançeba aldeana se esposará, dé le por arras X morauedís alfonsís. Mas qui con biuda aldeana se esposará, déle por arras V morauedís alfonsís. E por todas estas cosas mando apreciadura prender o pennos...»; *Fuero latino de Teruel*, 302-304, y *Carta Puebla de Albarracín*, 139.

Fuero de Soria, 288. «Tod aquel que con mançeba en cabellos que sea de la villa casare, del XX mr. en arras, o apreciamiento o pennos de XX mr. A la bibda X mr. A la mançeba del aldea, X mr. A la bibda, V mr., o apreciamiento o pennos por ellos, segund dicho es...».

cuarenta para la viuda; pero el privilegio sólo beneficia a las mujeres de la ciudad, no a las aldeanas⁵⁸. El texto de Guadalajara es, evidentemente, de redacción más sencilla que los anteriores⁵⁹.

El Fuero de Madrid, en un precepto tardío con relación al núcleo originario del fuero, establece en concepto de arras unas cantidades distintas a las ya examinadas: cincuenta y veinticinco maravedís para la doncella y viuda de la villa; veinticinco y quince para la doncella o viuda de la aldea⁶⁰.

58. *Privilegio de Fernando III dado a Cuenca en 1242*. «Et mando que tod omne que casare con Mançeba que nol de mas de Sessaenta morabetis pora pannos pora sus Bodas. Et qui casare con Bibda nol de mas de Quarenta morabetis pora pannos pora sus Bodas. Et qui mas diesse desto que yo mando pecharie Cinquenta morabetis en coto, los veynt. ami e los diez alos Jurados, e los diez alos Alcaldes, e los diez al que los descubriesse» (ed. pág. 860 b).

59. *Fuero de Guadalajara (1219)*, 34. «Tod ome qui muger prisiere, el marido de al escosa en arras veinte maravedis e a la bibda diez maravedis, e al escosa del aldea diez maravedis e a la bibda cinco maravedis».

60. *Fuero de Madrid*, 115. «A esto son abenidos los jurados e los alcaldes e los fiadores e todol conceio de Madrit: Que todo homne que casare en Madrit con manceba, del L morabetinos por vestidos e por calças, e por pan e por uino e por carne e por çapatas, e non de mas; e esto sea dado por toda la mission de la boda. Et qui casare con bibda, del XXV morabetinos por toda mission de boda. Et de la nouia al nouio, quier manceba ho quier bibda, XXV morabetinos por bestido, e non le de mas. Et todo omne del aldea que casare con manceba, del XXV morabetinos por toda mission de bodas. Et qui casare con bibda, del XV morabetinos por toda mission de boda, assi quemmo es sobrescripto. Et de la nouia al nouio, quier manceba ho quier bibda, XV morabetinos e non mas por bestido e por toda mission de la boda. Et el dia del desposorio non de el nouio jantiar ninguna; et ningunos que esto fecho quisieren quebrantar, sea aleuoso e traydor del conceio de Madrit, e non entre mas en testimunno nin en portiello ninguno, et peche C morabetinos en coto. Qui los tomare de mas, peche C morabetinos, e qui lo diere de mas, peche C morabetinos, e esta calonia coiala un jurado e uno alcalde e uno fiador; e si por menguã destes coiedores lo perdiere el conceio, salgan por aleuosos del portiello e pechen esto... Et ninguno ome qui pidiere pedido nin ajuda por a boda, clerigo nin..., nin por ninguna cosa, peche X morabetinos qui lo diere e X morabetinos qui lo pidiere... quanto es en estas III cosas por a boda e por alguazil et por alcalde»

Finalmente, los Fueros de Cáceres y Usagre, al margen de las soluciones anteriores, establecen el principio de libertad con relación a la cuantía de las arras. El marido y los parientes de la mujer deben fijar, de común acuerdo, el importe de las mismas ⁶¹. Parece ser, según la opinión de MALDONADO, que Cáceres y Usagre, al consagrar el principio de libertad de las arras, ponen punto final a una evolución que se había iniciado en las Costumbres e Foros de Castello-Bom y continuado en el Fuero de Coria ⁶².

A modo de cuadro sinóptico, el panorama que en este supuesto presentan los fueros sobre los que hemos centrado nuestro estudio es el siguiente:

- A) Fueros que imponen un límite a la cuantía de las arras:
- a) La misma para todas las mujeres:
 - Fuero de Molina.
 - Fuero de Uclés.
 - b) Distinta según que la mujer sea doncella o viuda:
 - Fuero de Molina.
 - Fuero de Alfambra.
 - c) Distinta según que la mujer sea ciudadana o campesina, doncella o viuda.
 - Fuero de Cuenca.
 - Fuero de Béjar.
 - Fuero de Zorita de los Canes.
 - Fuero de Teruel-Albarracín.
 - Fuero de Soria.
 - Fuero de Madrid.
 - Fuero de Guadalajara.
- B) Fueros que consagran el principio de libertad de las arras:
- Fuero de Cáceres.
 - Fuero de Usagre.

61. *Fuero de Usagre*, 69. De uoda et de arras. «Qui uxorem duxerit, det ei en arras, et en uestidos, et en uodas quanto se aviniere con parientes de la esposa, et prendan fiadores de arras et por repintajas de C morauetis»; *Fuero de Cáceres*, 70.

62. MALDONADO; *El Fuero de Coria. Estudio histórico-jurídico cit.*, pág. CCLXXVIII.

Han quedado al margen varios problemas de los que hemos de ocuparnos ahora.

CÁRDENAS afirma con valor general que «entre los varios privilegios que concedieron muchos fueros a los nuevos pobladores de las villas y ciudades recién conquistadas a los sarracenos, hubo de ser uno sin duda el dispensarles de la ley que limitaba la cuantía de la dote»⁶³. Esta afirmación, considerada gratuita por MEREÁ⁶⁴, carece de valor para el área de fueros situada «a caballo sobre el sistema montañoso ibérico y parte oriental del central, abarcando la provincia de Soria, el este de la de Segovia, la zona norte del Tajo desde Madrid hacia su nacimiento, la parte occidental de Aragón y el macizo montañoso de Teruel»⁶⁵. En efecto, sólo los Fueros de Cáceres y Usagre, que no pertenecen a ese área, admiten el principio de la libertad de las arras. E incluso en Cuenca, según el privilegio de Fernando III, y en el Fuero de Madrid, no existe posibilidad de aumentar las arras, hasta el punto de que se castiga con una caloña de cincuenta y cien maravedís, respectivamente, a quien más diere o más recibiere en ese concepto⁶⁶. Algo semejante, sin pretender con esto apuntar una posible derivación, se dispone en los fueros de la familia de Cima-Coa: «e qui mays dere ou pedire peyte X morabetinos...»⁶⁷, y en el Fuero de Molina se prohíbe explícitamente que la mujer demande más de veinte maravedís por arras⁶⁸.

Hemos podido observar, de una parte, que la cuantía de las arras es distinta en determinados fueros, según que la mujer sea de la ciudad o del campo y, de otra, según sea doncella o viuda. La razón de ser de la primera diferencia, en función de

63. CÁRDENAS: *Ensayo histórico sobre las dotes, arras y donaciones esponsalicias*, cit., pág. 29.

64. MEREÁ: *Evolução dos regimes matrimoniais*, II, cit., pág. 55, nota 2.

65. GARCÍA-GALLO: *Aportación al estudio de los fueros*, cit., página 430.

66. *Privilegio de Fernando III dado a Cuenca en 1242*, vid. nota 58; *Fuero de Madrid*, 115, vid. nota 60.

67. Cfr. *Costumes e Foros de Castel-Rodrigo* IV, 2, y *Costumes e Foros de Castello-Melhor*, 134.

68. *Fuero de Molina* XI, 26, vid. nota 55.

la cuantía de las arras, no ha sido planteada por los historiadores del derecho que se ocupan del problema. No dejá de ser interesante ver el momento en que aparecen: son los fueros que podemos llamar con propiedad extensos y que contienen el derecho de un municipio desarrollado los que por vez primera distinguen entre villa y campo desde el punto de vista de las arras; los fueros anteriores o coetáneos, de señoríos o lugares de población más reducidos no dan cabida a semejante distinción. Esta apreciación nos lleva a concebir esa diferencia como una consecuencia más, en el terreno del derecho privado, de ese predominio de la ciudad sobre las aldeas que caracteriza el régimen municipal a partir del siglo XII⁶⁹.

De otro llado, las arras de la mujer doncella en relación con las de la viuda son superiores, el doble para ser más exactos. Los fueros guardan un silencio absoluto sobre el porqué de este distinto tratamiento, que, desde luego, debía ser muy claro para la mentalidad de la época. Moviéndonos exclusivamente sobre el terreno de las conjeturas cabría aventurar la siguiente hipótesis: la dote de la doncella es mayor que la de la viuda porque en ella se han dado cabida a dos donaciones distintas: la dote propiamente dicha y la antigua 'morgengabe'. Contra esta forma de ver las cosas puede objetarse que la 'morgengabe' que aparece en algunos códigos bárbaros como donación o *donum matutinale*, ofrecida por el marido a la mujer a la mañana siguiente a la noche de bodas, como *precium virginitatis*, no existe propiamente en nuestro derecho municipal⁷⁰. Ello, evidentemente, es cierto. La 'morgengabe' en cuanto institución definida no existe en nuestras fuentes jurídicas de la Reconquista. Pero no es menos cierto que, en muchos documentos de aplicación del derecho, las arras aparecen concedidas *propter tue virginitatis intemerata pudicitia*, posiblemente como un re-

69. GARCÍA-GALLO: *Curso de Historia de Derecho español*, I (Madrid, 1950)⁵, págs. 299 y 300.

70. PERTILE: *Storia del Diritto italiano dalla caduta dell'Impero alla Codificazione*, III (Turín, 1924), pág. 16; R. SCHRÖDER: *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, por E. von Künssberg (Berlín-Leipzig, 1922)⁶, págs. 74 y 340; VACCARI: *Il matrimonio germanico* (1935), pág. 17.

sabio de formularios visigodos⁷¹. La idea, no la institución, que en cuanto tal es desconocida, de que las arras tienen su fundamento en parte en la pérdida de la virginidad de la mujer, motivo que no aparece en las cartas de arras de las viudas, pudiera haber sido la causa de que en nuestra legislación municipal sean mayores las arras de la mujer doncella que las de la viuda.

7. No parece ser requisito esencial para la constitución de las arras que sean entregadas antes de la celebración del matrimonio. Con excepción del Fuero de Uclés y del Fuero de Madrid, las arras pueden ser entregadas una vez celebrado el matrimonio e incluso después de su disolución por la muerte de uno de los cónyuges.

El Fuero de Uclés dispone que la tercera parte de la cuantía de las arras se entregue concretamente el día de la boda⁷². El Fuero de Madrid no especifica el momento de la entrega de las arras, pero de la frase «e esto sea dado por toda la misión de la boda» podría deducirse que la donación debía otorgarse y entregarse antes de la ceremonia nupcial⁷³.

Los restantes fueros admiten la posibilidad de que las arras sean entregadas por el marido a la mujer después de celebrado el matrimonio; pero sus soluciones son distintas y conviene analizarlas por separado. El sistema del Fuero de Molina⁷⁴ y, de igual forma, el de Plasencia⁷⁵ es el más sencillo: las arras deben ser entregadas, en todo caso, en vida del marido; de lo contrario, nadie responde de las mismas. Un derecho, hasta cierto punto más desarrollado, se contiene en el Fuero de Uclés, en cuanto que los herederos del marido vienen obligados a la entrega del resto de las arras—la tercera

71. Cfr. MEREJA: *O dote visogótico*, cit., pág. 39; *Evolução dos regimes matrimoniais*, II, cit., pág. 55, y *O dote nos documentos dos séculos IX-XII*, en «Estudos de Direito Medieval, I (Coimbra, 1952), págs. 78 y sigs., en las que se recogen como apéndice los documentos base del trabajo.

72. *Fuero de Uclés*, 28, vid. nota 55.

73. *Fuero de Madrid*, 115, vid. nota 60.

74. *Fuero de Molina* XI, 26, vid. nota 55.

75. *Fuero de Plasencia*, 634. «... Et es de saber que despues dela muerte del, nadie non aya las arras de soltar ni otri por el».

parte debió ser dada el día de la boda—, si la mujer las hubiese demandado en vida de aquél ⁷⁶. Es evidente, a nuestro entender, que el Fuero de Uclés ocupa una posición intermedia entre el derecho de Molina y Plasencia y el de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes y Teruel-Albarracín. El sistema de este grupo de fueros es más complejo, pero en él hallamos, con modificaciones, la solución dada al problema por el Fuero de Uclés. En relación con la entrega de las arras, los fueros aludidos contemplan los siguientes supuestos: primero, que el marido, durante el matrimonio, haya entregado a la mujer las arras; segundo, que en lugar de las arras y como garantía de las mismas le haya entregado una prenda; tercero, que las arras hayan sido apreciadas sobre bienes del marido. En el segundo caso, los herederos del marido deben entregar a la viuda las arras, en tanto en cuanto hubiesen sido demandadas por ella durante la vida de aquél; en el último supuesto responden incluso sin ese requisito, puesto que *apreciatura autem valeat omni tempore* ⁷⁷.

Es posible apreciar, en el caso que nos ocupa, la influencia del Derecho de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes y Teruel-Albarracín en el Fuero de Soria. Influencia, sin embargo, relativa, en cuanto que el Fuero de Soria no copia literalmente aquel derecho y aporta, de otro lado, soluciones de origen distinto. Las soluciones del Fuero de Soria a la cuestión de la entrega de las arras son dos: o se entregan durante el matrimonio, o bien son estimadas sobre los bienes del marido; se ha prescindido, como es de observar, de la posibilidad de entregar una prenda en lugar de las arras. De otra parte, el Fuero de Soria contiene el principio de que el nacimiento de un hijo libera al marido de la entrega de las arras ⁷⁸. El origen de este

⁷⁶. Fuero de Uclés, 28, vid. nota 55.

⁷⁷. Fuero de Cuenca, 191 (= IX, 3). Quod post mortem uiri nemo dotem persoluat. «Et est sciendum, quod post mortem uiri nullus habeat soluere dotem: et quamuis uxor pignora teneat, non ualeant, qui ante mortem uiri dos non fuit requisita: apreciatura autem ualeat omni tempore»; Fuero de Béjar, 213; Fuero de Zorita de los Canes, 174; Fuero latino de Teruel, 305; Fuero romance de Teruel, 417 y Carta Puebla de Albarracín, 139.

⁷⁸. Fuero de Soria, 288. «... Et si la mugier en vida del marido

principio debe verse en el derecho romano del Bajo Imperio, que se continúa en el derecho visigodo y persiste en el derecho de la Reconquista ⁷⁹.

Ha podido observarse cómo el derecho del Fuero de Plasencia difiere en este supuesto del de Cuenca-Teruel, estableciendo un régimen más sencillo que le aproxima al Fuero de Molina. Que coincidan ambos fueros no implica que Plasencia haya tenido a la vista el Fuero de Molina, más aún cuando el texto de Plasencia no ofrece coincidencias literales con el de Molina. Podría pensarse en una omisión involuntaria del adaptador de Plasencia, sobre todo si se tiene en cuenta que la redacción de este fuero coincide con la de Cuenca-Teruel; pero también que no se ha comprendido el 'romanismo' que supone la distinción entre dote apreciada o estimada y dote no apreciada y, en consecuencia, se ha prescindido de ello.

8. Existen ciertas garantías que aseguran el cumplimiento por parte del marido de la obligación de entregar las arras prometidas a la mujer. En este sentido, en los Fueros de Uclés, Cáceres y Usagre, al margen totalmente del derecho de Cuenca-Teruel, aparecen unos 'fiadores de arras' ⁸⁰. A través del Texto de Uclés es posible apreciar cómo debe responder el fiador; si su responsabilidad es subsidiaria no lo dice el

no fuere entregada destas arras o de aprecioamiento que lo uala, en rrayz o en mueble, e los herederos del non sean tenidos de gelas dar, ni el asus herederos della si ella non fuere entregada en su vida. Pero biuiendo amos de consuno, quando quier que gelas demande, que sea tenido de gelas dar, si gelas non dio; saluo ende si ouieren fijos de consuno, que nol sea tenido de dargelas».

79. Para el derecho del Bajo Imperio, MERA: *O dote visigótico*, cit., págs. 36 y sigs., recoge los siguientes textos: *C. Theod.* 3, 8, 2 (año 382); *Nov. Theod.* 14 (a. 439) (= *Nov.* 7 en el *Breviario*); *Cod. Just.* 5, 17, 8, 7 (a. 449); *Nov. Sever.* 1 (a. 463). Para el derecho visigodo, MERA: *O dote visigótico*, cit., págs. 36 y sigs. Para el derecho de la Reconquista, sobre documentos de los siglos IX-XII de Asturias, León, Galicia y Portugal, MERA: *O dote nos documentos dos séculos IX-XII*, cit., págs. 69 y sigs., pero en el Derecho territorial aragonés existe el mismo principio; cfr. *Fueros del Reino de Aragón*, V (1247). *De iure dotium* (ed. SAVALL y PENEN, págs. 231 y 232).

80. *Fuero de Uclés*, 28, vid. nota 55; *Fuero de Cáceres*, 70 y *Fuero de Usagre*, 69, vid. nota 61.

texto; pero parece ser que, en todo caso, es efectiva sólo durante la vida del marido. Con la misma finalidad, es decir, dar estabilidad y seguridad a las arras se castiga el arrepentimiento del marido con la caloña de cien maravedís ⁸¹. En el Fuero de Madrid aparece la misma caloña, y pesa, además, sobre el infractor la incapacidad de ser testigo y de conseguir un oficio en el Concejo, ya que es considerado «aleuoso e traydor del conceio de Madrit» ⁸². En el derecho de Cuenca-Teruel, la garantía más eficaz de las arras tiene lugar cuando éstas son apreciadas sobre los bienes del marido ⁸³.

9. El Fuero de Madrid ofrece una peculiaridad interesante en el mismo precepto en el que se regula la donación del marido a la mujer en concepto de «vestidos, calças, pan, uino, carne, çapatás», distinta en su cuantía, según que la mujer sea doncella o viuda, ciudadana o aldeana, dispone, a su vez, una donación de la mujer al marido ⁸⁴.

En relación con este problema CÁRDENAS afirma lo siguiente: «También era costumbre en España en aquel tiempo, que la mujer hiciese alguna donación al marido, en remuneración de las arras. Estas donaciones debían ser poco cuantiosas, y no dan lugar a muchos pleitos, cuando las leyes de la época no hablan de ellas, sino muy incidentalmente. Además, debían de estar sujetas a las reglas de las donaciones comunes, cuando no provocaron ninguna disposición especial. Una tan sólo hallamos en el Fuero Real (3, 3, 5), que se refiere al supuesto de que no se verifique el matrimonio después de otorgada esta donación. La resolución de la ley en este caso es distinta de la que da cuando se trata de las arras. Estas, o la mitad de ellas, las ganaba la mujer cuando había sido besada por el esposo; pero las donaciones de la mujer no las ganaba el esposo, aunque hubiera mediado beso, si, además, no habían cohabitado juntos» ⁸⁵.

81. *Fuero de Cáceres*, 70 y *Fuero de Usagre*, 9, vid. nota 61.

82. *Fuero de Madrid*, 115, vid. nota 60.

83. *Fuero de Cuenca*, 191 (= IX, 3), vid. nota 77.

84. *Fuero de Madrid*, 115, vid. nota 60.

85. CÁRDENAS: *Ensayo histórico sobre la dote, arras y donaciones sponsalicias*, cit., págs. 42 y 43.

Las afirmaciones de CÁRDENAS nos parecen poco fundadas, sobre todo para el área de fueros que estudiamos. Piénsese que sólo en el Fuero de Madrid aparece tal donación. Además, con base en MEREA, es posible llegar a la conclusión de que en los documentos de los siglos IX-XII, de Asturias, León, Galicia y Portugal, no existe rastro de esa donación que la mujer otorgaba al marido ⁸⁶.

Tal como aparece estructurada en el Fuero de Madrid la donación de la mujer al marido presenta las siguientes características: su cuantía es de veinticinco maravedís si la mujer es ciudadana y quince maravedís si es aldeana, con independencia de su condición de doncella o viuda; el objeto o fin en razón del cual se otorga es «por bestidos e por toda mission de la boda»; en cuanto a la imposibilidad de que sea aumentada y a su garantía se siguen las mismas reglas que se aplican a la donación del marido a la mujer.

Tratar de explicar cuál sea la causa de que exista en el Fuero de Madrid esa donación especial, no es fácil. Quizá las siguientes observaciones puedan dar alguna luz sobre la cuestión. Nótese, en primer lugar, que el precepto—es el número 115—en el que se regula la institución no pertenece al núcleo originario del fuero; aunque no está fechado—el 113 es de 1219, el 114 no tiene fecha, y otro que sigue al 115, no numerado, es de 1265—, cabe decir que es bastante tardío, posiblemente de tiempos de Fernando III (1217-1252) o quizá posterior. En segundo lugar, conviene observar que la donación de la mujer al marido es inferior a la de éste, prácticamente consiste en la mitad de la misma. La primera observación nos lleva a situar la formación del precepto del Fuero de Madrid en un momento en que la recepción romano-canónica se ha iniciado, y, en un momento, también, de vigencia del Fuero Juzgo que, a diferencia de su original el *Liber Iudiciorum*, recoge en 3, 1, 5 una práctica, según la cual era posible que la esposa hiciese alguna donación al esposo en atención al matrimonio ⁸⁷. La segunda observación apunta un paralelismo

86. Cfr. su estudio cit. sobre *O dote nos documentos dos séculos IX-XII*.

87. *Fuero Juzgo* 3, 1, 5. *Recesvinto*. De las arras que son dadas.

entre la cuantía de la donación de la mujer al marido del Fuero de Madrid y la *donatio propter nuptias* de la recepción romano-canónica⁸⁸; en ese orden de cosas, en una fuente de la recepción, la *donatio propter nuptias* es exactamente la mitad de la dote de la mujer⁸⁹.

Estas consideraciones nos llevan a pensar en una influencia del Fuero Juzgo en el Fuero de Madrid en ese punto concreto. Posiblemente ha tenido lugar una expansión del derecho de Toledo dentro del reino; Madrid pertenece al arzobispado de Toledo. Además, en cierto conocimiento por el autor del precepto de alguna fuente de la recepción romano-canónica, que le ha llevado a aplicar a la donación de la mujer al marido la cuantía de la *donatio propter nuptias*.

10. La constitución de la dote o arras se asentaba sobre el presupuesto lógico de que el matrimonio se celebrara. Podía ocurrir, en efecto, que, por una u otra causa, el matrimonio no llegara a celebrarse. En este caso surge una cuestión de interés: ¿cuáles son las consecuencias de este hecho en relación con la dote o las arras?

El supuesto contemplado, en relación con este problema,

«... E si el esposo recibe alguna cosa quel de la esposa, é muriere la esposa, si quier sea dado el beso, si quier non, tod aquello deve seer tornado á los herederos de la esposa» (ed. *La Publicidad*, I, Madrid, 1847). Sobre la posibilidad de atribuir a Fernando III alguna versión del Fuero Juzgo, vid. G. SÁNCHEZ: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes* (Madrid, 1952)⁸, pág. 71. y A. GARCÍA-GALLO: *La crise des Droits locaux et leur survivance à l'époque moderne*, en «Annales de la Faculté de Droit de Toulouse», VI (1958), pág. 294.

88. La *donatio propter nuptias* del Bajo Imperio tenía la consideración de una 'contradote' y su cuantía era proporcional a la dote. Cfr. Biondo BIONDI: *Il diritto romano cristiano*, III (Milán, 1945), págs. 354 y sigs.

89. *Código de Tortosa*, 5, 1, 1. «Matrimoni qu'es fa per paraules de present, si el marit pren ab sa muller C sous o C mazmodines o més o meyns, lo marit li deu fer escreyx o donacio per nupcies a la muller, la meytat de la quantitat desus dita, ço es que si pren C mazmodines o C sous deuli fer escreyx e donacio per nupcies de L mazmodines o de L sous, segons que prena del seus bens...» (ed. B. OLIVER: *Historia del Derecho de Cataluña, Mallorca y Valencia*, IV, Madrid, 1881).

por los fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia y Teruel-Albarracín es la muerte de uno de los esposos antes de la celebración del matrimonio⁹⁰. Sus soluciones son distintas, según que premuera la esposa o el esposo.

En el primer caso—muerte de la esposa—, el esposo hace nuevamente suya cualquier donación que hubiese otorgado a la esposa en razón del matrimonio; tal donación, constituida sobre la base de un matrimonio que se celebraría, es decir, bajo condición, es nula y carece de valor.

En el segundo caso—muerte del esposo—, se establecen unas soluciones sin relación alguna con la 'ley del ósculo', de tradición romana y que aparece nuevamente en el Fuero Juzgo, Fuero Real y Fuero Viejo de Castilla⁹¹. De otro lado, los fueros indicados presentan entre sí una diversidad característica. La esposa, en el supuesto que nos ocupa, recibe *totum suum supellectile* (Fuero de Cuenca), «toda su ropa» (Códice Valentino), «todas las bestiduras e las alfajas» (Fragmento Conquense), «todo su axuar e sus alfajas» (Fuero de Heznatoraf), «todas sus alfaias» (Fuero de Zorita de los Canes), «todo lo suyo» (Fuero de Béjar), «las arras como en la carta yaze et non mas» (Fuero de Plasencia), «que aya por suyo todo quantol dio el esposo» (Fuero de Soria), *totum suum supellectile, set non uestes* (Fuero latino de Teruel), «sus alfaias todas, mas non las uestiduras» (Fuero romance de Teruel), «sus alhayas todas, mas non las uestiduras» (Carta Puebla de Albarracín)⁹².

90. El incumplimiento injustificado y unilateral de la promesa de futuro matrimonio está previsto en el derecho de Cuenca-Teruel, pero no en función de la dote o arras. Cfr. GARCÍA GONZÁLEZ: *El incumplimiento de las promesas de matrimonio en la historia del Derecho español*, en «A. H. D. E.», 23 (1953), págs. 627-631.

91. *Cód. Theod.* 3, 5, 6; *Breviario de Alarico*, 3, 5, 5; *Código de Justiniano*, 5, 3, 16; *Fuero Juzgo*, 3, 1, 5; *Fuero Real*, 3, 2, 5; *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 1, 4.

92. *Fuero de Cuenca*, 194 (= IX, 6). *Quod sponsus accipiat si sponsa ante nupcias decesserit uel e conuerso. «Item si sponsa ante nupcias uel matrimonium contractum obierit, sponsus accipiat uestes, et quicquid sibi dederit. Su uero sponsus obierit, sponsa accipiat totum suum supellectile»*; *Códice Valentino* IX, 12; *Fragmento Conquen-*

La diversidad señalada podría explicarse por una defectuosa comprensión del término *supellectile* del Fuero de Cuenca; pero esta posibilidad no parece muy convincente. Nótese, sin embargo, que la multiplicidad de soluciones es sólo aparente. En el mismo sentido que Cuenca: Códice Valentino, Fuero de Heznatoraf, Fuero de Zorita de los Canes, Fuero de Béjar y Fuero de Teruel-Albarracín. Todos estos Fueros coinciden en no atribuir a la esposa ninguna participación en las arras, en cuanto que el matrimonio no ha llegado a ser una realidad; en este supuesto, la esposa sólo tiene derecho a los bienes muebles, menaje y ajuar de casa que aportó al matrimonio. La única duda se plantea con respecto al Fragmento Conquense, que al conceder a la mujer, además de las alhajas todos los vestidos, parece reconocerle cierta participación en la donación del esposo, ya que ésta, en parte, se integraba por los vestidos. Que esto es así, se desprende del Fuero de Cuenca 195, que concede a la mujer, a la muerte del marido, después de celebrado y consumado el matrimonio, precisamente los vestidos⁹³. La redacción del Fuero de Teruel es la más clara, en cuanto que precisa que los vestidos—*set non uestes*—no pertenecen en aquel supuesto a la esposa.

Una solución muy diferente a la contenida en los Fueros de Cuenca-Teruel encontramos, como ya habrá podido observarse, en los Fueros de Plasencia y Soria. En estos derechos locales la esposa, aun en el caso de la no celebración del ma-

se, 130; *Fuero de Heznatoraf*, 173; *Fuero de Béjar*, 216; *Fuero de Zorita de los Canes*, 177; *Fuero de Plasencia*, 635; *Fuero de Soria*, 294; *Fuero latino de Teruel*, 307; *Fuero romance de Teruel*, 417; *Carta Puebla de Albarracín*, 140.

⁹³. *Fuero de Cuenca*, 195 (=IX, 7). Quod post deflorationem siue concubitus uestes sint sponse: «Post contracto uero matrimonio, et sponsa deflorata, uestes, erunt sponse, siue nupte, quandocumque uir moriatur»; *Fuero de Béjar*, 217; *Fuero de Zorita de los Canes*, 178; *Fuero romance de Teruel*, 417. «... Mas si, después del matrimonio auido e la esposa fuere desflorada, muriere el esposo, todas las uestiduras e todas las embaxas sean de la esposa, o de la casada, quando quiere que el uarón muera»; *Fuero latino de Teruel*, 308; *Carta Puebla de Albarracín*, 140; *Fuero de Soria*, 294. «... Et si despues que fueren casados muriere el marido, la mugier que aya los pannos et todo quantol dio».

trimonio por la muerte del esposo, tiene derecho a hacer suyas las arras, según el primero de los Fueros citados, que equivale en el de Soria a todo aquello que con ocasión del matrimonio le fué donado por el esposo. El destino que en estos Fueros siguen las arras puede ser debido a una peculiaridad local, fiel reflejo de una forma de vida determinada, que no acepta un derecho extraño en una materia tan importante. Quizá, también, pudiera pensarse en influencias de otros derechos; en este sentido, conviene recordar que el Fuero Viejo de Castilla atribuye a la mujer, en el supuesto de que la unión no se realice, la totalidad de los bienes recibidos del esposo, si bien aquí se hace depender de la existencia o inexistencia del 'ósculo' ⁹⁴.

En relación con el derecho de Cuenca-Teruel, que atribuye un destino diferente a las donaciones del marido, si el matrimonio llegó a celebrarse y a consumarse, los Fueros de Plasencia y Soria también presentan peculiaridades. El supuesto no aparece en el Fuero de Plasencia. Ello es lógico. Al concederse, en el primer caso, las arras a la esposa, lo mismo debe ocurrir en el segundo, puesto que las relaciones matrimoniales son mayores. El Fuero de Soria repite, prácticamente, en este supuesto lo que había establecido para el anterior ⁹⁵.

II. RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE BIENES ADQUIRIDOS O GANADOS DURANTE EL MATRIMONIO

a) *Bienes propios de cada cónyuge.*

II. Son pocas, en extremo, las fuentes examinadas a la hora de especificar qué bienes deben considerarse como propios de cada cónyuge y cuál sea su régimen jurídico. Prescindimos, por el momento, de este segundo aspecto de la cuestión para ocuparnos de delimitar los bienes que pertenecen al patrimonio de cada cónyuge.

94. *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 1, 4 (ed. *La Publicidad*, I, cit., pág. 291).

95. Vid. nota 93.

En primer lugar, reciben esa consideración los bienes donados por los padres a los hijos con ocasión del matrimonio y que éstos aportan al mismo. Nos hablan de ellos los Fueros de Alcalá de Henares, Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia, Teruel-Albarracín y Soria. Posiblemente el derecho recogido en el Fuero de Alcalá de Henares sea más arcaico y primitivo que el de los restantes fueros. En efecto, el Fuero de Alcalá establece solamente el régimen que debe seguir el 'l'assuvar' o ajuar donado por los padres a la hija que va a contraer matrimonio ⁹⁶. En Cuenca-Teruel se ha generalizado y se habla ya no sólo de los bienes concedidos o donados a las hijas en esas circunstancias, sino también de los otorgados a los hijos con igual motivo; tampoco se concreta si esas donaciones consistían en bienes muebles o inmuebles, a diferencia del Fuero de Alcalá de Henares que habla expresamente de 'ajuar' ⁹⁷; sin embargo, se puede afirmar que esas donaciones consisten también en los Fueros de Cuenca-Teruel en bienes de naturaleza mueble ⁹⁸. Las relaciones que entre estos fueros existen son incluso literales. En el Fuero de Soria no ocurre esto. Es evidente que su redactor se inspira en el derecho contenido en los Fueros de Cuenca-Teruel, pero supone una reelaboración de ese derecho: no se contempla sólo el supues-

96. *Fuero de Alcalá de Henares*, 76. Padre o madre que filia casare, el ajuar quel dieren. «Padre o madre que filia casare, l'assuvar quel dieren, si fore apreciado e muriere padre o madre, entreguense los hermanos, cada uno en la meitad; e quando muriere el otro pariente, entreguense cada uno de los hermanos en la otra medietad; e si non fore apreciado, qual que fore, tal lo de aq partición, si lo oviere; e si mal metido lo oviere e no lo oviere, quanto valie el dia que levo, tanto se entreguen los hermanos. Et cada entrega sea del moble; e si non oviere moble, exeat de la raíz. El padre o la madre que fuere vivo, por su palabra creído, de todo quanto dieren.»

97. *Fuero de Cuenca*, 225 (=X, 22). De donis que pater aut mater filiis suis dederint in die nuptiarum. «Cum parentes filiis, aut filiabus suis nuptias fecerint, quicquid eis dederint, ratum habeatur, si ceteri fratres de tot redintegrari potuerint...»; *Fuero de Béjar*, 255; *Fuero de Zorita de los Canes*, 206; *Fuero de Plasencia*, 477; *Fuero latino de Teruel*, 231; *Fuero romance de Teruel*, 438, y *Carta Puebla de Albarracín*, 149.

98. Vid. nota 92 y el texto correspondiente.

to de las donaciones de los padres a los hijos en atención al matrimonio, sino que se establece el régimen de los bienes objeto de donación «en casamiento o en otra manera»; de otra parte, al mismo problema se dan soluciones diferentes⁹⁹. Y en otro lugar se dispone que las donaciones regias otorgadas a los cónyuges después de la celebración del matrimonio gocen de la naturaleza de bienes propios del cónyuge donatario¹⁰⁰.

12. Se consideran, en segundo lugar, bienes propios de cada cónyuge los inmuebles adquiridos antes de la celebración del matrimonio y los heredados procedentes de una sucesión. En este sentido, Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes y Plasencia. El supuesto considerado es la partición entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto. Con gran claridad se establece que el heredero del premuerto *non diuidat radicem parentis uiui, quam lucratus fuerit ante nuptias, uel de suo patrimonio habuerit*; de igual forma, el supérstite no participa en la raíz del difunto *quam habuerit ante nuptias, uel de suo patrimonio* (Cuenca) o bien que «si el marido alguna cosa ganare de herencia de padre o dotro parienté... aya lo todo quanto ganare por suyo» (Soria)¹⁰¹. El precepto exa-

99. *Fuero de Soria*, 330. «Toda cosa que el padre o la madre diere a alguno de sus fijos en casamiento o en otra manera, saluo si se gelo diere por meioria en aquella guysa que manda el fuero, o si se gelo diere por soldada de seruicio quel fizo segund que la darie a otro onme estranno por aquello quel siruiesse, sea tenido el fijo de lo adozir aparticion con los hermanos despues dala muerte del padre o dela madre que gelo dio...».

100. *Fuero de Soria*, 334. «Toda cosa que el marido e la mugier ganaren e compraren de consuuno, ayan los amos por medio, Et si fuere donadio de rey elo diere a amos, ayan lo amos por medio: et si lo diere al uno, aya lo solo aquel a quien lo diere».

101. *Fuero de Cuenca*, 215 (= X, 13). Item de particione. «Item quicumque sine prole decesserit propinquiores consanguinei hereditent quecunque ei habuerit tam in mobili, quam in radice», *Fuero de Béjar*, 242; *Fuero de Zorita de los Canes*, 197 y *Fuero de Plasencia*, 468. *Fuero de Cuenca*, 216 (= X, 13). «Item filius non diuidat radicem parentis uiui, quam lucratus fuerit ante nuptias, uel de suo patrimonio habuerit. Similiter neque heredes, siue filii dent portionem parenti uiuo in radice defuncti, quam habuerit ante nuptias, uel de suo patrimonio»;

minado no se contiene en los restantes fueros, pero ello no implica que exista en estos fueros un derecho distinto. Concretamente, en los de Teruel-Albarracín, la posibilidad de que uno y otro cónyuge posean bienes propios, muebles o inmuebles, aparece en otro lugar¹⁰², y en el de Sepúlveda la mujer conserva sus bienes propios¹⁰³.

b) *Bienes gananciales.*

13. Reciben la consideración de bienes gananciales el conjunto de adquisiciones y ganancias obtenidas durante el matrimonio y que al tiempo de su disolución se dividen por mitad entre los cónyuges o entre los herederos de uno de ellos y el sobreviviente¹⁰⁴. Es cierto que la idea que acabamos de exponer de los bienes gananciales es la más genérica que de los fueros estudiados puede inducirse. Sucesivamente iremos examinando los casos más concretos de bienes que también entran dentro de la categoría de gananciales.

La idea señalada en relación con los bienes gananciales constituye el fondo del derecho contenido en los siguientes fueros: Brihuega, Fuentes de la Alcarria, Alcalá de Henares, Cáceres, Usagre, Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia, Soria y Teruel-Albarracín. Pero las diferencias de redacción que entre los mismos existen, así como los distintos puntos de vista desde los que se parte para regular el problema, nos obliga a agrupar esos fueros en dos grupos. De un lado, consideramos el derecho de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Te-

Fuero de Béjar, 243; *Fuero de Zorita de los Canes*, 197; *Fuero de Plasencia*, 469 y *Fuero de Soria*, 335.

102. *Fuero latino de Teruel*, 22; *Fuero romance de Teruel*, 22 y *Carta Puebla de Albarracín*, 12, vid. nota 159.

103. *Fuero de Sepúlveda*, 64 b. «Otrossí, todo omne que muger ovierre, non aya poder el marido de vender raíz de su muger, si a ella non ploguiere».

104. Sobre la partición de los bienes gananciales en el derecho medieval español, vid. MARTÍNEZ GIJÓN: *La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el derecho medieval español*, en «A. H. D. E.», 27-28 (1957-1958), págs. 221-303.

ruel-Albarracín y Soria. De otro, el derecho de Brihuega, Fuentes de la Alcarria, Alcalá de Henares y Cáceres-Usagre.

En el primer grupo de fueros se parte del presupuesto de que los cónyuges desean separarse y, a propósito de ello, se dispone, entre otras cosas, que dividan por igual los bienes que conjuntamente hubieran adquirido durante el matrimonio. El efecto esencial de esta voluntaria separación es la siguiente: cuando muera uno de los cónyuges, el sobreviviente nada recibe de los bienes de éste ¹⁰⁵. Es evidente que la similitud que existe entre los textos de estos fueros es casi total. Es imposible, por tanto, señalar cuál haya sido en este supuesto el precepto originario. En todo caso sí conviene precisar el lugar que ocupa en este conjunto de fueros el de Soria. Tal como se plantea el problema en los Fueros de Cuenca-Teruel cabe plantearse la duda sobre si la separación es exclusivamente patrimonial o si se refiere también a la misma vida matrimonial. El Fuero de Soria nos resuelve la cuestión. En efecto, al final del texto establece: «et si unidat ouieron fecho, non vala». Esta disposición tiene interés y era necesaria en cuanto que sirve para precisar que la vida marital puede continuar, pero siempre bajo un régimen de separación de bienes, no siendo posible, una vez que se ha llegado a esa situación, que los cónyuges acuerden un régimen de unidad de bienes, cortando así toda posibilidad de que el sobreviviente reciba bienes del premuerto si anteriormente había tenido lugar la división de los adquiridos y ganados ¹⁰⁶.

De otra parte, los Fueros de Brihuega, Fuentes de la Al-

105. *Fuero de Cuenca*, 210 (= X, 8). De separatione uxoris et mariti. «Cum maritus et uxor aliqua occasione abinuicem uoluerint separari, diuidant equaliter inter se quecumque simul acquiserunt, et non aliud; et etiam diuidant laborem, quem ambo in radice alterius fecerint. Et postquam unus eorum, qui in uita fuerint separati, decesserit, ille qui superuixerit, nil de bonis eius accipiat, set heredes defuncti accipiant omnia bona sua et diuidant inter se»; *Fuero de Béjar*, 235; *Fuero de Zorita de los Canes*, 192; *Fuero de Plasencia*, 464; *Fuero latino de Teruel*, 320; *Fuero romance de Teruel*, 428 y *Carta Puebla de Albarracín*, 145.

106. *Fuero de Soria*, 341. «... Et depues que el uno daquellos que en vida fueron partidos finare, el que uisquiere non aya ninguna cosa del muerto. Et si unidat ouieron fecho, non vala».

cárria, Alcalá de Henares y Cáceres-Usagre. En los primeros, que presentan entre sí coincidencias literales, se establece la división por mitad, después de la disolución del matrimonio, de los bienes comprados o ganados por los cónyuges durante el matrimonio, tanto muebles como inmuebles¹⁰⁷. En Cáceres y Usagre sólo se habla de adquisiciones de muebles o inmuebles¹⁰⁸. No es posible pensar en una influencia del Fuero de Cuenca sobre estos fueros. No existe tal influencia ni textual ni desde el punto de vista institucional. Los preceptos de estos fueros son en extremo sencillos, consecuencia de que en ellos se ha plasmado la vida real; el texto de Cuenca-Teruel es notoriamente más complejo. Incluso parte de un supuesto que, a nuestro entender, debía ser poco frecuente: *si aliqua occasione abinuicem uoluerint separari*. Es más normal, más real, en este orden de cosas, la forma de contemplar el problema del Fuero de Brihuega: «a la fin del uno partan la por medio», es decir, que la división de gananciales tuviese lugar a la muerte de uno de los cónyuges, o disponer, como hacen los Fueros de Cáceres y Usagre, que la mujer o el marido adquieran la mitad de los bienes comprados en el momento en que la compra se ha efectuado. De una manera semejante, es más primitiva la forma de indicar el procedimiento de división

107. *Fuero de Brihuega*, 285. Por buena de marido et mugier. «Toda buena que compraren o ganaren marido et mugier, de mueble o de rayz: a la fin del uno partan la por medio»; *Fuero de Fuentes de la Alcarria*, 181.

108. *Fuero de Coria*, 81. Qui conprar herençia. «Todo ome que conprar herençia o ovejas o qual cosa quier con su muger de su aver, entre la mugier en la mitad despues que fueren velados. E si la mugier conprar alguna cosa, ansi lo faga de su aver, aya el marido la meatad. E si alguna cosa camiare en asi sea».

Fuero de Alcalá de Henares, 66. Todo bona, de mueble o de raiz. «Toda bona, de mueble o de raiz, qui ganaren o compraren marido e mulier, por medio la partan».

Fuero de Usagre, 89. Qui conprar herencia o mueble con su mulier. Tod omme qui conprar herencia o mueble con su mugier de su auer, entre la mulier en medietate despues que fueren uelados o camiare; et similiter si mulier conparare aliquam causam de suo auer o canbiare, otrosi entre el marido en la meatad»; *Fuero de Cáceres*, 88.

en estos fueros—«partan la por medio» (Fuero de Brihuega), «por medio la partan» (Fuero de Alcalá de Henares), «entre la mulier en medietate» o «entre el marido en la meatad» (Fueros de Cáceres y Usagre)—que la utilizada por el Fuero de Cuenca: *dividant equaliter inter se*. Los Fueros de Cáceres y Usagre son fieles en este punto a su modelo, el Fuero de Coria.

De los Fueros de Coria, Cáceres y Usagre se desprende que el régimen de adquisición por mitad de los gananciales sólo tenía lugar en las uniones matrimoniales celebradas ante el sacerdote y en iglesia según el ritual católico¹⁰⁹. El Fuero de Plasencia, en cambio, hace extensivo ese régimen a la «barragana si prennada fuere et fiel assu sennor». El régimen del Fuero de Plasencia es excepcional; es el único caso que conocemos, siendo más frecuente la asimilación, en este supuesto, del matrimonio de 'juras' al matrimonio de 'bendición', como ocurre en las Costumes e Foros de Alfaiates, 498, puesto que, conforme al derecho canónico anterior al Concilio de Trento, no se exigía la ceremonia *in conspectu Ecclesiae* para que el matrimonio gozase de plenos efectos civiles¹¹⁰. El silencio que los restantes fueros guardan en este punto no es motivo suficiente para poder afirmar que la división por mitad de los gananciales tuviese lugar sólo en los matrimonios bendecidos por la Iglesia. Sin embargo, sí es posible decir que en los Fueros de Cuenca-Teruel, al contrario de lo que ocurre en Plasencia, el régimen de gananciales no se aplica a la barragana, como puede deducirse de la comparación de los textos¹¹¹.

109. *Fuero de Coria*, 81; *Fuero de Cáceres*, 88 y *Fuero de Usagre*, 89, vid. nota 108.

110. Cfr. MERA: *En torno do «casamento de juras»*, en «Estudios de Dirieto Hispánico Medieval», I, cit., págs 151-171.

111. *Fuero de Plasencia*, 482. *Fuero de Cuenca*, 236 (=X, 33).
 Dela mugier que se fiziere min-
 trasamiento prennada». Si la mu-
 gier ola barragana de falso se fi-
 zier prennada, torne lo doblado
 quanto despendiere a los herederos
 del fructo. Que dicho es dela ba-
 rragana si prennada fuere et fiel,
 De uxore que falso se finxerit pre-
 gnantem. «Si forte uxor, aut con-
 cubina falso se finxerit pregnan-
 tem, reddat duplatum quicquid in
 examinatione expendiderit heredi-
 bus defuncti»; *Fuero de Béjar*,
 266; *Fuero de Zorita de los Ca-*

14. Una cuestión interesante es determinar la naturaleza de los bienes obtenidos durante el matrimonio como resultado de un cambio o permuta de los bienes propios de los cónyuges. Datos encontramos, de una parte, en los Fueros de Coria, Cáceres y Usagre y, de otra, en Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia y Teruel-Albarracín.

No es posible dudar de que en los fueros citados en primer lugar los bienes adquiridos como consecuencia de un cambio de los bienes propios de los cónyuges tienen la consideración de gananciales. Las redacciones de los fueros son muy claras en este punto: «e si alguna cosa camiares asi sea» (Fuero de Coria), *et similiter si mulier conprare aliquam causam de suo auer o cambiare, otrosi entre el marido en la meatad* (Fuero de Usagre) ¹¹².

En relación con el Fuero de Cuenca, CÁRDENAS llegó a la conclusión siguiente: «Según otra ley del mismo Fuero—nos dice—, cuando el marido y la mujer no tuvieren hijos y cambieren o vendieren algún inmueble propio de uno de ellos, adquiriendo otro en su lugar... habían de dividir entre sí... los bienes ganados por este medio, siempre que fuere necesario, tanto en vida como en muerte» ¹¹³. MEREÁ, en cambio, sostiene que el precepto del Fuero de Cuenca no autoriza esa interpretación ¹¹⁴. A nuestro modo de ver lleva razón, en parte, CÁRDENAS. Es claro que, en el supuesto de que no existan hijos del matrimonio, los cambios y las adquisiciones efectuadas durante el matrimonio se dividen por igual, al tiempo de su

assu sennor et buena herede la meatad que amos en uno ganaren en mueble et en rayz. Et la rayz torne assu rayz. Et esto sea por conceio o por collacion del otorgado». *nes*, 216; *Fuero latino de Teruel*, 339; *Fuero romancé de Teruel*, 448 y *Carta Puebla de Albarracín*, 152.

112. *Fuero de Coria*, 81; *Fuero de Cáceres*, 88 y *Fuero de Usagre*, 89, vid. nota 108.

113. CÁRDENAS: *Ensayo histórico sobre las leyes y doctrinas que tratan de los bienes gananciales en el matrimonio*, en sus «Estudios Jurídicos», II, cit., pág. 78.

114. MEREÁ: *Evolução dos regimes matrimoniais*, II, cit., pág. 88, nota 3.

disolución, entre los cónyuges o entre el sobreviviente y los parientes más cercanos del premuerto: *si uir et uxor steriles fuerint, et insimul cambium aut comparationem fecerint... pariter diuidant illud, cum necesse fuerit, tam in uita quam in morte*¹¹⁵. Ahora bien, lo que el Fuero de Cuenca no parece contemplar es la posibilidad de vender un inmueble propio de uno de los cónyuges y adquirir otro en su lugar y considerarlo como ganancia del matrimonio. CÁRDENAS llegó a afirmar lo contrario, porque sólo pudo tener en cuenta una redacción del Fuero de Cuenca—la que en la edición de UREÑA figura como sistemática—, la cual, con respecto a la primordial, presenta la omisión de la partícula *quamuis*, que, con independencia de su exacta significación, separa dos supuestos distintos, aunque se solucionen de idéntica manera. La omisión de esa partícula supuso la siguiente redacción del precepto del Fuero de Cuenca: *Si uir et uxor steriles fuerint, et insimul cambium aut comparacionem fecerint in radice alterius, siue domos, aut molendinos, aut alium laborem, aut plantationem fecerint, pariter diuidant illud...* (forma sistemática), la cual hacía posible la interpretación de CÁRDENAS. En cambio, en la

115. *Fuero de Cuenca*, 224. De stirilibus que insimul cambium uel comparationem fecerint. «Si uir et uxor steriles fuerint, et insimul cambium aut comparationem fecerint quamuis in radice alterius, simul domos, aut molendinos, aut alium laborem, uel plantationem fecerint, pariter diuidant illud, cum necesse fuerit, tam in uita quam in morte. Et cum alter eorum decesserit, uiuus habeat medietatem predicti laboris, et propinquiores consanguinei defuncti aliam medietatem: alia uero radix redeat ad radicem»; *Fuero de Béjar*, 254; *Fuero de Plasencia*, 476; *Fuero latino de Teruel*, 330; *Fuero romance de Teruel*, 437 y *Carla Puebla de Albarracín*, 149.

Fuero de Cuenca, X, 21. De sterilibus que insimul cambium uel comparacionem fecerint. «Si uir et uxor steriles fuerint, et insimul cambium aut comparacionem fecerint in radice alterius, siue domos, aut molendinos, aut alium laborem, aut plantationem fecerint, pariter diuidant illud, cum fuerit necesse, tam in uita quam in morte. Cum alter eorum decesserit, uiuus habeat medietatem predicti laboris et propinquiores consanguinei defuncti aliam medietatem: aliam radix redeat ad radicem».

redacción primordial se lee: *Si uir et uxor steriles fuerint, et insimul comparationem fecerint quamuis in radice alterius, simul domos, aut molendinos, aut alium laborem uel plantationem fecerint, pariter diuidant illud...*; a partir del *quamuis* se regula un supuesto diferente: el relativo a las labores o plantaciones conjuntas en la raíz propia de uno de los cónyuges y, en consecuencia, la expresión *in radice alterius* no se refiere al primer supuesto, es decir, a los cambios o compras de los cónyuges. En los restantes fueros no se omite la partícula indicada que, según nuestro juicio, separa dos supuestos jurídicos diferentes.

En relación con el Fuero de Cuenca, el Fuero de Zorita de los Canes no regula el supuesto de que venimos tratando. Tal como aparece redactado el precepto de Zorita de los Canes podría pensarse en una omisión involuntaria de su redactor¹¹⁶; pero no debe prescindirse de la posibilidad de que en esos fueros hayan influido tendencias contrarias, que, en un momento posterior, adquirirán fuerza de ley. En el Fuero de Soria se niega explícitamente la consideración de gananciales a los bienes obtenidos por permuta de los bienes propios o con el precio de su venta, lo cual corrobora nuestra tesis frente a CÁRDENAS, con respecto al Fuero de Cuenca; sin embargo, cuando ha sido necesario entregar, además de la cosa objeto de permuta, un precio concreto en metálico, el cónyuge no propietario participa en la cosa recibida en proporción a la mitad del precio entregado, ya que en el matrimonio todos los gastos son comunes, pero también los beneficios que con ellos se obtengan¹¹⁷.

116. *Fuero de Zorita de los Canes*, 205. De los manneros que en uno cambio o compra fizieren. A pesar de esta rúbrica el texto no alude para nada a ese supuesto; se establece tan sólo el régimen de los trabajos o plantaciones efectuadas por los cónyuges en la raíz de uno de ellos; vid. nota 120.

117. *Fuero de Soria*, 343. «Si estando el marido con la mugier camiare herdat que sea del uno dellos con otro, los esquimos da quella herdat que fuere camiaada ayan los por medio, e la herdat sea de aquel cuya era la otra por que fue fecho el camio. Otrossi si dieren herdat del uno dellos e dineros de mas, quier pocos, quier muchos, por herdat dotro, aquel que non auie ninguna cosa en la herdat primera aya en la otra herdat que recibieron en camio tanto quanto

15. Son considerados gananciales en los fueros examinados las mejoras o el valor de los trabajos efectuados en los bienes propios de cualquiera de los cónyuges. Casi todos los fueros se ocupan de regular este supuesto, pero las soluciones a las diversas cuestiones que este problema plantea no son siempre las mismas ¹¹⁸.

En relación con los trabajos que normalmente suelen realizarse en los bienes propios de uno de los cónyuges, las fuentes consideran una serie de posibilidades, en mayor número en unos fueros que en otros, que en el fondo coinciden. En este sentido, los Fueros de Cuenca, Béjar, Plasencia y Teruel-Albarracín nos hablan de construcción de casas, molinos, otras labores o plantaciones ¹¹⁹; el Fuero de Zorita de los Canes de plantación de viñas o construcción de casas o molinos ¹²⁰; el Fuero de Alcalá de Henares de viñas o casas ¹²¹; igual en los Fueros

montare la meataid de los dineros que fueron dados de mas sobre la heredat, e todo lo otro ssea daquel cuya heredat fuere dada en camio; e los esquimos de toda la heredat ayan los amos por meataid. Otrossi si estando en uno uendieren heredat que ssea del uno dellos et del precio de essa misma heredat compraren otra, los esquimos della sean de amos communal mientre, e la heredat ssea dada a quel de cuya heredat fue fecha la compra».

118. Vid. J. GARCÍA GRANERO: *Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges*, en «Revista de Derecho Privado», 396 (1950), págs. 193 y sigs.

119. *Fuero de Cuenca*, 224 (=X, 21); *Fuero de Béjar*, 254; *Fuero de Plasencia*, 476; *Fuero latino de Teruel*, 330; *Fuero romance de Teruel*, 437 y *Carta Puebla de Albarracín*, 149, vid. nota 115.

120. *Fuero de Zorita de los Canes*, 205. Delos manneros que en uno cambio o compra fizieren. «Quando el uaron et la muger maneros fueren et alguna plantacion de uinnas ode casas en uno fizieren, si quiere sea en rayz del uaron, siquiere en la dela muger, quando alguno dellos muriere, aquel que fincare aya la meataid dela lauor o el quarto dela rayz, et del molino aya la meataid dela lauor, et aquesto sea en escogencia del querelloso».

121. *Fuero de Alcalá de Henares*, 279. Qui vinnas pusiere o casas ficiera en heredade. «Qui vinnas pusiere o casas ficiera en heredat de su muger, haia hy el quarto, e las III^{as} partes sean del dueno de la heredat; et otro si sea del heredat del marido. Si hy pusieren vinnas o ficiera casas del dueno de la heredat, donde viniere la raiz haia hy las tres partes, et el otro el quarto».

de Brihuega y Fuentes de la Alcarria ¹²²; el Fuero de Soria de viñas, casas, molinos, baños, hornos o cualquier otra labor ¹²³; los Fueros de Coria, Cáceres y Usagre de plantaciones, molinos, casas, viñas o huertas ¹²⁴.

Los trabajos a los que nos hemos referido en el párrafo anterior pueden ser efectuados conjuntamente por los cónyuges o separadamente por cualquiera de ellos. La actuación conjunta es la prevista en los Fueros de Cuenca, Béjar, Plasencia, Teruel-Albarracín, Zorita de los Canes y Soria. En cambio, los Fueros de Alcalá de Henares, Brihuega, Fuentes de la Alcarria, Coria y Cáceres-Usagre admiten la actuación independiente de uno de los cónyuges.

De otra parte, en contraste con los restantes fueros, en Cuenca, Béjar, Plasencia, Teruel-Albarracín y Zorita de los Canes se parte del presupuesto de que los cónyuges carezcan de descendencia.

La forma de adquisición por los cónyuges de estos bienes y su consiguiente partición entre ellos mismos o sus herederos es el aspecto más importante del problema. En este orden de cosas, el Fuero de Alcalá de Henares, de un lado, y los Fueros de

122. *Fuero de Brihuega*, 298. Por quarto de marido et de mugier. «Tod omme que uinnas pusiere o casas fiziere en heredad de su mugier, aya hi el quarto o la meytad de la fechura, qual mas quisiere; otro si sea en la heredad del marido»; *Fuero de Fuentes de la Alcarria*, 194.

123. *Fuero de Soria*, 337. «Si el marido e la mugier ponen vinna o fazen casa o molino obanno oforno o otra lauor qual quier en tierra o en rrayz de qual quier dellos e el uno dellos muriere, en voluntad sea e en su escogencia daquel en cuya rrayz fuere fecha la lauor, o de sus herederos, de dar ala otra parte la quarta parte de la rrayz con su meioramiento, o la meatd de lo que costo toda la fechura, o el meioramiento apreñado en aquella rrayz, segund en el tiempo que fue fecha la cuesta».

124. *Fuero de Coria*, 80. Mugier que tomar heredad demandela. «Mugier que derronprier heredades de marido, o el marido de heredad de la mugier, entre en el quarto. E si hicier molino, o açenna, o casa, o vinna, o huerta, alli tome el quarto de la heredad o la meatad del lavor; e qual se quisier escoger, atal tome»; *Fuero de Cáceres*, 87 y *Fuero de Usagre*, 88.

Cuenca, Béjar, Plasencia y Teruel-Albarracín, de otro, contienen soluciones extremas. En estos fueros se dispone que los cónyuges dividan igualmente entre sí el importe de las mejoras efectuadas en la raíz de uno de ellos; lo que se divide es, pues, dado su carácter ganancial, el importe de las obras, entre ambos cónyuges o sus herederos. Por el contrario, el Fuero de Alcalá de Henares concede al cónyuge que plantó las viñas o construyó las casas el derecho a una cuarta parte, reconociéndose como propiedad del cónyuge dueño del suelo las tres partes restantes; aunque el Fuero no precisa más, no cabe duda de que la cuarta parte que se concede al cónyuge que plantó o edificó es precisamente de la raíz plantada o edificada; en la frase «haia hy el quarto», la palabra «hy» desempeña la función de adverbio pronominal en el que se reproduce un sustantivo anterior, en este caso «heredat»¹²⁵.

Los restantes fueros admiten, alternativamente, las dos soluciones señaladas. Sin embargo, algunos fueros establecen una de esas soluciones sin posibilidad de recurrir a la otra en determinados supuestos. Así, en Zorita de los Canes, en el caso de que se haya construido un molino, los cónyuges dividen por igual la labor efectuada. En Coria, Cáceres y Usagre el cónyuge que «arronpíer en heredat» del otro tiene derecho al cuarto (Fuero de Usagre) o al quinto (Fuero de Cáceres) de la finca inculta preparada para el cultivo. Finalmente, en el Fuero de Soria se da cabida a una tercera solución: con independencia del cuarto de la raíz con su mejora y de la mitad del coste de la obra, el cónyuge que la realizó en raíz del otro puede recibir también la estimación de la mejora al tiempo en que se hizo.

Ahora bien, cuando se admiten las dos soluciones, es decir, alternativamente el cuarto de la raíz o la mitad de la labor efectuada, ¿quién es el llamado a escoger una u otra? Claramente, en los Fueros de Brihuega, Fuentes de la Alcarria, Coria, Cáceres y Usagre, se dispone que elija el cónyuge que hubiese realizado la plantación o la construcción. Una solución opuesta en-

125. Cfr. ALVAR: *Estudio lingüístico y vocabulario*, en *Los Fueros de Sepúlveda*, cit., págs. 646-648.

contramos en el Fuero de Soria: aquí es el cónyuge propietario de la raíz o sus herederos. En el Fuero de Zorita de los Canes se dice simplemente que una u otra forma de división sea «en escogencia del quereloso»; quien sea el quereloso, el Fuero no lo dice, pero es de suponer que se refiera al cónyuge que realizó la labor.

Quizá lo más significativo de todo lo expuesto sea el hecho de que tanto en el Fuero de Cuenca como en el de Alcalá de Henares se contenga solamente una solución del problema. Ello podría significar que los restantes fueros han tenido a la vista las redacciones conocidas de esos fueros u otras, hoy desconocidas, pero iguales en su contenido, y también la prioridad de esas redacciones a las de las demás fueros. Esta forma de enjuiciar el problema es la más simple, sobre todo todo si se tiene en cuenta que las redacciones de esos fueros que admiten las dos soluciones sólo en cuanto al fondo institucional coinciden con las de los Fueros de Cuenca-Teruel y Alcalá de Henares. A nuestro modo de ver conviene tener presente, para una exacta valoración de la cuestión, el significado de esas soluciones desde el punto de vista de la evolución del derecho. En este sentido el derecho del Fuero de Alcalá de Henares es más arcaico, más primitivo y, en suma, más fiel a la costumbre de los siglos IX al XI, la cual es una consecuencia de la situación social y económica del momento. Por el contrario, la solución de los Fueros de Cuenca y Teruel es más moderna en relación con aquélla; responde a la idea romana de que el suelo o raíz sigue siempre a su dueño y, por tanto, el que planta en tierra ajena no la hace suya por el hecho de la plantación o edificación; el principio *onme quod inaedificatur solo cedit*, encuentra su paralelo en el Fuero de Cuenca al disponer que *alia radix redeat ad radicem*. Que esta misma influencia se aprecie en los Fueros de Brihuega, Fuentes de la Alcarria, Zorita de los Canes, Soria, Coria, Cáceres y Usagre no implica necesariamente que tenga su origen en el de Cuenca. La romanización de los fueros municipales se inicia a mediados del siglo XII y por muy diversos caminos. Además, las coincidencias literales que en este supuesto acusan los portugueses de Cima-Coa, descarta la influencia del Fuero de Cuenca en esos fue-

ros¹²⁶. Por último, no debe olvidarse la peculiaridad del Fuero de Soria al añadir una tercera solución al problema.

16. Lógico es pensar en el carácter de gananciales y su consiguiente adquisición por mitad de los frutos obtenidos de los bienes propios de cada cónyuge, a pesar de que las fuentes, si se exceptúa el Fuero de Soria, guarden silencio sobre este punto. En efecto, el Fuero indicado, como dando a entender su disconformidad con el derecho del *Liber Iudiciorum*, dispone que «maguer que el marido aya mas que la mugiere o la mugier mas que el marido, quier en hereditat, quier en mueble, los fructos sean communales de amos a dos»¹²⁷, y en otro lugar establece las normas que deben seguirse para la división de los frutos, disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, entre el sobreviviente y los herederos del premuerto. La partición se efectúa por mitad y recae sobre los frutos de las viñas o de los árboles aparecidos con anterioridad a la muerte del propietario de la raíz; los frutos no aparecidos antes de ese momento en esas labores concretas—viñas o árboles—pierden su naturaleza de gananciales. Sin embargo, los frutos, aparecidos o no antes de la muerte del cónyuge propietario de los sembrados, siempre son objeto de partición, hasta el punto de que el cónyuge no propietario o sus herederos tienen derecho a recibir la mitad de los gastos efectuados en poner en cultivo los barbechos, aunque no hayan sido sembrados¹²⁸.

126. En relación con el *Fuero de Cáceres*, 87, y *Fuero de Usagre*, 88, vid. *Costumes e Foros de Alfaiates*, 70; *Costumes e Foros de Castiel-Rodrigo V*, 4; *Costumes e Foros de Castello-Melhor*, 161; *Costumes e Foros de Castello-Bom*, 79 y *Fuero de Coria*, 80.

127. *Fuero de Soria*, 336. «Maguer que el marido aya mas que la mugiere o la mugier mas que el marido, quier en hereditat, quier en mueble, los fructos sean communales de amos ados. Et la hereditat e las otras cosas que son mueble et se yudguen por rrayz, ayan las el marido ola mugier cuyas eran, osus herederos». Sobre la aplicación del régimen de las cosas inmuebles a otras de naturaleza mueble, vid. *Fuero de Soria*, 319.

128. *Fuero de Soria*, 342. «Por que acahece muchas uezes que ante que los fructos sean cogidos de las heredades muere la mugier e finca el marido, o muere el marido e finca la mugier, si los fructos aparecieren en la hereditat ala sazón dela muerte, que se partan por meytad

17. Los Fueros de Cuenca, Béjar y Plasencia contemplan, por último, un supuesto interesante desde el punto de vista de los bienes gananciales. Se trata de las donaciones otorgadas o prometidas a los esposos en el día de la boda, bien a los dos conjuntamente o bien a uno de ellos por separado. Estos regalos de boda son bienes comunes tanto durante el matrimonio como después de su disolución; en consecuencia, se les asimila a los gananciales y se presupone, que disuelto el matrimonio, se partirán por mitad ¹²⁹. El precepto del Fuero de Cuenca—el 217, forma primordial—, que establece este régimen, parece hallarse en contradicción con otro del mismo fuero—el 225—al que ya nos hemos referido con anterioridad ¹³⁰. Parece ser que el supuesto regulado en ambos preceptos es el mismo, pero hay una diferencia que los distingue: en 225 las donaciones son otorgadas precisamente por los padres de los esposos, y en 217 no se especifica nada en este sentido. De otra parte, no cabe dudar de la naturaleza de bienes propios de los cónyuges de las donaciones previstas en el Fuero de Cuenca 225, en cuanto que sobre esas donaciones pesa la obligación de la colación a la masa hereditaria.

El supuesto que nos ocupa no se prevé en los Fueros de Teruel-Albarracín. Sí en el Fuero de Zorita de los Canes, que en este punto establece un régimen diferente al de Cuenca. Según parece, la rúbrica que lo comprende—«De aquellas cosas que los esposos en uno ganaren»—es idéntica a la del Fuero de Cuenca, no así el supuesto y su solución. En efecto, en Zorita de los

entre el biuo e los posaderos del muerto; e si non apareçieren, ayan los fructos çuýa fuere la rrayz; e de las misiones que fueren fechas en la lauor, dela meytad a la otra parte. Esto ssea si la rrayz fuere vinna o arboles, casi fuere tierra e fuere senbrada, maguer non apareça el fructo ala sazón de la muerte, parta se por meytad quando ende uiniere; et si non fuere senbrada e fuere baruecho, el que non anada enna hereditat aya la meytad de las misiones que fueren fechas en el baruecho».

129. *Fuero de Cuenca*, 217 (=X, 14). De his qui sponsi simul adquisierint. «Quia quicquid in die nuptiarum simul aut separatim sponsis promissum siue datum fuerit, totum sit commune ambobus, tam in uita quam in morte»; *Fuero de Béjar*, 249; *Fuero de Plasencia*, 469. «... o departados a los nouios permiso fuere odado, todo sea de comun de amos assi en uida como en muerte».

130. *Fuero de Cuenca*, 225 (=X, 22), vid. nota 97.

Canes, a diferencia de Cuenca y de Béjar, las donaciones son otorgadas a los esposos no por cualquier persona, sino por los padres de los contrayentes. La solución dada oscila, a nuestro entender, entre las que encontramos en el Fuero de Cuenca, 217 y 225. Esas donaciones no se consideran gananciales, salvo que del matrimonio haya descendencia. En el primer caso, es decir, cuando no hay hijos del matrimonio, se dispone que, al tiempo de la disolución del mismo por la muerte de uno de los cónyuges, «la rayz o el mueble, al que fuere dada, aquel sea tornada». De esto se puede inferir claramente que esos bienes no se asimilan a los gananciales, aunque sean comunes durante el matrimonio ¹³¹.

No es posible explicar con exactitud la causa de la variante del Fuero de Zorita de los Canes. Podría tratarse de la influencia de un fuero distinto y desconocido que presentase la misma variante; lo más probable es que nos encontremos ante una peculiaridad local, opuesta al régimen de los otros fueros.

c) *Administración de la sociedad conyugal.*

18. Muy pocas reglas relativas a la administración de la sociedad conyugal encontramos en los fueros estudiados, y no en todos ellos se contienen. Sólo los Fueros de Sepúlveda y Molina regulan algunos aspectos del problema.

Posiblemente la administración de la sociedad conyugal es una función propia del marido. No se encuentra, evidentemente, en las fuentes un precepto explícito en el que se atribuya al marido esa función, pero puede inducirse de su examen ¹³². El hecho de que las deudas contraídas por el marido se consideren comunes al matrimonio, sin ser necesario el consentimiento de la mujer, puede ser una prueba de ello ¹³³.

131. *Fuero de Zorita de los Canes*, 198. De aquellas cosas que los esposos en uno ganaren. «Daquellas cosas que los padres asus fijos dieren en el día de sus bodas, siquiere sea rayz o mueble. Si alguno daquellos sin fijos muriere, la rayz o el mueble, al que fuere dada, aquel sea tornada».

132. Cfr. MEREJA: *Evolução dos regimes matrimoniais*, II, cit., págs. 10-28; GIBERT: *Los Fueros de Sepúlveda. Estudio histórico-jurídico* cit., pág. 489.

133. Vid. pág.

En los actos de disposición de bienes raíces era necesario el concurso conyugal, es decir, la actuación conjunta de los dos cónyuges. En este sentido, el Fuero de Molina y el Fuero de Sepúlveda. En el primero, al regular la capacidad de la mujer casada, se establece la necesidad del consentimiento marital para que pueda vender o empeñar¹³⁴. El Fuero de Sepúlveda, desde el punto de vista de la capacidad del marido, contempla ambos supuestos—vender o empeñar—en precepto distintos. El marido no puede proceder a la venta de los bienes propios de la mujer sin el consentimiento de ésta, lo cual confirma que la mujer conserva la propiedad de sus bienes, quizá administrados por el marido¹³⁵. También la intervención de la mujer es necesaria para la validez de otros actos de enajenación—«empennamiento»—, tanto de bienes del marido como de ella misma¹³⁶.

De otra parte se regulan las incapacidades de las mujeres casadas. Así, en los Fueros de Cuenca-Teruel, Alcalá de Henares, Brihuega, Fuentes de la Alcarria y Soria¹³⁷, se prohíbe a

134. *Fuero de Molina* XI, 25. De muger casada. «Muger que casada fuere, non aya poderío de uender nin de empennar ninguna cosa sin mandamiento de su marido» (ed. pág. 85).

135. *Fuero de Sepúlveda*, 64 b. «Otrossí, todo omne que muger oviere, non aya poder el marido de vender raíz de su muger, si a ella non ploguiere».

136. *Fuero de Sepúlveda*, 65 b. «Otrossí, todo empennamiento que fiziere el marido seyendo con su muger, quier sea d'él quier sea d'ella, vala».

137. *Fuero de Cuenca*, 516 (=XIX, 4). «... Quare mulier coniugata neminem superleuare potest, quia in potestate mariti est...»; *Fuero de Zorita de los Canes*, 402; *Fuero de Béjar*, 618; *Fuero de Plasencia*, 214; *Fuero romance de Teruel*, 168. «... ho muger casada, como seya en poder de su marido... non pueden éstos tales entrar cableuadores a ninguno segunt fuero...»; *Fuero latino de Teruel*, 166; *Carta Puebla de Albarracín*, 50; *Fuero de Alcalá de Henares*, 65. Mulier maridada de Alcalá o de so termino. «Mulier maridada de Alcalá o de so termino que alguna cosa fiare ad alguno home, o mandare fiar, nol preste; e venga so marido e del una telada, e escase de la fiadura»; *Fuero de Brihuega*, 225. Estos non fagan fiadura. «Toda mugier que aya marido, no puede facer fiadura ninguna ni fijo emparentado»; *Fuero de Fuentes de la Alcarria*, 122; *Fuero de Soria*, 400. «... Et si la mugier ffiziere debda o ffiadura sin otorgamiento de su marido, ella nin sus bienes

la mujer casada salir fiadora sin consentimiento del marido. No existen entre estos fueros, en el punto concreto que nos ocupa, variantes fundamentales: el problema se soluciona en todos de la misma manera. Coincidencias literales se observan en Cuenca, Zorita, Béjar y Plasencia. Una redacción relativamente peculiar se advierte en los Fueros de Teruel-Albarracín. La redacción de los Fueros de Brihuega y Fuentes de la Alcarria se aproxima más a la de Cuenca que a la de Alcalá de Henares.

Los Fueros de Cáceres y Usagre, en un supuesto muy peculiar, reconocen a la mujer casada la capacidad de obligarse por deudas hasta la cantidad de un maravedí; capacidad que se reconoce sólo en los préstamos de dinero que suelen las mujeres hacerse entre sí¹³⁸. En un supuesto más amplio, en cuanto que se equiparan la mujer casada, la manceba en cabello y la viuda que vive con padre, madre o pariente en su casa, el Fuero de Sepúlveda les prohíbe, entre otras cosas, que contraigan deudas por más de un maravedí¹³⁹.

En relación con el derecho de estos fueros cabe colocar el Fuero de Soria, en una línea al margen de la influencia de Cuenca-Teruel, al prohibir a la mujer casada toda actuación jurídica sin autorización marital, con excepción de los siguientes casos: emplazamiento judicial en lugar de su marido y en juicios de «filaza» u otros referentes a «fechos mugieriles» de cuantía

non se sean tenidos por tal fiadura, saluo en aquella guisa que manda el fuero de los emplazamientos...»

138. *Fuero de Usagre*, 146. De mulieres que enprestaren o acreyeren. «Todas las mulieres que enprestaren uel acrouieren aliquam causam unas ad alteras, respondant se usque I moraueti. Et per isto non se paren tras sos maridos»; *Fuero de Cáceres*, 145. Las relaciones de estos fueros con los de Cima-Côa son las siguientes: *Costumes e Foyos Castel-Rodrigo IV*, 27; *Costumes e Foros Castello-Melhor*, 157; *Costumes e Foros Castello-Bom*, 145 y *Fuero de Coria*, 142.

139. *Fuero de Sepúlveda*, 64. Que toda muger que morare con padre o con madre, que non pueda fazer debda ninguna. «Otrossí, toda muger casada, o mançeba en cabello, o bibda, que mórare con padre, o con madre, o con pariente, en su casa, non aya poder de adebdar debda ninguna más de fata I moravedí, nin de vender, seyendo de seso, si non fuer con plazertería del pariente con qui morare; e qui quier que más le manlevare ol'comprare lo suyo a menos de como sobredicho es, piérdalo el que lo comprare».

inferior a cinco sueldos, bien como demandante, demandada o testigo ¹⁴⁰.

Finalmente, los Fueros de Cáceres y Usagre, en relación con el de Coria, establecen que la mujer casada no responda ni sea juzgada sin el concurso del marido, salvo en esos casos —deudas por valor de un maravedí— en los que le es permitido obligarse ¹⁴¹. MERA cree que este derecho tiene su razón de ser en compensar a la mujer por su situación de inferioridad en la sociedad conyugal ¹⁴². Sin embargo, parece ser que el no reconocimiento de capacidad procesal pasiva a la mujer casada es un aspecto más de su situación misma dentro de la sociedad conyugal.

III. RÉGIMEN DE UNIDAD DE BIENES

19. Otro régimen económico bajo el cual se puede organizar el matrimonio es aquel que en los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia y Teruel-Albarracín implica una 'unidad', desde el punto de vista de los bienes, entre el marido y la mujer ¹⁴³.

140. *Fuero de Soria*, 162. «Mugier maridada, pleyto que fiziere con otri o otro con ella sin otorgamiento de su marido, non uala, si non en aquellas cosas e en aquella guisa que dize en el capitulo delos enplazamientos, e en pleyto de filaza e delas otras cosas que pertenecieren fechos mugieriles fasta V ss.». 277. «Toda mugier que ayà la quantia de L^a mr. o dent arriba pueda firmar en fecho que acaheçiere entre mugieres o entre uarones o mugier fasta V ss. e non mas; e esto sea en fechos mugieriles e non en otros».

141. *Fuero de Usagre*, 200. Mulier non responda sin so marido. «Nenguna mulier non responda sin so marido; nisi per illo que dicit ut supra»; *Fuero de Cáceres*, 197 y *Fuero de Coria*, 191; sus relaciones con los Fuero de Cima-Coa son las siguientes: *Costumes e Foros Alfaia-tes*, 196; *Costumes e Foros Castel-Rodrigo IV*, 22; *Costumes e Foros Castello-Melhor*, 152 y *Costumes e Foros Castello-Bom*, 196.

142. MERA: *Evolução dos regimes matrimoniais*, II, cit., págs. 12 y 13.

143. *Fuero de Cuenca*, 239. (=X, 36). De unitate uiri et uxoris. «Quamuis superius sit dictum, quod post mortem mariti siue uxoris herede cum superstite diuidant, tamen si uir et uxor unitatem fece-

Generalmente, los autores que se han preocupado de estudiar este aspecto del matrimonio coinciden en considerar el régimen de 'unidad' de bienes de los Fueros de Cuenca-Teruel, más que como un verdadero régimen económico matrimonial, como un pacto o acuerdo de los cónyuges vinculado al régimen de los gananciales y que determina una modificación de éste en cuanto que su consecuencia más importante es retrasar la partición de bienes que entre los cónyuges debe tener lugar al tiempo de la disolución del matrimonio. Además, a la hora de intentar definir la naturaleza jurídica de la institución, se habla de un contrato entre los cónyuges, el cual hace nacer la obligación de ceder todos los bienes del cónyuge superviviente, sin que los herederos del premuerto tuviesen derecho a demandar cosa alguna de su herencia hasta que falleciese el sobreviviente. Finalmente, la validez del pacto se hace depender de la permanencia en el estado de viudedad del cónyuge superviviente ¹⁴⁴.

Es cierto que, con base en las fuentes, es posible llegar a la conclusión de que el régimen de 'unidad' de bienes modifica el de gananciales. El Fuero de Cuenca es muy explícito en este sentido: *Tamen si uir et uxor unitatem fecerint, sicut forum est, uita utriusque nullus heres siue filius diuidat cum superstite, quandiu uixerit*. Sin embargo, no es consecuente con esa afirmación señalar como efecto del régimen de unidad

rint, sicut forum est, in uita utriusque nullus heres siue filius diuidat cum superstite, quandiu uixerit. Forum uero unitatis est, ut unitas sit stabilis et firma, oportet quod fiat in concilio, uel in collatione, et ab omnibus heredibus concedatur: ab omnibus ita dico quod nullus heredum sit absens, quia si aliquis heredum defuerit, uel aliquis presentium eam contradixerit, friuola habeatur et cassa»; *Fuero de Béjar*, 271 y 272; *Fuero de Plasencia*, 484; *Fuero latino de Teruel*, 342; *Fuero romance de Teruel*, 450 y *Carta Puebla de Albarracín*, 153.

144. MARTÍNEZ MARINA: *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas* cit., págs. 243 y 244, números 64 y 65; CÁRDENAS: *Ensayo histórico sobre las leyes y doctrinas que tratan de los bienes gananciales en el matrimonio*, en sus «Estudios Jurídicos», II, cit., págs. 89 y 90; MEREA: *Evolução dos regimes matrimoniais*, II, cit., págs. 36 y 37.

de bienes—según CÁRDENAS y MERECA—la imposibilidad de que «los herederos del muerto pudiesen demandar cosa alguna de su herencia hasta que faltase el superviviente». Los Fueros de Cuenca-Teruel no autorizan esa interpretación. El efecto esencial del régimen de 'unidad' de bienes es, en este orden de cosas, aplazar la partición hasta la muerte del cónyuge sobreviviente; pero la partición a que se refieren los fueros es la de los bienes gananciales, única que procede puesto que de los bienes propios de cada cónyuge no existe partición.

No parece acertado tipificar el régimen económico aludido como una cesión recíproca de bienes entre los cónyuges. A nuestro juicio, no puede verse en este supuesto una cesión de bienes. Lo que en realidad ocurre es que los cónyuges no adquieren por mitad los bienes adquiridos durante el matrimonio. El efecto del régimen de 'unidad' de bienes es precisamente el contrario: los bienes son adquiridos por ambos cónyuges formando una sola titularidad y mientras uno de ellos viva le pertenece la propiedad; por ello la partición se retrasa hasta su muerte.

De otra parte, la 'unidad' entre marido y mujer de que nos hablan los fueros indicados, ha gozado de propia personalidad como un régimen económico más, bajo el cual puede constituirse la sociedad conyugal. Quizá el requisito de que el cónyuge sobreviviente permanezca en viudedad haya llevado a los autores señalados a considerarlo como un simple pacto. Pero ese requisito no aparece en los fueros. Establecido el régimen económico de 'unidad' de bienes goza de validez en todo supuesto y no se le somete a la condición de que el cónyuge sobreviviente permanezca viudo.

Por último, no es posible llegar a ninguna conclusión sobre la importancia del régimen estudiado, desde el punto de vista del derecho vivido. En todo caso, los requisitos exigidos para su validez—la 'unidad' debe hacerse en concejo o en la parroquia y ante todos los herederos de los cónyuges y con su consentimiento—determinarían quizá una relativa frecuencia en su utilización.

IV. EL RÉGIMEN DE 'MITAD'

20. Los Fueros de Daroca, Alcalá de Henares, Coria, Cáceres y Usagre, si bien con un laconismo exagerado, contemplan, a nuestro modo de ver, un tercer régimen económico del matrimonio. El Fuero de Daroca nos dice de los cónyuges, que cumplan determinados requisitos, *possint se ad invicem recipere in medietatem si voluerint*¹⁴⁵ El Fuero de Alcalá de Henares trata de este régimen bajo la rúbrica «Todo omne qui metier quisiere a su mulier en medietad»¹⁴⁶, y, de manera semejante, el Fuero de Coria nos habla de «Marido e mugier que se permediar quisieren»¹⁴⁷.

CÁRDENAS y MERECA¹⁴⁸ no atribuyen personalidad al régimen económico matrimonial que, para ser fieles a las fuentes, hemos enunciado como de 'mitad'. Para los autores citados este

145. *Fuero de Daroca*, 86. «... Maritus et uxor, si non habuerint filios, possint se ad invicem recipere in medietatem si voluerint. Hoc autem fiat in collatione sua die sabatto post vespervas, vel die dominica post missam (ed. cit. pág. 542).

146. *Fuero de Alcalá de Henares*, 84. Todo omne qui meter quisiere a su mulier en medietad. «Todo omne qui meter quisiere a su mulier en medietad o mujer a so marido, si filios non ovieren, vengán. IIII.^{os} parientes de la una parte e .IIII.^{os} de la otra, de los que ovieren a heredar, que foren en termino, et otorguen la carta en conceio mayor con ellos, et preste; e si esto non ficieren, non preste.»

147. *Fuero de Coria*, 73. Marido e mugier que se permediar quisieren. «Marido e mugier que se permediar quisieren, haganlo al dia del domingo, exida de missa matinal en una collación de la villa, o al sabado a las biesperas, e sea estable. E se asi no lo hizieren, no les preste»; *Costumes e Foros de Alfaiates*, 58; *Costumes e Foros de Castel-Rodrigo IV*, 13; *Costumes e Foros de Castello-Melhor*, 144; *Costumes e Foros de Castello-Bom*, 73.

148. Vid nota 144.

Fuero de Usagre, 81. Marido et mugier que fizieren unidat. «Uiro et mulier que unitatem fecerint, faciant illam in die domingo, exida de la missa matinale in collatione de uilla, aut sabbado ad vespervas, et preste; sin autem, non prestet»; *Fuero de Cáceres*, 80.

régimen es igual al de 'unidad' examinado en el epígrafe anterior. La confusión en que incurren es, en parte, justificable, puesto que al desconocer los textos de Daroca, Alcalá de Henares y Coria, y tener sólo a la vista el texto de Cáceres-Usagre, cuya rúbrica—«Marido et mugier que fizieren unidat»¹⁴⁹—coincide con la del Fuero de Cuenca, no han podido precisar que en realidad el derecho de estos fueros es diferente al de Cuenca. Salvada la peculiaridad de los Fueros de Cáceres y Usagre, el derecho que contienen es idéntico al del Fuero de Coria, en el que se habla de «permediar». De otra parte, quizá haya contribuido a esa confusión el hecho de que en Daroca y Cáceres-Usagre se exijan, para la validez del régimen económico que nos ocupa, ciertos requisitos semejantes a los que aparecen, para un supuesto distinto, en Cuenca-Teruel.

Según nuestro criterio, el régimen de 'unidad' de bienes de los Fueros de Cuenca-Teruel y el régimen de 'mitad' de los Fueros de Daroca, Alcalá de Henares, Coria, Cáceres y Usagre son diferentes. En estos fueros no se precisa cuáles sean los efectos económicos en el supuesto de que los cónyuges se hayan recibido *in medietatem*, pero tampoco se señala como efecto esencial que la partición de bienes entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto se retrase hasta el fallecimiento de aquél. Este efecto, claramente indicado en los Fueros de Cuenca-Teruel, no aparece en los Fueros de Daroca, Alcalá de Henares, Coria, Cáceres y Usagre. En este mismo sentido ese efecto tampoco se contiene en el Fuero de Zorita de los Canes, que por lo demás presenta coincidencias literales con el Fuero de Cuenca, precisamente en el precepto en que este fuero establece el régimen de 'unidad' de bienes¹⁵⁰. La variante del Fuero de Zorita de los Canes con res-

149. *Fuero de Cáceres*, 80, y *Fuero de Usagre*, 81, vid. nota 147.

150. *Fuero de Zorita de los Canes*, 218. De unidad de marido et muger. «El fuero de la unidat es este; por que la unidat sea firme et estable conuine que sea fecha en conceio, o en la collacion, et de todos los herederos que sea otorgada; asi que ninguno dellos non sea absent. Ca si alguno alli present non fuesse, o la contradixiesse alguno delos presentes non uale, ni es unidat.» En relación con el *Fuero de Cuenca*, 239 (=X, 36), vid. nota 143.

pecto a Cuenca puede ser debido a una omisión del copista; pero también a una intención de establecer un derecho diferente, lo cual nos lleva a aproximar el texto de ese fuero a aquellos otros en los que se establece el régimen matrimonial de 'mitad'. En otro lugar será el momento oportuno para comprobar que a veces las variantes señaladas en el Fuero de Zorita de los Canes, en función del Fuero de Cuenca, coinciden con las que presenta el Fuero de Alcalá de Henares ¹⁵¹.

Parece ser que, tal como aparece estructurado en los fueros el régimen de 'mitad', se aproxima a una comunidad de bienes general entre los cónyuges, en la que no se distinguen entre propios y adquiridos durante el matrimonio. Al no prohibirse la partición, a la muerte de uno de los cónyuges, entre el sobreviviente y los herederos del premuerto, es posible inferir que tendría lugar y que se haría por mitad sobre el patrimonio común. Que este régimen no haya evolucionado o que no haya sido aplicado es una cuestión distinta. En todo caso, en regiones fronterizas ha tenido aplicación, y es interesante, en este sentido, comparar los Fueros de Daroca, Alcalá de Henares, Coría y Cáceres-Usagre con el portugués de Ferreira d'Aves (1114-1128), en el que aparecen fijados los efectos de que el marido y la mujer se hayan recibido *in medietatem* ¹⁵².

Desde el punto de vista de los requisitos necesarios para que este régimen económico matrimonial tenga eficacia, los Fueros de Daroca y Alcalá de Henares coinciden, una vez más, al exigir que no existan hijos del matrimonio. Además, el Fuero de Alcalá de Henares exige el consentimiento de los parientes, en número de cuatro, del marido y de la mujer y la redacción de la correspondiente escritura. La necesidad de ese consentimiento de los parientes es exigida en el fuero, ya que la constitución del matrimonio bajo el régimen económico de 'mitad' significa una lesión a sus derechos hereditarios. El

151. MARTÍNEZ GIJÓN: *Una aportación al estudio del derecho local en la Baja Edad Media: la familia del Fuero de Cuenca* cit.

152. *Foral de Ferreira d'Aves*: «Et homo qui habuerit mulier ad benedictiones partent per medium quantucumque habuerit siue in morte siue in uita» (ed. P. M. H., I, 1.º, pág. 368), cit. por MERA: *Evolução dos regimes matrimoniais*, II, cit. pág. 106, nota 3.

lugar indicado para la celebración del acto es la parroquia, según los Fueros de Daroca y Cáceres-Usagre, o en Concejo mayor, según el Fuero de Alcalá de Henares. El momento oportuno, el sábado después de vísperas o el domingo después de Misa, de acuerdo con lo dispuesto en los Fueros de Daroca y Cáceres-Usagre.

En relación con este último requisito, CÁRDENAS cree que es una buena prueba de que en el Fuero de Cáceres la institución era regulada más como «corruptela» que como una costumbre, precisamente porque su celebración sólo era permitida a los cónyuges «inmediatamente después de practicar un acto de religión que debía recordarles sus deberes morales y llamarles al interior de su conciencia»¹⁵³. A nuestro modo de ver, este requisito solamente tiene como finalidad rodear el acto de la publicidad que su importancia requería.

* * *

De lo dicho se deduce que los regímenes económicos bajo los cuales puede organizarse el matrimonio en el área de fueros estudiados son los siguientes:

- a) Régimen de gananciales.
- b) Régimen de 'unidad'.
- c) Régimen de 'mitad'.
- d) Régimen de separación.

El régimen normal es el de gananciales; ello se deduce del número de fueros en que aparece consagrado (Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia, Teruel-Albarracín, Alcalá de Henares, Brihuega, Fuentes de la Alcarria, Soria, Coria, Cáceres y Usagre; una declaración explícita del régimen de gananciales falta en el de Sepúlveda). El régimen de 'unidad' (Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia, Teruel-Albarracín y Soria) y el régimen de 'mitad' (Daroca, Alcalá de Henares, Coria y Cáceres-Usagre), diferentes en sus consecuencias y efectos, responden a la misma idea, es decir, brindan a los cónyuges la

¹⁵³. CÁRDENAS: *Ensayo histórico sobre las leyes y doctrinas que tratan de los bienes gananciales en el matrimonio*, en sus «Estudios Jurídicos», II, cit., pág. 90.

posibilidad de que su matrimonio se constituya bajo una comunidad de bienes más estrecha. Uno y otro son regímenes excepcionales; a ello se llega observando simplemente los requisitos que se exigen para su validez. El régimen de separación de bienes no goza de una difusión general; sólo aparece previsto en los fueros más desarrollados (Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia, Teruel-Albarracín y Soria).

V. LA SITUACIÓN DEL CÓNYUGE ABANDONADO

21. El supuesto—contemplado solamente en los Fueros de Daroca, Brihuega, Uclés y Soria—es el siguiente: el abandono de la mujer por el marido o viceversa, seguido de una nueva unión marital, si bien ilegítima y cuyos efectos repercuten sensiblemente en el régimen económico del matrimonio. El problema es resuelto de una manera muy tajante en el Fuero de Daroca, al disponer que todos los bienes pasen al cónyuge abandonado y a los hijos nacidos del matrimonio, sin reconocer ningún derecho sobre los mismos al cónyuge que se marcha¹⁵⁴; tiene lugar, como puede observarse, una fusión de patrimonios en manos del cónyuge fiel, y la partición de gananciales no procederá en ningún momento. En Brihuega, en cambio, las consecuencias son diferentes: el cónyuge que se marcha sólo pierde en favor del abandonado el «auer», y dando a esta palabra la significación corriente en la época, de bienes muebles, se infiere que aquel cónyuge conserva sus bienes inmuebles¹⁵⁵.

El Fuero de Uclés es, en este orden de cosas, paralelo al de Daroca y al de Brihuega, pero el supuesto previsto reviste mayor complejidad. El abandono del marido por la mujer su-

154. *Fuero de Daroca*, 23. «Item si vir, relicta uxore legitima, fugerit cum alia non possit amplius aliquid ab ea de posesionibus, vel de aliis rebus, postulare, scilicet relicta muliere cum filiis omnia in pace possideat. Hoc idem fiat de muliere coniugata, si dimeserit virum suum, et cum alio fugerit» (ed. cit., pág. 536).

155. *Fuero de Brihuega*, 88. Por omme que dexare su mugier. «Tod omme que su mugier dexare et se fuere con otra, todo el auer sea de la mugier.» 89. Por mugier que dexarè su marido. «Toda mugier que dexare su marido et se fuere con otro, el auer sea del marido.»

pone que se abra en vida su propia sucesión. La aproximación de Uclés a Daroca aparece clara al ordenarse que el marido abandonado *hereditet omnia sua* (de la mujer) *omnibus diebus vite sue*. Pero puede ocurrir que la mujer tenga hijos de un matrimonio anterior disuelto por muerte del marido, ¿qué derechos se reconocen a esos hijos? El Fuero es muy claro en este sentido al disponer, de un lado, que esos hijos *hereditent hereditatem patris et omnia bona*, lo cual hace pensar que no habían partido con la madre a la muerte del padre, o bien que habían quedado bajo la tutela de aquélla; de otro lado, esos hijos, muerta la madre, *habeant hereditatem matris*, pero no el mueble que según parece, relacionando el Fuero de Uclés con el de Brihuega, pertenece al marido abandonado ¹⁵⁶.

Nuevos elementos han influido en el Fuero de Soria, que plantea la cuestión en términos diferentes a los vistos en los párrafos anteriores. Es ahora la buena o mala fe de la mujer que contrae matrimonio con el varón ya casado la que produce unos u otros efectos económicos. En el primer caso—«si aquella segunda con quien caso non sopiere que era casado»—el régimen de gananciales produce todos sus efectos: «ella aya la meatad de los bienes que ganaren de consuuno» y, a la muerte de uno de los cónyuges, los hijos del matrimonio heredan al padre o madre muerto. En el caso de mala fe por parte de la mujer, es decir, «si por aventura ella lo sabie», esos efectos no se producen, aparte de incurrir en determinadas penas corporales y económicas ¹⁵⁷.

156. *Fuero de Uclés*, 12. *Mulier qui suo marido dexare. «Mulier qui laxaverit suo marido et cum alio se ambulaverit, hereditet suum maritum omnia sua omnibus diebus vite sue, et si illa mulier habet filios de alio marido hereditent hereditatem patris et omnia bona; et post transitum matris, habeant hereditatem matris, et non mobile.»*

157. *Fuero de Soria*, 324. «Si el omne que ouiere mugier casare con otra e ouiere fijos en la segunda, si aquella segunda con quien caso non sopiere que era casado, los fijos sean herederos, e ella aya la meatad delos bienes que ganaren de consuuno. Et si por aventura ella lo sabie, los fijos que ouo en el non sean herederos, por que ella assabiendas se caso con marido ageno, e ssea metida con todos sus bienes en poder de la mugier que ante auie aquel marido, si otros fijos non ouiere, e faga della e de sus bienes lo que quisiere, fueras que la non mate. Et si

VI. LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

a) *La responsabilidad por los delitos.*

22. Un aspecto importante que es necesario examinar al tratar del régimen económico del matrimonio, es el referente a la responsabilidad de los cónyuges por los delitos cometidos y por las deudas contraídas durante el matrimonio.

Con respecto a la responsabilidad por delitos cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Responde el marido o la mujer de los delitos cometidos por el otro cónyuge con sus bienes propios? Respuestas a esta pregunta encontramos en los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia, Teruel-Albarracín, Brihuega, Fuentes de la Alcarria, Uclés, Soria, Sepúlveda, Alcalá de Henares, Coria, Cáceres, Usagre, Molina (Carta de Doña Blanca, en 1283), Privilegio dado a Cuenca por Sancho IV (1285) y en las adiciones al Fuero de Plasencia (1286). Este conjunto de fuentes presenta una evolución que debemos intentar dejar señalada.

De un lado, los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia y Teruel-Albarracín, Brihuega y Fuentes de la Alcarria, contemplan el supuesto desde el punto de vista de los delitos del marido y, sin distinciones, establecen la respon-

fijos legítimos ouiere dotro marido ante que casasse con este, los bienes que ouie ante que casasse con el hereden lo todos los fijos que ouo en el primer marido. Et el marido que la primera mugier auie e caso con esta segunda, que sea açotado por toda la villa e sea echado della e del termino; e si depues y fuere fallado, muera por ello, quier aquella segunda mugier lo sopiesse o non que era casado ante con otra»; *Fuero de Cuenca*, 287 y 288 (=XI, 36); *Fuero de Zorita de los Canes*, 259; *Fuero de Béjar*, 332; *Fuero de Plasencia*, 100; *Fuero latino de Teruel*, 374; *Fuero romance de Teruel*, 487; *Carta Puebla de Albarracín*, 163, y *Fuero de Brihuega*, 98, con variantes, establecen las penas en que incurren los bigamos, pero no consideran las consecuencias económicas de tal situación desde el punto de vista del matrimonio. El problema está planteado en el *Fuero latino de Sepúlveda*, 16. «Si aliqua mulier laxauerit uirum suum, CCC solidos pectet; et si uir laxauerit uxorem suam, uno arienzo deuitet», pero, como puede observarse, no se tiene en cuenta la posibilidad de que el cónyuge que se marcha comience una nueva vida matrimonial.

sabilidad de la mujer con sus bienes propios, muebles e inmuebles. El texto más completo es el del Fuero de Cuenca. Interesa una descripción de su contenido. Tras una alusión a una antigua costumbre según la cual cuando el marido cometía un delito la mujer apartaba sus bienes propios y la mitad de los gananciales, se dispone su abolición y, por consiguiente, se establece que en ese supuesto; *iudex intret omnia bona tam iuri quam uxoris pro calumpnia quam fecerit*; el nuevo derecho se justifica, puesto que *uxor enim, que multociens gaudere solet cum lucro, quod uir sibi asportat, non erit mirum si aliquando dolet de rerum amissione occasione mariti*¹⁵⁸.

Las relaciones de los otros fueros con el de Cuenca llegan hasta el extremo de presentar coincidencias literales, pero no sin peculiaridades. Todos, excepto el Fuero de Béjar, coinciden en suprimir la primera parte del precepto de Cuenca, en la que se hablaba de la costumbre de la irresponsabilidad de la mujer y se establecía su abolición¹⁵⁹. Esta coincidencia que

158. *Fuero de Cuenca*, 420 (=XV, 10). *Quod omnes res tam scelerosi quam sue uxoris capiantur pro calumpniis. «Quia sunt loca et sunt gentes, quibus est consuetudo adque forum, cum maritus homicidium perpetraverit, aut latrocinium, aut tale scelus, pro quo omnia bona habeat perdere, tunc uxor extrahit prius omnem medietatem totius subere, que eam contigit et alia medietas capitur pro calumpnia, unde ad consuetudinem istam extirpandam mandamus, quod quicumque, hominem occiderit aut uendiderit, uel aliud scelus huiusmodi perpetraverit, et affugerit, quod iudex intret omnia bona tam uiri quam uxoris pro calumpnia quam fecerit, quamuis radix seu mobile sit uxoris, et non mariti: uxor enim, que multociens gaudere solet cum lucro, quod uir sibi asportat, non erit mirum si aliquando dolet de rerum amissione occasione mariti. Dignum utique est, ut qui unum gaudium solent participare, tristitiam cum uenerit participant. Illud uero quod remanserit, calumpnia completa, de mobile aut radice, aut pecunia, reddatur uxori, siue illis qui bona sua habere debuerint»*; *Fuero de Béjar*, 493 y 494.

159. *Fuero de Zorita de los Canes*, 866. Del [que] omne matare o uendiere. «Tod aquel que omne matare olo uendiere ootra nemiga semeiable a esta fiziere et fuxiere, quel entre al iuez todos sus bienes tan bien del uaron como de la muger por la calonna que fiziere, maguer la rayz oel mueble sea dela muger et non del marido. Por razón que la muger se suele muchas ueces gozar con la ganancia que el uaron le traye» (el resto suplido con el texto del Fuero de Cuenca); *Fuero romance de Teruel*, 22. De aquel que omne matare o uendiere. «Empero,

presentan entre sí los fueros señalados en oposición al de Cuenca, puede hacer pensar en la existencia de una redacción distinta a la hoy conocida de ese fuero y en la cual tal introducción no se contenía. El Fuero de Plasencia contiene el mismo derecho que Cuenca pero redactado de tal forma que permite afirmar que muy posiblemente no haya tenido como modelo a ese fuero ¹⁶⁰. Lo mismo, pero sin temor a un posible error, puede afirmarse de los Fueros de Brihuega, Fuentes de la Alcarria ¹⁶¹ y Uclés ¹⁶². Algo parecido ocurre en el Fue-

assaber es que qual quiere que omne matare o uendiere o alguna otra cosa mala por esta manera acabará e fuyrá, el iudez todos sus bienes, assín los del uarón como los de la muger, prenga por la calonia, mueble et rayz, maguera que la rayz o el mueble sea de la muger e non del marido. Qual es derecho que la muger muchas uegadas se suele gozar con la ganancia que aduze su marido con sí a su casa, e no es marauilla si se duele alguna uez del perdimiento de las cosas e de la ocasión de su marido. Certas digna cosa es que aquellos que se suellen goyar, que partan la tristeza quando uañá entr'ellos. Mas aquello que del mueble o de la rayz o de algun auer romandrà, conplida la calonia, todo sea rendido a la muger o a los fijos o ad aquellos que deuen auer sus bienes»; *Fuero latino de Teruel*, 22; *Carta Puebla de Albarracín*, 12.

160. *Fuero de Plasencia*, 382. «Por fuero mandamos que todo aquel que omne matare o otra aleuosia fiziere, et fuxiere los alcaldes entren toda su buena, assi del marido commo de la mugier, por la calonna que fiziere maguer que la rayz, o el mueble sea dela mugier, et non del marido. Toda uia si aquel que el aleuosia fiziere non fuxiere et preso fuere iusticiando los parientes de más acerca ayan toda su buena assi mueble commo rayz. Et quando los alcaldes la buena del aleuoso fuydo entraren, los alcaldes con el querelloso, ayan poder de uender et de empennar assi mueble commo rayz, fasta que el auer delas calonnas sean conplidas. Lo que remaneciере las calonnas conplidas de mueble o de rayz, o de su auer denlo ala mugier; o aquellos que su buena ouieren auer.»

161. *Fuero de Brihuega*, 40. Qui matare a otri sobre saluo. «Tod omne de briuega que matare a otro sobre fiadura de saluo, si alcanzado fuere muera por ello; et sis fuere uaya por traidor, et si fiador adugalo, si lo pudiere auer, et si dixiere que no lo puede auer, iure con XII bezinos que no lo puede auer, et peche CC et XVI maravedis, et estos maravedis salcan de la buena del malfechor et de su mugier; et si la buena del malfechor no cumpliere, cumplalo el fiador; et si la buena del malfechor ouiere demas de CC et XVI maravedis, parta el Arçobispo con su mugier, et prenda el Arçobispo la meatad, et la mugier la otra

ro de Soria que, además, contiene un derecho más elaborado¹⁶³. Y esto por varias razones: la responsabilidad afecta también al marido y a sus bienes por los delitos de la mujer; sólo procede en los delitos en que el señor participe; por último, la pena corporal solamente afecta al autor del delito, lo cual, probablemente, sea debido a influencia del *Liber Iudiciorum*¹⁶⁴.

Incluso el jurista redactor del Fuero de Soria, y es una prueba más del grado de elaboración de este fuero, ha previsto la posibilidad de que uno de los cónyuges sea el autor del delito y el otro la víctima; concretamente el supuesto contemplado es el delito de homicidio cometido por uno de los cónyuges en la persona del otro. ¿Qué ocurre desde el punto de vista de la responsabilidad? ¿Responden los herederos de la víctima con el patrimonio de ésta, ya que ambos cónyuges están obligados a responder de los delitos que uno de ellos cometa? El Fuero de Soria exime en este caso concreto de responsabilidad a los herederos del cónyuge muerto y les reconoce el derecho a participar en la tercera parte de la composición pecuniaria a que viene obligado el malhechor por la comisión del delito. Un fino sentido de la equidad abunda en la razón dada por el fuero al establecer este derecho: «Ca non serie derecho

meatad, et los C maravedis partanse por tercios, et lo al sea todo del Arçobispo»; *Fuero de Fuentes de la Alcarria*, 41.

162. *Fuero de Uclés*, 59. Qui hominem occiderit, et desent se fueret. «Totus homo qui hominem de ucles occiderit, parent, o filio, o mulier, et desinde se foret, illos qui remanserit in illa casa qui in uno sederint, pectent illos.»

163. *Fuero de Soria*, 505. «... Otrosi por toda malfecha que fiziere el marido que sea de calonna en que el sennor aya parte, si non ouieren de que pagar las calonnas, pierdan quanto ouieren, el e su mugier. Esto mismo sea por la mal fecha que fiziere la mugier. Et en otra manera, la pena e la mal fecha e el mal sufralo e desçenda en aquel que fizo la mal fecha.»

164. *Liber Iudiciorum*, 7, 2, 19. *Antiqua*. De hereditate et successoribus furis. «Si quis furi mortuo in hereditate aut ex testamento aut ex sanguinis propinquitate successerit, quia crimen cum fure defecit, penam quidem non sustineat, sed damnum satisfactionis exolvat, quod fur, si vixisset, fuerat soluturus. Si autem maius damnum quam hereditas, faciat cessionem.»

los fijos o lo herederos perder el parient e pèrder el algo e el derecho que deurie auer de la su part»¹⁶⁵.

De otro lado, el Fuero de Alcalá de Henares¹⁶⁶, el Fuero de Sepúlveda¹⁶⁷, los Fueros de Coria, Cáceres y Usagre¹⁶⁸, la Carta de Doña Blanca dada a Molina en 1283¹⁶⁹, el Privilegio de Sancho IV a Cuenca en 1285¹⁷⁰ y las adiciones al Fue-

165. *Fuero de Soria*, 506. «Maguer dicho es que la mugier pierdalo que ouiere por el mal fecho que fiziere el marido; pero si el marido matare su mugier o la mugier su marido, el malfechor pierda las calonnas o pierda lo que ouiere. Et los bienes del muerto hereden los sus herederos, e el terçio de las calonnas. Ca non serie derecho los fijos o los herederos perder el parient e perder el algo e el derecho que deurie auer de la su parte.»

166. *Fuero de Alcalá de Henares*, 291. Todo ome que ome matare e se fuere. «Todo ome que ome matare e se fuere al corpo de su mujer e a sos vestidos dela, no la contrale nadi si hy quisiere morar.» 100. «... Los fiadores non hayan poder sobre sua part del aver de la muger del enforcado...»

167. *Fuero de Sepúlveda*, 65. Del cavallero o escudero que malhetría fiziere. «Todo cavallero o escudero de Sepúlvega que malhetría fiziera, e non diere fiadores pora complir la malhetría, échel'el rey de la tierra, e lo suyo sea a mercet del rey. Et su muger non pierda del su algo ninguna cosa por malhetría que su marido faga. Et si la malhetría que oviere fecha pechare, o otri por él, sea perdonado, e de lo suyo non pierda nada.»

168. *Fuero de Coria*, 348. Qui ovier fijo o sobrino. «Todo ome que hijo o sobrino ovier, e otro ome matar, non pechen por el su aver los parientes, nin su padre; nin su muger la su meata d pierda, si varon matar a otro»; *Fuero de Cáceres*, 340, y *Fuero de Usagre*, 361. Sus concordancias con los fueros de Cima-Côa son las siguientes: *Costumes e Foros de Alfaiates*, 374; *Costumes e Foros de Castel-Rodrigo*, 3, 32; *Costumes e Foros de Castello-Melhor*, 101, y *Costumes e Foros de Castello-Bom*, 361.

169. *Fuero de Molina. Carta de la infanta doña Blanca, señora que fue de Molina* (1283). «Otro si do a vos en fuero que ninguna malhetría ni debda que el marido faga. la mujer no la sienta ni peche por ello si en la carta non fuere puesta con su marido» (ed., pág. 159).

170. *Privilegio de Sancho IV a Cuenca* (1285). «A lo que me enbiaste dezir que manda vuestro ffuero que por las culpas del marido que lazdre la muger, e por las culpas del ffijo que lazdre el padre, e por las culpas del malfechor que muera su ssobreleuador, a esto uos digo que non es derecho, e tengo por bien que se libre por derecho e non por esse ffuero» (ed., pág. 863, a).

ro de Plasencia en 1286¹⁷¹, eximen a la mujer por los delitos del marido.

El derecho de Alcalá de Henares es poco categórico en este aspecto. Si el marido homicida huye, «al* corpo de su mujer e a sos vestidos dela, no la contrale nadi si hy quisiere morar». Claramente se recoge el principio de que la pena corporal debe recaer sólo sobre el autor del delito; también que la mujer no responde con los bienes de uso personal, pero en todo caso podría pensarse que respondiese con los bienes inmuebles. Contribuye a fortalecer esta hipótesis, si bien con reservas, el hecho de que en otro lugar del fuero se disponga «que los fiadores non hayan poder sobre sua part del aver de la muger del enforcado», y conocida es la utilización de nuestras fuentes jurídicas medievales de las palabras «aver» y «heredad» para designar los bienes muebles y los inmuebles, respectivamente. Lo dicho nos lleva a colocar el derecho del Fuero de Alcalá de Henares entre las dos soluciones extremas que en este sentido presentan los fueros objeto de nuestro estudio.

El derecho del Fuero de Sepúlveda podría haber inspirado esas otras redacciones que eximen a un cónyuge de responder de los delitos del otro. Pero es posible dudar de la certeza de esta opinión; el Fuero de Sepúlveda recoge solamente una peculiaridad del régimen propio de los caballeros y de los escuderos, aunque en un momento posterior podría haberse generalizado a toda clase de personas.

Pero aun en el supuesto de que el texto del Fuero de Sepúlveda no pueda ser considerado como precepto originario, no cabe dudar de que los Fueros de Coria, Cáceres y Usagre, cronológicamente anteriores a los restantes textos que contienen la exención absoluta de responsabilidad, el Fuero de Molina, el Privilegio de Sancho IV a Cuenca y el Fuero de Plasencia—la relación entre estas dos últimas fuentes, en este punto concreto, radica en que la exención de responsabilidad ha sido concedida por el mismo Rey—significan una consagración legal de

171. *Fuero de Plasencia*, 749. «... et mandamos que los bienes del mugier non sean tomados por el maleficio del marido ni los del marido por el maleficio dela mugier...».

esa costumbre que había sido abolida en los textos de Cuenca-Teruel. Es cierto que en estos fueros se había iniciado una evolución que no sólo no se había consumado, sino que ha determinado una reacción en favor del régimen antiguo. La razón de ello es muy clara: el jurista redactor del derecho de Cuenca-Teruel no ha tenido en cuenta, al redactar el precepto, el derecho o la costumbre realmente aplicados, y sí, más bien, principios teóricos, en los que es posible apreciar influencias del derecho natural y de la equidad, puesto que, entre otras cosas, se dice que: *dignum utique est, ut qui unam gaudium solent participare, tristitiam cum uenerit, participent.*

b) *La responsabilidad por las deudas.*

a') *Pago de deudas durante el matrimonio.*

23. El problema referente a la responsabilidad de la mujer por el pago de deudas durante el matrimonio es objeto, en los Fueros de Cuenca-Teruel, de numerosos y complejos preceptos. En ellos se establece el procedimiento a seguir para hacer efectiva esa responsabilidad. Esto hace que, con frecuencia, los principios jurídicos que informan las diversas situaciones que se plantean en relación con este problema no aparezcan suficientemente claros, sino más bien entremezclados con las reglas procesales. A esa complejidad contribuye el hecho de que no se distingue, generalmente entre deudas propias del marido y deudas comunes.

Un primer supuesto regulado en los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia y Teruel es el siguiente: el marido deudor ha huído de la ciudad, su deuda está garantizada con fianza, ¿quién responde? ¹⁷².

172. *Fuero de Cuenca*, 525 (=XIX, 13). De debitore qui non subuenerit superleuatori. «Si superleuator intrauerit in spacium adducendi debitorem ad diem placiti,

Fuero de Plasencia, 222.

Fuero romance de Teruel, 176. De aquello qu'el cableador pechare. «Mas si el cableador entrará en espacio de aduçar el deudor al plaço, et si el deudor non querrá con

Puede ocurrir que el fiador haya satisfecho la deuda en lugar del deudor, reconociéndosele, en este caso, la facultad de dirigirse contra la mujer y los hijos del huído. Si la mujer y los hijos son 'manifiestos', es decir, si reconocen y admiten la deuda, vienen obligados a 'doblar', lo que el fiador hubiese pagado. Los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes y Plasencia coinciden literalmente en este punto concreto. En

et cum eo uenire noluerit, faciat ei testes, et si superleuator peccauerit, duplet debitor. Quicumque pro superleuatura peccauerit, filii aut uxor debitoris, si quos habuerit manifiestos (falta en la primordial), duplent si debitor fugerit». 526 (=XIX, 13). «Si antequam superleuator peccet, debitorem, ut dictum, est, inuenire uel adducere non potuerit, et uxorem, aut filios debitoris superleuator manifestos fatere potuerit, recipiat eos querimoniosus in loco sui debitoris. Si filii debitoris, siue uxor superleuaturam negauerit, conuincat eos superleuator per forum, tamquam si ageret cum ipso debitore. Et si forte filios aut uxorem non habuerit, respondeat pro eo qui bona suo eius tenuerit»; *Fuero de Béjar*, 629-632; *Fuero de Zorita de los Canes*, 411 y 412 y *Fue-*

él uenir después que el cableuador lo ouiere trobado, el cableuador fágale testigos al debdor. Et si el cableuador alguna cosa pechare por el debdor, dúplelo todo el debdor, si fuere uencido con aquellos testigos segunt del fuero; si non, iure solo el debdor que el cableuador non lo enbidó como es dicho, et peche el debdor todo el debdo simple. Mas si por aventura algún cableuador por la cableuadura alguna cosa pechare et el debdor se fuyere, la muger et los fijos del debdor, si algunos aurá, duplen el pecho; enpero, si fueren manifiestos o uencidos segunt del fuero. Mas si el cableuador, antes que peche el debdo, el debdor asín como de suso es dicho non podrá trobar nin adoçir et la muger et los fijos del debdor, los podrá fer manifiestos como el fuero

«... Et si fijos o mugier ouiere et negare que non tiene buena del iure lo con tres uezinos et sea creyda, si el sobre leuador non lo firmare, et si algo manifestare dello et

relación con esos fueros, el de Teruel, como puede observarse al comparar los textos, es más explícito; incluso—en un supuesto diferente: pago de la deuda por el fiador, que se dirige contra el deudor que no ha huído de la ciudad—se abre una posibilidad para que el deudor no pague el doble: «Et si el capleuador alguna cosa pechare por el debdor, dúplelo todo el debdor, si fuere uencido con aquellos testigos segunt del fuero; si non, iure solo el deudor que el capleuador non le enbidó como es dicho, et peche el debdor todo el debdo simple».

De otra parte, en tanto que la responsabilidad del fiador es subsidiaria puede dirigirse, incluso antes de haber satisfecho la deuda en el lugar del deudor, contra la mujer y los hijos de éste, los cuales, si reconocen la deuda, se colocan ante el acreedor en la misma posición que el deudor y el fiador. Nuevamente, en este caso, el Fuero de Teruel presenta una variante con respecto a Cuenca, al disponer que la mujer y los hijos sean presos hasta que paguen la deuda.

Tanto en uno como en otro caso, la mujer y los hijos pueden oponerse al fiador y negar la existencia misma de la fianza. Entonces el fiador ha de probar la fianza judicialmente, empleando los mismos medios que utilizaría si actuara contra el deudor.

Por último, si el deudor no tuviese mujer ni hijos, responde quien estuviese en posesión de sus bienes. Esta posibilidad no se prevé en el Fuero de Plasencia, que, en cambio, contempla el caso de que la mujer y los hijos para defenderse del fiador, invoquen la no posesión de los bienes del deudor, exigiéndose su juramento y el de tres vecinos para que prospere la excep-

ro de Plasencia, 220
y 221.

iure que non tiene
mas».

manda, el quereloso
préngalos en el lugar
de su debdor et en la
presón los tenga fasta
ta que paguen el deb-
do»; *Fuero romance
de Teruel*, 177; *Fue-
ro latino de Teruel*,
171 y *Carta Puebla de
Albarracín*, 60.

ción. La responsabilidad de la mujer y de los hijos—precisa el Fragmento Conquense—se limita a los bienes que heredarían del deudor ¹⁷³.

Nada es posible precisar en este supuesto sobre el fuero que ha servido de base a los restantes. En todo caso extraña la precisión del Fuero de Cuenca, que hace pensar en una síntesis de otras redacciones menos concretas. De todas formas, el Fuero de Teruel goza, en relación a Cuenca, de cierta personalidad.

24. En este supuesto, la mujer se coloca en el lugar del marido, es 'emplazada' en lugar de éste, como se infiere del conjunto de preceptos que forman el capítulo XXIII del Fuero de Cuenca y de sus correspondencias en los demás fueros. Esto que se 'infiera' de ese conjunto de fueros aparece muy claro en el texto del Fuero de Soria: «Mugier maridada non pueda enplazar omne ninguno ni mugier ninguna, ni ella non uenga a plazo, fuera sacado si fuere enplazada por su marido. non seyendo en la uilla ni en el termino...» ¹⁷⁴. Una vez más es posible señalar que al menos el Fuero de Soria significa una reelaboración del Fuero de Cuenca. No cabe duda de que el redactor del Fuero de Soria aprovecha los materiales que le suministra ese derecho, pero sobre ellos lleva a cabo una labor reflexiva, cuya consecuencia, en la mayoría de los casos, es una mayor claridad. Una regulación totalmente opuesta presenta el Fuero de Alcalá de Henares al eximir de responsabilidad a la mujer por las demandas contra su marido ausente ¹⁷⁵.

No es necesario para que la mujer se coloque en la posición del marido a efectos de responsabilidad, que sea legítima. En este orden de cosas la mujer legítima y la concubina o barragana están equiparadas, en cuanto que una y otra poseen los bienes del deudor. En este sentido coinciden fielmente los

* 173. *Fragmento Conquense*, 323. «...responda por el aquellos que los bienes del ovieren e paguen por el de aquellos bienes que del heredare e non mas.»

174. *Fuero de Soria*, 135.

175. *Fuero de Alcalá de Henares*, 240. Todo ome qui pendrare al otro demandaren. «... A todo vezino de Alcalá que non fore en termino, nol pendren fasta que venga, si la muger le dissiere, o ome de su casa, que non es en termino.»

Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes y Plasencia. El Fuero de Teruel-Albarracín también coincide con Cuenca, pero con una peculiaridad: la parte final del precepto ha sufrido una adición. La adición a que nos referimos es meramente explicativa, en cuanto que aclara que la barragana responde, al igual que la mujer legítima, si fuese 'manifiesta' o vencida por el acreedor, según se establece en el fuero; además, el precepto de Teruel-Albarracín es más amplio que el de Cuenca, puesto que dispone que en esa misma situación se coloquen los hijos del deudor y, en último extremo, cualquiera que esté en poder de sus bienes¹⁷⁶. El Fuero de Teruel-Albarracín no es copia sin más del Fuero de Cuenca. En esta ocasión parece ser que uno y otro fuero han aprovechado los mismos materiales.

En el supuesto que estudiamos—el deudor se ha ausentado de la ciudad y el acreedor reclama de su mujer el pago de la deuda—, la mujer del deudor, aparte de responder al acreedor que su marido no está en el término, puede colocarse ante él en una doble posición: reconocer la deuda reclamada o negarla. El procedimiento a seguir en uno y en otro caso es distinto.

En el primer caso, la mujer debe jurar ante los alcaldes que su marido no está en el término y que no se ausentó para eludir el pago de la deuda; prestado el juramento se concede a la mujer un plazo de 'tres veces nueve días', dentro del cual debe conseguir que su marido se presente en la villa para responder de la deuda. El Fuero de Teruel-Albarracín, en relación

¹⁷⁶. *Fuero de Cuenca*, 604 (=XXIII, 18). *Quod uoce uxoris respondendi habeat focaria. «Quicumque statuta et iudicata sunt de uxore debitoria, sit statutum et iudicatum de filiis, et concubina, si bona debitoris possiderit aut quicumque sit alius»*; *Fuero de Béjar*, 726; *Fuero de Zorita de los Canes*, 489 y *Fuero de Plasencia*, 265.

Fuero romance de Teruel, 197. De las cosas que son establidas et judgadas. «De cabo mando que las cosas que son establidas et judgadas de la muger del debdor sean stablidas et judgadas de los fijos et de la barragana; si possidrán los bienes del debdor, o de qual quiere possidient; enpero, si fueren manifiestos o uencidos con testigos segunt del fuero»; *Fuero latino de Teruel*, 192 y *Carta Puebla de Albarracín*, 64 bis.

cón los de Cuenca, Béjar, Zorita de lo Canes y Plasencia, presenta algunas variantes que es necesario señalar: la mujer del deudor viene obligada a prestar el juramento al que nos hemos referido sólo cuando no fuere creída por el acreedor, a diferencia de Cuenca que lo exige en todo caso. Además, el Fuero de Teruel contempla aquí la posibilidad de que la mujer que no es creída por el acreedor se niegue a jurar que su marido no está en el término y que no se ausentó por temor al pago de la deuda; entonces se le concede un plazo de tres días; el fuero no habla de la finalidad de ese plazo, pero se induce que debe ser para que se decida a prestar el juramento o para responder. El Fuero de Soria—en un precepto algo confuso, que da la impresión de que se ha perdido alguna línea—parece orientarse en el mismo sentido que Teruel, al exigir el juramento de la mujer sólo cuando no fuere creída por el acreedor ¹⁷⁷.

Como consecuencia del juramento, la mujer queda obligada a presentar a su marido dentro del plazo fijado, es decir, en la primera, segunda o tercera 'novena'; si no lo consigue, debe jurar nuevamente que no se encuentra en el término. En relación con el Fuero de Cuenca, el de Plasencia ha omitido el precepto; el de Teruel-Albarracín añade al final del texto: «et que non lo pudo auer por alguna manera». El Fuero de Soria presenta en relación con aquel derecho las siguientes variantes: de un lado, exige que la mujer jure con un vecino o vecina; de otro, como si desarrollara el final del precepto de Teruel-Albarracín, establece que la mujer jure «que ella

177. *Fuero de Cuenca*, 588 (=XXIII, 2). De Uxore que uirum suum dixerit in termino non esse. «Si uxor uirum suum dixerit in termino non esse, iuret ante alcaldes, se uerum dicere, et in sacramento illo mittat, quod m e t u

Fuero romance de Teruel, 189. De la mujer que dirá que su marido no es en término. «Mas si la mujer dirá que su marido no es en término et credida non fuere, jure delant los alcaldes que dize uerdad, et encara meta en aquella

Fuero de Soria, 135. «... Et por esta razon que uenga ant los jurados o ante los alcaldes pora ante qui fuere enplazada, e si fuere creyda de su contendedor que su marido non era en término de Soria a la sazón del emplazamiento nin

trabajo quanto pudo en saber uerdat do era e quello non pudo saber, e si lo sopo, que era en lugar que ella non gelo podie fazer saber...»¹⁷⁸. Si la mujer no presta este juramento, se establece su responsabilidad sin más: el acreedor prenda cada día en la casa hasta que cobre su crédito. En este caso el Fuero de Soria va por un camino diferente: si la mujer no prestase el juramento en cualquiera de los dos primeros plazos o no

illius debiti non reces-
sit, et tunc alcaides
dent ei inducias trium
noven dierum, in qui-
bus maritum suum ad
satisfacionem addu-
cat»; *Fuero de Bé-
jar*, 712; *Fuero de Zo-
rita de los Canes*, 474
y *Fuero de Plasencia*,
258.

jura que su marido
non se departió de la
uilla por p a u o r de
aquel deudo. Et si la
muger non querrá ju-
rar, sea a ella dado es-
pacio de tres días. Mas
si por aventura la
muger jurará, stonçes
los alcaides denle tres
IX días de espacio,
que lo aduga en la pri-
mera nouena, si lo po-
drá auer, o encara en
la segunda II: a noue-
na, et si non, en la ter-
cera nouena en todas
maneras lo aduga...»;
*Fuero latino de Te-
ruel*, 182 y *Carta Pue-
bla de Albarracín*, 62
bis.

depues por que ella
ouiesse tiempo que ge-
lo fiziese saber...».

¹⁷⁸. *Fuero de Cuenca*, 589
(=XXIII, 3). Quod uxor iuret in
qualibet nouena. «Si uxor maritum
suum in aliqua istarum nouena-
rum non adduxerit, in qualibet
nouena ueniat iurare, quod mari-
tus suus adhuc in termino non
est»; *Fuero de Béjar*, 713; *Fuero
de Zorita de los Canes*, 475; *Fue-
ro latino de Teruel*, 183; *Fuero
romance de Teruel*, 189 y *Carta
Puebla de Albarracín*, 62 bis.

Fuero de Soria, 135: «e si non
yure con un uezino...», «que ella
trabajo quanto pudo en saber uer-
dat do era e quello non pudo sa-
ber, e si lo sopo, que era en lugar
que ella non gelo podie fazer sa-
ber o el non podie llegar maguer
lo sopiesse que ella gelo fiziesse sa-
ber, e sea creyda...»

viniese su marido, debe pagar la pena del 'ençeramiento', es decir, cinco sueldos ¹⁷⁹.

Puede ocurrir que el marido venga dentro de los plazos señalados, bien por sí mismo o a instancias de la mujer. En el supuesto de que no satisfaga inmediatamente la deuda y vuelva a marcharse de la ciudad, las consecuencias son las siguientes: la mujer, y de igual forma quien estuviese en posesión de sus bienes, ya no es 'emplazado' en lugar del deudor, sino que debe responder, y el demandante puede prender hasta que la mujer haga efectiva la deuda o responda en vez de su marido. Sin variantes establecen este derecho los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia y Teruel-Albarracín. Igual solución encontramos en el Fuero de Soria, pero el supuesto considerado es diverso: la ausencia del marido, finalizado el plazo ¹⁸⁰.

Debemos ocuparnos ahora de una serie de posibilidades en las que puede encontrarse el deudor ausente del término y que pueden ser invocadas por la mujer o por aquel que posea sus bienes y contra el cual se dirige el acreedor. Cuando concurre en el deudor alguna de estas circunstancias, el régimen anterior se modifica en parte, puesto que supone una alteración del plazo dentro del cual se debe responder. Esas posibilidades, a las que nos referimos, reguladas en los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia, Teruel, Soria, Alcalá de

¹⁷⁹. *Fuero de Cuenca*, 580 (=XXIII, 4). De uxore que ad placitum non uenerit iurare. «Si uero ad ista placita non uenerit iurare, pignoret querimoniosus cotidie in domo sui debitoris, donec pecuniam suam recuperet, uel illud quod sibi debebatur, si uxor manifesta fuerit»; *Fuero de Béjar*, 714; *Fuero de Zorita de los Canes*, 475; *Fuero latino de Teruel*, 183; *Fuero romance de Teruel*, 189 y *Carta Puebla de Albarracín*, 63.

¹⁸⁰. *Fuero de Cuenca*, 595 (=XXIII, 9). De marito qui uenerit ad placitum. «Si in supra-

Fuero de Soria, 135. «Et por qual quier delos dos plazos primeros que yurar non quisiere o su marido non uiniere a responder, que peche la pena del ençeramiento...».

Fuero de Soria, 135: «Et si el marido non uiniere, faga se ella duen del pleyto e responda por el;

Henares, Coria, Cáceres y Usagre, son las siguientes: que el marido haya ido a la corte del rey, romería, hueste (expedición militar), negocios, caza, o que se halle prisionero, enfermo o, finalmente, que haya muerto. Cabe dudar, en este orden de cosas, de la originalidad del derecho de Cuenca-Teruel, en cuanto que parecidas soluciones encontramos en otro fuero de la región más antiguo—en el de Medinaceli (1129)—, aunque a propósito de una situación distinta. Se contempla la imposibilidad de dar 'otor'—(dar otor: se alude al acto de presentar testigo o persona que corrobora, atestigua, confirma un negocio jurídico)—por encontrarse éste fuera del término, en romería, 'cavalgada', en viaje de negocios, o bien, enfermo; el obligado a dar 'otor' debe jurar que es cierto lo que afirma y se espera al 'otor' hasta su vuelta, que debe coincidir con la de sus compañeros, o hasta que sane ¹⁸¹.

Primer caso: que el deudor haya ido a la corte del rey o en romería. En estas circunstancias el acreedor debe esperar hasta que el deudor regrese; la mujer del deudor, en conse-

dictis placitis maritus uenerit per se, aut uxor eum adduxerit, et statim debitum non soluerit, uel querimonioso non satisfecerit et a ciuitate recesserit, nullus de cetero pro eo intret in placitum; immo querimoniosus pignoret cotidie, donec uxor debitum persolaut, uel uoce mariti satisfaciatur; *Fuero de Béjar*, 718; *Fuero de Zorita de los Canes*, 480; *Fuero de Plasencia*, 261; *Fuero latino de Teruel*, 186; *Fuero romance de Teruel*, 192 y *Carta Puebla de Albarracín*, 63 bis.

e lo que ella fiziere o razonare en aquel pleyto senmalado por que fue enplazada, uala».

181. *Fuero de Medinaceli* (1129). «Qui oviere á dar octor connombrelo, si fuere en termino, dé lo á nueve dias; et si non fuere en termino, iure que non lo fayla, et diga ó fué en romaria, ó en cavalgada, o en recua, et sea á su venida, et de sus companeros; et si enfermo fuere fata que sane, et de pues que viniere, ó sanare, del dia que ielo demandare á nueve dias, délo por acutor, et si non lo diere, cayas; et otro tal fuere aya qui testigo connombre» (ed. cit., pág. 439).

cuencia, no responde. El efecto señalado aparece en todos los fueros, pero sus redacciones son muy distintas. Coinciden textualmente los Fueros de Cuenca, Béjar, y Zorita de los Canes ¹⁸². La redacción del Fuero de Plasencia se aparta de la de Cuenca, es más arcaica, más casuística y debe ponerse en relación con la familia de Cima-Côa, Coria, Cáceres y Usagre —que contempla el supuesto no exactamente desde el punto de vista de la responsabilidad de la mujer en ausencia del marido, no siendo posible hablar de influencia de Cuenca y Teruel—, con la que coincide al señalar los plazos dentro de los cuales debe volver al deudor que ha ido en romería ¹⁸³. A su vez el Fuero

182. *Fuero de Cuenca*, 597 (=XXIII, 11). De debitore profecto ad regem. «Si uxor, aut filii, qui bona debitoris habuerint, dixerint, debitorem in termino non esse, quia profectus est ad regem, uel ad peregrinationem, seu ad uenandum, expectet querimoniosus aduentum eius»; *Fuero de Béjar*, 720 y *Fuero de Zorita de los Canes*, 482.

183. *Fuero de Usagre*, 231. Qui ouier aduzir a otro a plazo. «Tod omme que ouier aduzier a otro a plazo, adugalo del termino a tercer día. Et de fuera de termino a IX días. Et si lo non aduxiere, iure que fue buscarlo et lo non pudo fallar. Et trayalo fata otros IX días. Et assi faga fata III^{es} IX días iurando que lo ua buscar et lo non puede fallar. Et si iurar non quisiere o a plazo non lo quisiere adozir faga la uoz. Et si dixerit: «arrafala es o en caualleria», iure que alla es, et adugalo a la descamia. Sin autem, respondat. Et si dixerit: «pastor es», iure que pastor es, et sperelo fata las entradas o a las exidas, et delo a derecho. Et de fonsado o de aceria cononbre adalil et iure que alla es, et a la uenida del adalil o de la senna, delo a derecho; si non, responda. De iherusalem fata I. anno. De roma fata medio anno. De san gil a III.

Fuero de Plasencia, 263. «Si la mugier olos fijos, o que su buena del debdor ouiere, et dixiere que el debdor non es en término, ca ydo es al Rey, o en roma. Si fuere en romeria a roma uenga a medio anno. Si algun lograr ultra portos fuere, uenga fasta tres meses. Si sasici ague a XXX días. Si fuere a iherlm, aya un anno. Auenacion esperenle. Del Rey asu uenida...»

de Plasencia y el Fuero de Teruel coinciden en presentar en un solo precepto una serie de supuestos que en el Fuero de Cuenca son objeto de preceptos diferentes ¹⁸⁴. El Fuero de Soria no supone en este caso una reelaboración del derecho de Cuenca-

meses. De rocamador a II. meses
De sancto saluatore a III. selmanas. Et de catiuo a I. anno, si ante non saliere. Et por esto iure con I. uezino que alla es o dize. Et por esto non se modro. Toq omme que torna fiziere de tierra de moros o de xristianos, el contentor adugalo las bestias yaciendo. Et si dixerit: «ido es a uenado o a monte», iure que non sabe su posada et conombre companneros con quien fue, et a la uenida de sus companneros adugalo»; *Fuero de Cáceres*, 220; *Fuero de Coria*, 224. Las relaciones de este último fuero con la familia de Cima-Côa: *Costumes e Foros de Alfaiates*, 235; *Costumes e Foros de Castel-Rodrigo IV*, 23; *Costumes e Foros de Castello-Melhor*, 153 y *Costumes e Foros de Castello-Bom*, 224.

184. *Fuero romance de Teruel*, 194. De aquel que dirá qu'el debdor no es en término. «Mas si la muger o los fijos o el que terná los bienes del debdor dirá qu'el debdor no es en término, que ydo es a la cort del sennor Rey o en romería o en caualgada o en requiería o uenación, el quereloso espere fasta que uenga aquel debdor; enpero, jurando primeramente la muger que su marido non se fué por miedo de aquel debdo et que no le abie pan ni otra biuanda en qual quiere lugar que será de fuera de la villa. Mas quando dirá que es en la cort del sennor Rey o en romería o en uenación o en requiería o en caualgada, espere fasta que aquellos conpanyeros uengan con los quales aurá ydo, como es dicho. Mas si dirá que es en caualgada o en hueste o encara en requiería, connombre al cabdiello con qui aurá ydo o el adalid, et si fuere ydo en requiería, connombre el exea con qui aurá ydo, et el quereloso espere fasta que uengan los auant dichos conpanyeros et con ellos el debdor, como es fuero...»; *Fuero latino de Teruel*, 188 y *Carta Puebla de Albarracín*, 63 bis.

Teruel: prohíbe, simplemente, 'emplazar' a quien, cumpliendo una misión del concejo, se encuentra en la corte del rey o en otra parte ¹⁸⁵. Un procedimiento distinto se establece en el Fuero de Alcalá de Henares: el marido deudor antes de ausentarse debe comunicarlo al juez ¹⁸⁶.

Segundo caso: que el deudor se encuentre en hueste o en viaje de negocios. Las consecuencias son las mismas que en el primer caso ¹⁸⁷. Los Fueros de Plasencia, Teruel-Albarracín, Coria, Cáceres y Usagre presentan una redacción diferente a la de Cuenca ¹⁸⁸.

Tercer caso: que el deudor se halle cazando. De igual forma que en los casos anteriores, el acreedor debe esperar el regreso del deudor. Sin embargo, en este caso concreto los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes y Plasencia exigen que la mujer del deudor jure que no envía a su marido pan ni otros alimentos ¹⁸⁹. Pero el Fuero de Teruel-Albarracín exige

185. *Fuero de Soria*, 132. «Omne que fuere ydo en mandaderia del concejo al rey o a otra parte qual quier, non ssea emplazado ni llamado a pleyto fasta que uenga de la mandaderia; e si entre tanto fuere ençerado, non uala el en ençerramiento».

186. *Fuero de Alcalá de Henares*, 23. Si el marido quisiere exir de la vila por cueta. «Si el marido quisiere exir de la vila por cueta que oviere o por ir en romeria o en oltra mar, vaia al iudez e fagal concio, et parta con su mulier, e taien luma; e hasta que torne a sua mulier, non responda por so marido la mulier a ninguno ome».

187. *Fuero de Cuenca*, 598 (=XXIII, 12). De profecto in hostem. «Similiter si in hostem aut in arrequam dixerit esse profectum»; *Fuero de Béjar*, 720 y *Fuero de Zorita de los Canes*, 483.

188. *Fuero de Plasencia*, 263. «... Otrosi si en hueste, o en romeria dixiere que es espere asu uenida. Quando dixiere que auenar es ido esperel como dicho es iurando su mugier que do quier que el sea quel non enuiara pan ni con ducho ninguno. Si dixiere que es en requa espere ala tornada del requero. Si en hueste assu uenida del adalid, o de sus conpannos. Mas despues quel requero ueniene o el adalid, o sus conpanneros del fonssado o de la hueste et el debdor non uiniere el quereloso prende en casa del debdor fasta que aya derecho o su debdo recombren»; *Fuero romance de Teruel*, 194, vid. nota 184; *Fuero de Cáceres*, 220, y *Fuero de Usagre*, 231, vid. nota 183.

189. *Fuero de Cuenca*, 599 (=XXIII, 13). De profecto ad uenatum. «Cum autem dixerit eum ad uenandum isse, expectet eum, ut dictum est, jurando tamen uxor, quod ubicumque ipse sit, non mit-

ese juramento tanto en este caso—caza—como en otros supuestos antes examinados, es decir, corte del rey, negocios o hueste¹⁹⁰. Es evidente que el objeto de este juramento guarda relación—se deduce de la redacción de Teruel y Albarracín—con aquel otro al que estaba también obligada la mujer y que se refería a que el marido no se había ausentado de la ciudad para eludir el pago de la deuda; el envío de alimentos por la mujer al marido podría implicar que éste se encontrase oculto en cualquier lugar y, en suma, que hubiese huído para no responder de la deuda. De otra parte, tal como aparece redactado el Fuero de Teruel-Albarracín y el de Plasencia—nos referimos al hecho, ya apuntado, de que aparezcan regulados en un solo precepto todos los supuestos considerados y no en párrafos independientes como ocurre en Cuenca, Béjar y Zorita de los Canes—, hace pensar en la posibilidad de que sus redacciones sean anteriores a la que actualmente conocemos de Cuenca. En efecto, el redactor de Cuenca ha separado los diferentes casos examinados, y en el último de ellos—caza—dispone que la mujer jure que no envía alimentos a su marido, como algo privativo de este supuesto. Pero esta disposición no es correcta. No hay diferencia alguna entre que la mujer del deudor argumente en contra el acreedor basándose en el hecho de que su marido se encuentra en la corte del rey, negocios, expedición militar o cárcel para que sólo en este último caso se le exija que jure la verdad de lo que afirma y que además no le envía alimentos. Este juramento procede en todos los supuestos indicados. En una línea independiente, Coria, Cáceres y Usagre también contemplan la posibilidad de que el obligado a presentar a otro dentro de un plazo no pueda conseguirlo por hallarse éste en el monte o de caza¹⁹¹.

En relación con los supuestos considerados se establece un término final dentro del cual el deudor debe volver a la villa. En este sentido los Fueros de Cuenca y Zorita de los Canes pre-

tat ei panem, nec victualia aliqua»; *Fuero de Béjar*, 721; *Fuero de Zorita de los Canes*, 484 y *Fuero de Plasencia*, 263.

190. *Fuero romance de Teruel*, 194, vid. nota 184.

291. *Fuero de Cáceres*, 220; *Fuero de Usagre*, 231 y *Fuero de Coria*, 224, vid. nota 183.

vén que el deudor se encuentre en 'requería' ¹⁹² o en una expedición militar; en uno y otro caso el deudor debe volver necesariamente cuando lo haga el jefe o sus compañeros de expedición ¹⁹³. El Fuero de Béjar suprime la primera parte del precepto y, por tanto, sólo contempla, en el mismo sentido que Cuenca y Zorita, el caso de que el deudor se halle en una expedición militar, a pesar de que su rúbrica se refiere a ambos ¹⁹⁴. A diferencia de este derecho, los Fueros de Teruel-Albarracín regulan, desde este punto de vista, todos los casos vistos anteriormente y disponen como regla general que el acreedor espere al deudor hasta que regresen sus compañeros de viaje; exigen, además, cuando se trata de expediciones colectivas, que se designe por su nombre el jefe—caudillo o «adalid» de la expedición militar o 'exea' de la comercial—de la expedición en la que participe el deudor ¹⁹⁵. Como es posible observar, el derecho de estos fueros es más lógico que el de Cuenca, precisamente por estar más desarrollado. Finalmente, los Fueros de Coria, Cáceres y Usagre—si bien desde el punto de vista ya indicado—contemplan tres casos: el «fonsado» o expedición militar, «açaria» ¹⁹⁶ y cacería; en los dos primeros se designa el «adalid», y el regreso de éste marca el momento final; en el tercero se nombran los compañeros con los que fue de caza el que

192. 'Requería': «Viaje o expedición pacífica de comerciantes a tierra de moros, bajo la guía del exea»; cfr. M. GOROCH: *El Fuero de Teruel*, cit., v. «requa».

193. *Fuero de Cuenca*, 600 (=XXIII, 14). De profecto in negotiatione. «Cum uero dixerit isse in arrequam, expectet reditum acxée; si in hostem, expectet aduentum conducis, uel aliorum sociorum illius»; *Fuero de Zorita de los Canes*, 485.

194. *Fuero de Béjar*, 722. Del que es ido en requa e que espere. «Si dixierè que es ido en requa espere la uenida del adalil o delos companeros del».

195. *Fuero romance de Teruel*, 194, vid. nota 184.

196. La voz «açaria» se ha interpretado de distinta manera. MUÑOZ: *Colección*, I, cit., pág. 475, la define como «servicio que prestaban los pueblos haciendo y protegiendo el corte de maderas y leña en los bosques y montes limítrofes a las tierras que ocupaban los moros»; EGUILAZ: *Glosario etimológico de las palabras de origen oriental* (Granada, 1886), pág. 320, como «presa o botín hecho por un cuerpo de caballería que llevaba el mismo nombre».

debe ser «emplazado». Los términos en que se expresan estos fueros son los siguientes: «E de fonsado e de açaria cononbre adalil... et a la uenida del adalil... delo a derecho... Et si dixerit: ido es a uenado o a monte... cononbre companneros... et a la uenida de sus companneros adugalo», los cuales, evidentemente, nos recuerda más el derecho de Teruel-Albarracín que el de Cuenca ¹⁹⁷.

El hecho de que el deudor no retorne a la villa en el momento señalado presupone una voluntad fraudulenta en relación con el principio que informa la materia de que haya huído para no pagar la deuda y, en consecuencia, se autoriza al acreedor a tomar prenda en casa del deudor hasta que se le responda. En este sentido los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia y Teruel-Albarracín; la redacción de este último Fuero es casi semejante a la de Cuenca, pero no exactamente igual ¹⁹⁸. Los Fueros de Coria, Cáceres y Usagre; con las peculiaridades que implica el supuesto considerado por estos fueros, se orientan en la misma dirección ¹⁹⁹.

Una situación que consideran las fuentes es la del deudor advertido por el acreedor de que debe satisfacerle la deuda antes de ausentarse de la villa. El procedimiento a seguir en este caso es el siguiente: el acreedor debe atestiguar la presencia del deudor en la villa ante tres vecinos o ante los alcaldes (Fueros

197. *Fuero de Coria*, 224; *Fuero de Cáceres*, 220 y *Fuero de Usagre*, 231, vid. nota 183.

198. *Fuero de Cuenca*, 601 (=XIII, 15). Cum iudex redderit siue condux. «Nam postquam acsea uenerit, siue condux, aut socii exercitus, siue expeditionis, et debitor non uenerit, querimoniosus pignoret in domo debitoris, donec habeat directum, aut debitum recuperet»; *Fuero de Béjar*, 723; *Fuero de Zorita de los Canes*, 486 y *Fuero de Plasencia*, 263.

Fuero romance de Teruel, 194. «... Enpero, a saber es que, después que aquellos conpanyeros uengan, asín como es cabdiello o adalil o exea o los otros conpanyeros, si el debdor con ellos non uerná, el querelloso peyndre cada día en casa del debdor fasta que cobre todo el deudo o aya derecho d'él, segunt del fuero»; *Fuero latino de Teruel*, 189 y *Carta Puebla de Albarracín*, 63 bis.

199. *Fuero de Coria*, 224; *Fuero de Cáceres*, 220 y *Fuero de Usagre*, 231, vid. nota 183.

de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes y Plasencia) o ante dos vecinos (Fueros de Teruel-Albarracín) y advertirle de su obligación antes de emprender su viaje. En caso contrario, los efectos son semejantes a lo que producía el supuesto considerado en el párrafo anterior, es decir, nadie, ni la mujer ni los hijos, es 'emplazado' en lugar del deudor, y el acreedor prenda en casa de éste hasta que haga efectivo su crédito o reciba enmienda de su derecho ²⁰⁰.

Cuarto caso: que el deudor se encuentre prisionero. Regulan el supuesto los Fueros de Alfambra, Coria, Cáceres, Usagre, Plasencia, Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes y Teruel-Albarracín. El Fuero de Alfambra, de un lado, y los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes y Teruel-Albarracín, de otro, representan soluciones extremas de la cuestión. En efecto, el Fuero de Alfambra exime de responsabilidad a la mujer durante el tiempo que el marido permanezca en la prisión ²⁰¹. En cambio, los Fueros de Cuenca y Teruel-Alba-

200. *Fuero de Cuenca*, 606 (=XXIII, 20). De debitore premonito. «Si debitor ad regem uel in arrequam, aut in aliis negotiis ire uoluerit, et antequam exeat, querimoniosus illum testificari potuerit cum tribus uicinis, uel duobus alcaldibus, monendo eum ut debitum persoluat; et si antequam recedat, debitum non soluerit, pignoret querimoniosus cotidie deinceps in domo debitoris, nec exeat ad forum uxori, nec cuiquam alii, donéc suam pecuniam recuperet»; *Fuero de Béjar*, 728; *Fuero de Zorita de los Canes*, 491 y *Fuero de Plasencia* 266.

Fuero romance de Teruel, 196. «... Otrosí, si el debdor al Rey o en rroquarla o en otros de los auant dichos lugares querrá yr, et antes que yexa de la uilla el querelloso con dos uezinos lo podrá testoguar, amonestándole que lo pague el debdo, et si antes que se uaya non lo pagará aquel debdo o non le emendará al querelloso, el querelloso peyndre cada día en casa de su debdor, et el querelloso non yxca a fuero a lamuger ni a los fijos del debdor ni a ninguno fasta que cobre todo su debdo o reciba enmienda segunt del fuero, enpero, prouando esto con los testigos sobre dichos»; *Fuero latino de Teruel*, 191 y *Carta Puebla de Albarracín*, 64.

201. *Fuero de Alfambra*, 22. De omne que esta catiuo. «Uezino de Alfambra que sera catiuo su muger non peche el estando biuo en catiuo».

rracín establecen la responsabilidad inmediata de la mujer ²⁰². Un sistema peculiar, en este orden de cosas, se contiene en los Fueros de Coria, Cáceres y Usagre al establecer la responsabilidad de la mujer del deudor después de transcurrido un período de tiempo determinado desde el comienzo de la situación de prisión del marido: medio año en Coria y un año en Cáceres y Usagre; estos plazos habían sido previstos ya en los fueros de la familia Cima-Côa: el primero en las Costumes e Foros de Castello-Bom y el segundo en Castel-Rodrigo y Castello-Melhor ²⁰³. El Fuero de Plasencia se aparta sensiblemente del derecho de Cuenca-Teruel; en parte sigue el sistema de Coria, Cáceres y Usagre y en parte también aporta al problema soluciones propias: la mujer del deudor responde pasado un año de la prisión de éste, pero de sus deudas propias en todo momento ²⁰⁴.

Es evidente que en esta variedad de soluciones es posible ver una evolución del derecho. Una primera fase sería la del Fuero de Alfambra. En la familia de Cima-Côa se inicia una tendencia contraria que es continuada en Coria, Cáceres, Usagre y Plasencia. Por último, los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes y Teruel-Albarracín podrían representar el mo-

202. *Fuero de Cuenca*, 602 (=XXIII, 16). De debitore captiuo. «Si uxor debitoris dixerit, maritum suum esse captiuum, aut infirmum, aut mortuum, statim respondeat uoce illius»; *Fuero de Béjar*, 724, y *Fuero de Zorita de los Canes*, 487.

Fuero romance de Teruel, 195. De la muger, que deue responder por su marido. «Mas si por auentura la muger del deudor dirá que su marido es catiuo o muerto, la muger luego responda en uoz de su marido»; *Fuero latino de Teruel*, 190; *Carta Puebla de Albarracín*, 64.

203. *Fuero de Coria*, 224; *Fuero de Cáceres*, 220 y *Fuero de Usagre*, 231, vid. nota 183.

204. *Fuero de Plasencia*, 264. «Si la mugier del debdor dixiere que su marido es catiuo aya espacio de un anno, et todos los debdres respondan ala mugier et ella anadi. Et ante del anno uiniere el marido por si responda, et la mugier por su debdo proprio siempre responda et muerto fuere luego responda en uoz del. Si dixiere que es enfermo aya espacio de XXX dias, et estos dias passados si el debdor non uiniere responda por el. Et si alguna destas sobre pusiere iure que uerdat dize et sea creyda».

mento final de esa evolución. El Fuero de Heznatoraf reacciona contra el Fuero de Cuenca al disponer que la mujer del deudor prisionero responda pasados treinta días del comienzo de la prisión²⁰⁵. De otra parte, no es fácil inducir cuál haya sido la razón de ser de la evolución señalada; en todo caso el derecho que comienza en Coria responde a una mayor protección y garantía de los intereses de los acreedores.

Todos los casos vistos hasta ahora, así como las soluciones a los mismos, presuponen que el marido deudor se encontrase fuera del término y, en consecuencia, también fuera de la villa. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el marido deudor se encuentra fuera de la villa, pero dentro del término? Sólo en los Fueros de Teruel-Albarracín se ha previsto el supuesto: se concede a la mujer del deudor un plazo de tres días para que avise al marido, pasado el cual viene obligada a responder²⁰⁶.

205. *Fuero de Heznatoraf*, 559. Del debdor catiuo o enfermo. «Si la muger del debdor dixiere que su marido es catiuo o enfermo, aya plazo de treynta dias e a estos XXX dias passados, si el debdor non viniere, rresponda por el. E quando alguna destas acusaciones pusiere, jure que dize verdat e sea creyda...».

206. *Fuero romance de Teruel*, 188. De la muger que dirá que su marido no es en la uilla. «Mas si por aventura la muger dirá que su marido no es en la uilla mas que es en término, sean le dados tres días de espacio que lo aduga al plazo. Et si al plazo non lo adurá, responda en uoz de su marido»; *Fuero latino de Teruel*, 182 y *Carta Puebla de Albarracín*, 62 bis. Los Fueros de Cuenca, Béjar y Zorita de los Canes también prevén el caso de que el deudor se encuentre en el término y disponen que nadie sea 'emplazado' en su lugar y que el acreedor tome diariamente prenda hasta que consiga recuperar su deuda. *Fuero de Cuenca*, 596 (=XXIII, 10). De debitore qui fuerit in termino. «Verumptamen pro debitore qui in termino fuerit, nullus intret in placitum set pocius pignoret querimoniosus omni die, donec habeat directum, uel debitum recuperet»; *Fuero de Béjar*, 719 y *Fuero de Zorita de los Canes*, 481. Pero, como puede observarse, se trata de un supuesto diferente al que nos hemos planteado, en el que para nada se habla de la responsabilidad de la mujer; una buena prueba de ello es que se contiene también en *Fuero romance de Teruel*, 193; *Fuero latino de Teruel*, 187 y *Carta Puebla de Albarracín*, 63 bis. De otra parte, el *Fuero de Plasencia*, 262 difiere también en el supuesto: regreso del deudor, que se encontraba en el término y que no responde inmediatamente al acreedor: «Otrossi por el debdor que de termino al plazo uiniere, si

Quinto caso: que el deudor se encuentre enfermo. En este supuesto los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia y Teruel-Albarracín conceden a la mujer del deudor un plazo de treinta días, pasado el cual, si el marido no sana, debe responder en lugar de él. La redacción de Teruel-Albarracín presenta variantes en relación con Cuenca en cuanto que prevé la posibilidad de que el deudor, antes de transcurrir esos treinta días, vaya a la iglesia—posible alusión a la costumbre de que la primera salida de los que han estado enfermos fuese a la iglesia—; el efecto jurídico de ese acto, siempre que pudiera probarse, es la responsabilidad inmediata del deudor²⁰⁷. Con respecto a los Fueros de Coria, Cáceres y Usagre, una vez más es imposible hablar de la influencia en ellos del derecho de Cuenca-Teruel. Al regular el supuesto de que el 'emplazado' enferme, establecen su exención de responsabilidad hasta que sane de su enfermedad²⁰⁸.

luego el debdo non diere o al quereioso a derecho non estudiere, nadi non entrare en plazo mas cada dia prende fasta que aya derecho o conbre so auer».

207. *Fuero de Cuenca*, 603 (=XXIII, 17). De debitore infirmo. «Tamen cum dixerit eum esse infirmum, habeat spatium triginta dierum, et iis diebus transactis, si debitor non uenerit, ipsa respondeat pro eo. Et cum aliquam istarum occasionum proposuerit, iuret se uerum dicere, et credatur ei»; *Fuero de Béjar*, 725; *Fuero de Zorita de los Canes*, 488 y *Fuero de Plasencia*, 264.

Fuero romance de Teruel, 196. Del omne que es enfermo. «Enpero, si la muger dirá que su marido es enfermo, aya XXX días de espacio, segunt del fuero; et, estos días pasados, si non uerná al plazo, la muger luego responda en uoz de su marido. Mas si el deudor antes de XXX días yrá a la iglesia et prouado'l será, luego responda o enmiende al querelloso. Et más espacio de XXX días no ayan los enfermos, o sean en término o fuera de término. Mas a saber es que, quando la mujer alguna d'estas ocasiones proporná, jure que dize uerdat e sea credida...»; *Fuero latino de Teruel*, 191 y *Carta Puebla de Albarracín*, 64.

208. *Fuero de Usagre*, 232. Qui ouier a traer omme a plazo «Tod omme que entrare en plazo por otro omme aduzir a plazo, et enferma-

Sexto y último caso: que el deudor haya muerto. Sin variantes los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes y Teruel-Albarracín ordenan que la mujer responda en lugar de su marido difunto ²⁰⁹.

El procedimiento que acabamos de examinar era el seguido, como indicábamos al principio, en el supuesto de que la mujer del deudor fuese 'manifiesta', es decir, que reconociese la deuda del marido. Pero puede ocurrir que la mujer adopte la postura contraria. ¿Cuál es el procedimiento a seguir? Los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia y Teruel-Albarracín disponen que la mujer responda en lugar del marido. Pero esto, así en principio, no es una solución lógica. Debe interpretarse en el sentido de que tal responsabilidad será efectiva después de que la mujer sea demandada y vencida por el acreedor ²¹⁰.

Finalmente, conviene formularse una pregunta que ha quedado en el aire, es decir, buscar cuál sea la razón de que la mujer responda de las deudas contraídas por el marido ausente. La cuestión es por demás interesante, sobre todo si se tiene en cuenta que en el derecho de Cuenca-Teruel, el que más ampliamente se preocupa de regular la materia, no se distingue entre deudas propias del marido y deudas comunes al matrimonio. Una disposición que estableciese la responsabilidad de la mujer sólo en el caso de deudas comunes sería lógica si tal responsabilidad le

re, uenga qui los pennos quisiere sacar et iure que enfermo iaz, et sin arte, et quando sanare, responda»; *Fuero de Cáceres*, 221 y *Fuero de Coria*, 225. Sus correspondencias con Cima-Côa: *Costumes e Foros de Castel-Rodrigo V*, 51; *Costumes e Foros de Castello-Melhor*, 207 y *Costumes e Foros de Castello-Bom*, 225.

209. *Fuero de Cuenca*, 602 (=XXIII, 16); *Fuero de Béjar*, 724; *Fuero de Zorita de los Canes*, 487; *Fuero latino de Teruel*, 190; *Fuero romance de Teruel*, 195 y *Carta Puebla de Albarracín*, 64, vid. nota 202; *Fuero de Plasencia*, 264, vid. nota 204.

210. *Fuero de Cuenca*, 591 (=XXIII, 5). De uxore debitoris que manifiesta non fuerit. «Si autem uxor debitoris non fuerit manifesta, respondeat in uoce debitoris, et quicquid querimoniosus cum ea fecerit, firmum sit ac stabile»; *Fuero de Béjar*, 715; *Fuero de Zorita de los Canes*, 476; *Fuero de Plasencia*, 258; *Fuero latino de Teruel*, 183; *Fuero romance de Teruel*, 189 y *Carta Puebla de Albarracín*, 63.

afectase por el sólo hecho de poseer los bienes del marido. Lo que ocurre en realidad es que no existe diferencia alguna entre deudas del marido y deudas del matrimonio. Con base en el Fuero de Soria es posible afirmar que toda deuda contraída por el marido se presupone común al matrimonio ²¹¹.

25. Los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia y Teruel-Albarracín contemplan, sin variaciones, un nuevo problema en relación con la cuestión que estudiamos: la responsabilidad en el caso de que huya o muera el cristiano o el judío que ha recibido un préstamo de un judío o de un cristiano. Las deudas que como consecuencia de un préstamo se contraen entre judíos y los cristianos quedan sometidas a un régimen jurídico especial distinto del hasta ahora examinado, en cuanto que la mujer y los hijos del deudor sólo responden de la deuda si al tiempo de recibir el dinero se hubiesen obligado solidariamente con aquél ²¹².

En otra ocasión, al plantearnos la razón de ser de este régimen especial, creímos ver en él una consecuencia de un derecho más antiguo en el que la comunidad hereditaria no respondía de las deudas del causante sino en el caso que hubiera sido convenido. Sin que en realidad signifique desvalorizar esta hipóte-

211. *Fuero de Soria*, 400. «Si el marido fiziere debda o ffiadura despues que el e su mugier fueren ayuntados por casamiento e ouieren tomado bendiciones, do quier que la faga paguenla de consouno...».

212. *Fuero de Cuenca*, 704 (=XXIX, 18). De stipulationibus xristianorum et iudeorum. «Si xristianus iudeum pro sua peccunia debitorem receperit, et iudeus uxorem aut filios habuerit, faciant se debitores cum eo. Quia si debitores se non fecerint, et iudeus debitor obierit aut fugerit, uxor nec filii eius pro debito illo minime respondebunt. Si autem xristianus, ut dictum est, eos receperit debitores, et iudeus obierit aut fugerit, uxor et filii debitum illud persoluant. Similiter si iudeus pro peccunia sua xristianum debitorem receperit, et uxor aut filii se debitores cum eo non fecerint, non respondeant iudeo pro debito illo si forte xristianus obierit aut fugerit. Si autem debitores se fecerint, pectent cum necesse fuerit»; *Fuero de Béjar*, 874 y 875; *Fuero de Zorita de los Canes*, 593; *Fuero de Plasencia*, 340 y 341; *Fuero latino de Teruel*, 425; *Fuero romance de Teruel*, 554; *Fuero latino de Albarracín*, 481, y *Carta Puebla de Albarracín*, 176.

sis ²¹³, quizá la cuestión sea más sencilla, siendo posible ver su causa en la naturaleza misma, de por sí peculiar, de las obligaciones nacidas de los préstamos entre los judíos y los cristianos ²¹⁴.

En relación con el derecho de Cuenca-Teruel, el Fuero de Molina exime de responsabilidad a la mujer por las deudas del marido, salvo cuando figure como deudora al mismo tiempo que aquél en el documento acreditativo de la deuda ²¹⁵. Podría pensarse—cronológicamente ello es posible—en una generalización de aquel derecho a toda clase de personas. Sin embargo, nos inclinamos a ver en el derecho del Fuero de Molina, de un lado, un trato de favor de la mujer, ya que sólo responde de las deudas contraídas con su consentimiento; de otro, un derecho más desarrollado—la disposición es de fines del siglo XIII—, en el que la 'carta' o documento era necesario para la reclamación del pago de deudas.

b') *Pago de deudas disuelto el matrimonio.*

26. Disuelto el matrimonio, normalmente por la muerte de uno de los cónyuges, sobre el supérstite y los herederos del premuerto pesa la obligación de satisfacer las deudas existentes. Parece ser que la responsabilidad, en este caso, sólo recae sobre las deudas comunes. En este sentido los Fueros de Sepúlveda y Soria disponen que las deudas comunes—entendiendo por tales las contraídas por el marido durante el matrimonio y también por la mujer, siempre que haya sido autorizada por el marido, salvo aquellos casos examinados al ocuparnos de las incapacidades de la mujer casada, en los que no se requería esa autorización; en ningún caso la deuda ante-

²¹³. MARTÍNEZ GIJÓN: *La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el derecho medieval español*, cit., pág. 243.

²¹⁴. M. VALLECILLO AVILA: *Los judíos de Castilla en la Alta Edad Media*, en «Cuadernos de Historia de España», 14 (1950), pág. 79, recoge simplemente el precepto del Fuero de Cuenca, pero no se pregunta siquiera cuál sea la razón del mismo.

²¹⁵. *Carta de la infanta doña Blanca Señora que fue de Molina* (1283), vid. nota 169.

rior al matrimonio puede reputarse anterior al mismo ²¹⁶—sean pagadas «por meeta», bien por él cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto o bien, en el caso de que hayan muerto ambos cónyuges por los herederos de una y otra parte ²¹⁷. El mismo derecho se contiene en los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia y Teruel-Albarracín, en un precepto en el que se regula la partición, disuelto el matrimonio, entre los hijos del cónyuge muerto; la partición tiene lugar una vez pagadas las deudas comunes: *paccatis omnibus debitis de communi, que simul fecerint*, pero no se especifica quiénes son los obligados a responder de esas deudas, aunque se supone que lo sean el cónyuge viudo, de un lado, y los hijos del premuerto, de otro ²¹⁸.

Los Fueros de Coria, Cáceres y Usagre, al margen de los Fueros de Cuenca y Teruel, después de la muerte del marido, disponen que la mujer y los hijos respondan del pago de las deudas. Tal como aparece estructurada la responsabilidad de la mujer y de los hijos no es fácil inferir si recae sólo sobre las deudas comunes o también sobre las propias del marido muerto. En todo caso, el precepto restringe la responsabilidad, ya que las Costumes e Foros de Castel-Rodrigo, Castello-Mel-

²¹⁶. *Fuero de Soria*, 400. «... Et si ante que fuessen ayuntados por casamiento alguno dellos ffizo debda o ffiadura, paguela aquel que la ffizo; e ellotro ni sus bienes non ssean tenidos de pagar la».

²¹⁷. *Fuero de Sepúlveda*, 64a. «Otrossí, toda debda que marido con su muger fiziere, si alguno d'ellos muriere, péchenlo por meeta; e si amos murieren, páguenlo aquellos que ovieren de heredar su heredamiento, como dicho es»; Cfr. GIBERT: *Los Fueros de Sepúlveda. Estudio histórico jurídico* cit., pág. 489.

²¹⁸. *Fuero de Cuenca*, 213 (=X, 11). Item de particione. «Item si coniugati filios habuerint, et in uita non fuerint separati, et neuter eorum alios filios habuerit, cum alter obierit, paccatis omnibus debitis de communi, que simul fecerint, et etiam paccata helemosina de porcione-mortui et pannis funeris, filii, siue heredes diuidant inter se omnia bona mortui tam in mobili, quam in radice. Si filius decesserit, parens superstes hereditet bona illius, sicut iam dictum est. Si autem filius prolem habuerit, ea succedat ei, neque, pater, neque mater»; *Fuero de Béjar*, 239 y 240; *Fuero de Zorita de los Canes*, 195; *Fuero de Plasencia*, 466; *Fuero latino de Teruel*, 323; *Fuero romance de Teruel*, 430, y *Carta Puebla de Albarracín*, 145.

hor, Castello-Bom y el Fuero de Coria sólo la exigen en el caso de deudas, y las Costumes e Foros de Alfaiates y los Fueros de Cáceres y Usagre la niegan explícitamente en el supuesto de fianzas ²¹⁹. La exención de responsabilidad por las fianzas se había previsto con anterioridad en el Fuero de Calatayud. En efecto, en este fuero se distinguen dos clases de fianza: la de «mandamento» y la de «pecto»; independientemente del contenido de una y otra, aparece claro que, después de la muerte del fiador, nadie—mujer, hijos, parientes, es decir, sus posibles herederos—está obligado a responder por esa fianza ²²⁰.

En los Fueros de Cuenca y Teruel-Albarracín se regulan otros supuestos interesantes desde el punto de vista de la responsabilidad por deudas. Uno se refiere al pago de las deudas con posterioridad a la partición que tuvo lugar entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto. Sin variante los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes y Plasencia disponen que sea pagada por el sobreviviente y por los herederos en proporción a lo que cada uno hubiese recibido del causante. El precepto es por demás interesante: en él se establece, según las redacciones de Cuenca, Béjar y Plasencia, una responsabilidad *ultra vires hereditatis* del supérstite y de los herederos por las deudas no satisfechas antes de la partición: *et quamuis mortuus nichil habeat quod illi heredi-*

219. *Fuero de Coria*, 89. De omne que murier. «Si el marido morier non responde su muger ni sus hijos ni qui su buena heredar, sinon por deuda que deva. E el que tovier parientes huerfanos, con su buena respondal, e non se pare tras anno ni tras respuesta»; *Costumes e Foros de Castel-Rodrigo IV*, 18; *Costumes e Foros de Castello-Melhor*, 148 y *Costumes e Foros de Castello-Bom*, 87.

220. *Fuero de Calatayud*, 26. «Qui fuerit fidiator de mandamento post medio anno non respondeat. Qui fuerit fidiator de pecto quamdiu uixerit respondat; post mortem eius non respondat uxor eius, neque filii, neque, nullo parente per illo».

Fuero de Usagre, 99. Mulier non responder per fiadura nin filios. «Homo qui morierit non responde su mulier nin suos filios ni qui sua bona heredar nisi pro suo debito; et non respondan per otra fiadura, et los parientes que touieren los orphanos con sua bona respondan por el depdo, et non se paren tras anno neque tras respusa»; *Fuero de Cáceres*, 98 y *Costumes e Foros de Alfaiates*, 62.

tent, tamen habent respondere pro debito ipsius. En otro momento interpretamos este hecho en relación con el significado del Fuero de Cuenca en la evolución del derecho ²²¹. Ahora conviene tener en cuenta que sólo los Fueros de Béjar y Plasencia contienen idéntico derecho que Cuenca. El Fuero de Zorita omite el párrafo y el de Teruel-Albarracín el precepto ²²². Si en realidad se tratase de omisiones en relación a Cuenca, éstas habrían sido conscientes y significarían una reacción contra el derecho de ese precepto de Cuenca. Pero también cabe pensar en que unos y otros fueros se hayan inspirado en fuentes distintas. Y aun en el supuesto de fuentes comunes no se debe olvidar la erudición romanista del jurista redactor del Fuero de Cuenca.

Finalmente, el último supuesto considerado se refiere a la responsabilidad del cónyuge superviviente cuando el matrimonio se disuelve sin hijos. Los Fueros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes y Plasencia solucionan el problema disponiendo que el cónyuge sobreviviente responda de las deudas comunes. Una solución diferente nos brinda el Fuero de Teruel y el de Albarracín: las deudas comunes se dividen por mitad entre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto; de otra parte, se distingue entre deudas matrimoniales y deudas anteriores al matrimonio; de éstas responden los herederos del cónyuge

²²¹. MARTÍNEZ GIJÓN: *La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el derecho medieval español*, cit., pág. 251.

²²². *Fuero de Cuenca*, 218 (=X, 15). *De debito quod post partitionem remanserit.* «Si forte post partitionem aliquod debitum remanserit, superstes cum heredibus soluat illud secundum quantitatem illam quam quilibet de bonis defuncti acceperit. Et quamvis mortuus nichil habeat quod illi hereditent, tamen habent respondere pro debito ipsius...»; *Fuero de Béjar*, 245 y 246 y *Fuero de Plasencia*, 470.

Fuero de Zorita de los Canes, 199. *Debdo que depues dela partición fincare.* «Si por aventura, depues dela partición algun debdo fincara, el padre que finca con los herederos paguelo, segund aquella quantitat que cada uno recibio de los bienes del defunto...».

muerto.²²³ Una vez más es posible afirmar que el derecho de Teruel-Albarracín no es una copia simple del Fuero de Cuenca: sus variantes y sus peculiaridades hacen de él un derecho local con personalidad propia.

CONCLUSIONES

Nuestro trabajo ha tenido como base el conjunto de fueros de la primitiva Celtiberia—región, como ya antes indicábamos, situada a «caballo sobre el sistema montañoso ibérico y parte oriental del central, abarcando la provincia de Soria, el este de la de Segovia, la zona norte del Tajo desde Madrid hacia su nacimiento, la parte occidental de Aragón y el macizo montañoso de Teruel»²²⁴—y aquellos otros en conexión más o menos estrecha, con los de Cuenca y Teruel.

Es necesario ahora reunir la serie de datos que nos brindan las fuentes sobre las que hemos llevado a cabo nuestra investigación para tratar de precisar las relaciones que entre ellas existen. Las conclusiones que a continuación se exponen son aplicables exclusivamente a un punto concreto regulado

223. *Fuero de Cuenca*, 218 (=X, 15). «... uxor uero, siue maritus qui superuixerit, si filios non habuerit, soluat omne debitum quod simul fecerunt et non aliud»; *Fuero de Béjar*, 247; *Fuero de Zorita de los Canes*, 189 y *Fuero de Plasencia*, 470.

Fuero romance de Teruel, 432. De marido e de muger que fijos non ouieren. «Si por aventura el marido o la muger ensenble fijos non ouieren, quando alguno d'ellos muriere, aquel que romanesçrá, o sea marido o muger, pague la meytat de todo el debdo que ensenble fizieron, e non otra cosa, segunt del fuero. Mas aquellos herederos que los bienes del muerto heredarán paguen la otra meytat del auant dicho debdo, e si aquel muerto alguna cosa deuse por sí antes del casamiento, e la debda de la mortua, todo lo paguen los herederos de la part del muerto, como es dicho»; *Fuero latino de Teruel*, 324 y *Carta Puebla de Albarracín*, 146.

224. Vid. nota 65.

en esos fueros: el régimen matrimonial en su aspecto económico. Para unas conclusiones generales serían necesario el examen de todas las instituciones reguladas en los fueros.

I

El derecho del área estudiada—tal como hoy, a través de sus fueros nos es conocido—no es puesto por escrito sino tardíamente; de 1076 es el Fuero latino de Sepúlveda, el más antiguo que se conserva, y los restantes son mucho más tardíos. Es lógico pensar, sin embargo, que en esta región hubo ya alguna redacción antes de estas conocidas.

A) No han llegado a nosotros redacciones de ese derecho antiguo; pero esto no es suficiente para afirmar su inexistencia. Como vamos a ver, las hubo, y de ellas han quedado—en la materia concreta que aquí se estudia—algunos restos, como atestiguan el cotejo de los fueros tardíos de la región en puntos en que coinciden entre sí, sin guardar relación con la familia Cuenca. De este examen de los textos puede inducirse la existencia de redacciones 'primarias', más tarde aprovechadas en la formación de los fueros.

a) Compárense en primer lugar los siguientes textos:

F. Alcalá, 66

«Toda bona, de muble o de raiz, que ganaren o compraren marido e muglier, por medio la partan.»

F. Brihuega, 285

«Toda buena que compraren o ganaren marido et muglier, de mueble o de rayz: a la fin del uno partan la por medio.

F. Soria, 334

«Toda cosa que el marido e la mugier ganaren e compraren de consuuno ayan lo amos por medio. Et si fuere donadio de rey elo diere a amos, ayan lo amos por medio; et si lo diere al uno, ayalo solo a quel quien lo diere.»

Los Fueros de Alcalá de Henares, Brihuega y Soria nos presentan en estos textos una definición clara y concisa del

régimen de gananciales. De su redacción se deduce la existencia de un texto anterior que ha sido fuente de ellos. Si se prescinde del orden gramatical, podrá observarse que el texto es el mismo. La existencia de esas alteraciones gramaticales nos lleva a suponer que la redacción primitiva estaba escrita en latín y que se han producido al traducirse a la lengua romance. El último párrafo del Fuero de Soria no es más que una adición posterior al texto primitivo que, además, presenta cierta elaboración al especificar que las ganancias y adquisiciones de los cónyuges deben realizarse de «consuuno».

Veamos ahora la forma de regular la división de gananciales en los Fueros de Coria, Cáceres, Usagre y Cuenca.

F. Coria, 81

«Todo ome que conprar herencia o ovejas o qual cosa quier con su muger de su aver, entre la mugier en la mitad despues que fueren velados. E si la mugier conprar alguna cosa, así lo fagan de su aver, aya el marido la meatad. E si alguna cosa camiaeren así sea.»

F. Cuenca, 210 (= X,8)

«Cum maritus et uxor aliqua occasione abinuicem uoluerint separari, diuidant equaliter inter se quecumque simul acquisierunt et non aliud...»

La redacción de Coria, igual que la de Cáceres y Usagre, se asemeja más por su sencillez y generalidad a las ya vistas en Alcalá de Henares, Brihuega y Soria. Lo que extraña de la redacción del Fuero de Cuenca es el punto casuista del que parte para regular la división de gananciales: *cum maritus et uxor aliqua occasione abinuicem uoluerint separari*. Insisto en que el supuesto—la separación matrimonial—no debía de ser muy frecuente a fines del siglo XII y principios del XIII. Esta forma de plantear las cosas supone que el redactor de Cuenca tiene a la vista un caso o texto distinto. El precepto del Fuero de Cuenca se recoge en Teruel-Albarracín, Béjar, Zorita de los Canes y Plasencia, pero también en Soria 341. Ahora bien, el Fuero de Soria, en 334, regulaba, al igual que Alcalá de Henares y Brihuega, el régimen de gananciales. Esto implica

que el Fuero de Cuenca o su fuente ha sido tenido en cuenta en la redacción tardía que conocemos del Fuero de Soria, y que en este fuero es posible señalar diversos momentos en su elaboración.

b) Observemos ahora los textos que siguen:

M. Daroca, 86

«Maritus et uxor, si non habuerint filios, possint se ad invicem recipere in medietaten si voluerint. Hoc autem fiat in collatione sua die sabatto post vespuras, vel die dominica, post misam.»

F. Alcalá, 84

«Todo ome qui meter quisiere a su mulier en medietad o mujer a só marido, si filios non ovieren, vengán IIIos parientes de la una parte e IIIos de la otra, de los que ovieren a heredar, que foren en termino, et otorguen la carta en conceio mayor con ellos, et preste; e si esto non ficieren, non preste.»

F. Zorita, 218

El fuero de la unidat es este; por que la unidat sea firme et estable conuiene que sea fecha en conceio, o en la collación, et de todos los herederos que sea otorgada, así que ninguno dellos non sea absent. Ca si alguno alli present non fuesse o la contradixiesse alguno de los presentes non uale, ni es unidat.»

En la regulación del régimen económico de 'mitad', los textos de los Fueros de Daroca, Alcalá de Henares y Zorita de los Canes vienen a ser, con ligeras variantes, los mismos. El texto de Zorita de los Canes presenta una redacción muy singular; la institución regulada es la misma, el planteamiento diferentes. No es posible precisar si la redacción 'primaria' es la recogida en el Fuero de Daroca—quizá estuviese ya contenida en el Fuero de Soria desconocido, pero que junto con el de Daroca sirvió de base para la redacción del derecho de Caseda²²⁵—o bien otra desconocida. En todo caso, la existencia de un texto 'primario' aparece clara. Es evidente que la redacción de Daroca es la más sencilla. Aceptando la primera hipótesis resultaría que un texto basado o derivado en el de

²²⁵ MUÑOZ Y ROMERO: *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, I, cit., pág. 474.

Daroca habría pasado simultáneamente a Alcalá de Henares y a Zorita de los Canes, lo cual explica que las variantes de estos últimos sean diferentes en función del texto de Daroca.

En relación con este problema los Fueros de Coria, Cáceres, Usagre y Cuenca se expresan de la siguiente forma:

F. Coria, 73

«Marido e mugier que se permediar quisieren, haganlo al dia del domingo, exida de misa matinal en una collacion de la villa, o al sabado a las biesperas, e sea estable. E se asi no lo hizieren, no les preste.»

F. Usagre, 81

«Uiro et mulier que unitatem fecerint, faciant illan in die domingo, exida de la missa matinale in collacione de uilla, aut sabado ad uesperas, et preste; sin autem, non prestet.»

F. Cuenca, 239

(= X, 36)

«Quamuis superius sit dictum, quod post mortem mariti siue uxoris heredes cum superstite diudant tamen si uir et uxor unitatem fecerint, sicut forum est, in uita utriusque nullus heres siue filius diuidat cum superstite, quamdiu uixerit. Forum uero unitatis est, ut unitas sit stabilis et firma, oportet quod fiat in concilio, uel in collatione, et ab omnibus heredibus concedatur: ab omnibus ita dico quod nullus heredum sit absens, quia si aliquis heredum defuerit, uel aliquis presentium eam contradixerit, friuola habeatur et cassa.»

Las redacciones de Coria y Usagre significan, a nuestro modo de ver, una refundición de los textos recogidos en Alcalá de Henares y Zorita de los Canes. La variante terminológica que se observa entre Coria, que habla de «permediar» y Cáceres-Usagre, que emplean la palabra «unidad», puede ex-

plicarse si se tiene en cuenta que un término semejante al utilizado en Coria lo es en Alcalá de Henares, y que Cáceres-Usagre coinciden con Zorita de los Canes. El Fuero de Cuenca implica en este supuesto un preámbulo propio más la redacción de Zorita de los Canes; pero el preámbulo es de sumo interés, hasta el punto de que nos ha llevado a caracterizar el régimen de Cuenca-Teruel como institucionalmente distinto al de los restantes fueros. Se advierte, además, que la redacción del Fuero de Cuenca ha sido llevada a cabo por un jurista: *ab omnibus ita dico quod nullus heredum sit absens, quia si aliquis heredum defuerit, uel aliquis presentium eam contradixerit, friuola habeatur et cassa.* El final del Fuero de Cuenca significa una elaboración del texto de Zorita de los Canes. La terminología empleada no es habitual en la época y no debía utilizarse en el modelo que tuvo a la vista, pues en el Fuero de Plasencia, que coincide con él, se emplea en el mismo caso una expresión más vulgar: «non uala nada». ¿Es que el redactor popularizó el razonamiento o más bien que lo encontró así en el modelo?

c) Analicemos los textos relativos a la forma y adquisición de los trabajos ó mejoras realizados por los cónyuges en suelo propio de uno de ellos:

F. Alcalá, 279

«Qui vinnas pusiere o casas ficiere en heredat de su muger, haia hy el quarto, e las III^{es} partes sean del dueno de la heredat, et otro si sea del heredat del marido. Si hy pusieren vinnas o ficiere casas del dueno de la here-

F. Brihuega, 298

«Todo omme que uinnas pusiere o casas ficiere en heredat de su muger, aya hi el quarto o la meytad de la ffechura, qual mas quisiere; otro si sea en la heredat del marido.»

F. Zorita, 205

«Quando el uaron et la muger maneros fueren et alguna plantacion de uinnas ode casas en uno fizieren, si quiere sea en rayz del uaron, siquiere en la dela muger, quando alguno dellos muriere, aquel que fincare aya la

F. Soria, 337

«Si el marido e la mugier ponen vinna o fazen casa o molino obanno oforno o otra la uor qual quier en tierra o en rayz de qual quier dellos, e el uno dellos muriere, en volutad sea e en su escogencia daquel en cuya rrayz

fuere fecha la
dat, donde vi-
niere la raiz
haia hy las
tres partes,
et el otro el
quarto.»

meatad de la
lauor o el quar-
to de la rayz.
et del molino
aya la meatad
de la lauor, et
aquesto sea en
escogencia del
querellosos.»

lauor, o de sus
herederos, de
dar a la otra
parte la cuarta
parte de la rra-
yza con su meo-
ramiento, o la
meatad de lo
que costo toda
la fechura, o
el meioramien-
to apreçia-
do en aque-
lla rrayz, se-
gund en el
tiempo que fue
fecha la cues-
ta.»

El Fuero de Alcalá de Henares contiene en este supuesto la redacción 'primaria' del problema regulado. Se advierte que ese problema recibe una solución concreta en el fuero y que esa misma solución se recoge en Brihuega, Zorita de los Canes y Soria, incluso con coincidencias literales. Pero en el texto de Brihuega aparece, junto a la solución dada por Alcalá de Henares, una segunda solución diferente de la primera. Brihuega ha utilizado, a nuestro entender, el texto de Alcalá de Henares y otro, que nos es desconocido, en el que se contenía la segunda solución. Entre Brihuega y Zorita de los Canes apenas si existe diferencias, si se prescinde del requisito de que los cónyuges sean «maneros», que, a nuestro juicio, supone una glosa o adición posterior sin ninguna relación con el contenido del texto. El Fuero de Soria implica un derecho más elaborado y una nueva solución, la más romana de todas: aquella que reconoce al cónyuge que realizó la obra en el suelo del otro la mejora estimada al tiempo en que se hizo.

Examinemos—en función de los textos de Alcalá de Henares, Brihuega, Zorita de los Canes y Soria—las redacciones de los Fueros de Coria, Usagre y Cuenca.

F. Coria, 80

«Mugier que derronprier hereda de marido, o el marido la heredade de la mugier, entre en el quarto. E si hicier molino, o açenna, o casa, o vinna, o huerta, alli tome el quarto de la heredade o la meatad del lavor; e qual se quisiese escoger, atal tome.»

F. Usagre, 88

«Mugier que arronprier en heredat del marido, o el marido en la heredat de la mulier, entre en el quarto (quinto), et si fiziere molino, o açenna, o casa, o uinna, o almunna, accipiat el quarto de hereditate, aut medietatem laboris, quale uoluerit ille qui petit.»

F. Cuenca, 224

(=X, 21)

«Si uir et uxor steriles fuerint, et insimul cambium aut comparationem fecerint quamuis in radice alterius, simul domos aut molendinos, aut alium laborem uel plantationem fecerint, pariter diuidant illud, cum necesse fuerit, tam in uita quam in morte. Et cum alter eorum decesserit, uiuus habeat medietatem predicti laboris, et propinquiores consanguinei defuncti aliam medietatem: alia uero radix reseat ad radicem.»

El texto del Fuero de Coria y el de Cáceres-Usagre significan, a nuestro modo de ver, una refundición, con ligeras variantes de los Fueros de Brihuega y Zorita, de los Canes. Añaden al principio un nuevo supuesto—«derronprier heredade», «arronprier en heredat»—, que en Usagre se soluciona al modo tradicional al conceder al cónyuge que «arronprier» un cuarto de la raíz; pero en Cáceres, en cambio, aparece el quinto. Es preferible pensar en un error de transcripción, pero no se olvide que se trata de un supuesto nuevo.

El autor del Fuero de Cuenca conoce este derecho antiguo y de él se sirve. La elaboración que lleva a cabo es formal—la redacción del fuero difiere casi en su totalidad de las anteriores—e institucional; esto último se observa fácilmente: entre las soluciones contenidas en aquel derecho escoge precisamente la que responde a la idea romana de que el suelo sigue siempre a su dueño. Lo mismo ocurre en los Fueros de Te-

ruel-Albarracín. De otro lado, la ley del Fuero de Cuenca comienza con las palabras que siguen: *Si uir et uxor steriles fuerint*, bajo la rúbrica *De stirilibus que insimul cambium uel comparationem fecerint*, que hace pensar si esa forma de dividir lo edificado o plantado sólo procedería entre cónyuges sin descendencia. Creemos que se debe rechazar esta posibilidad para el supuesto que ahora contemplamos y reservarla sólo para el caso de permutas o cambios de bienes propios²²⁶. Pero el texto del Fuero de Zorita de los Canes se rubrica de la misma manera que Cuenca y comienza con las mismas palabras, si bien suprime lo referente a cambios o permutas para ocuparse a renglón seguido del régimen de plantaciones y edificaciones que regula de forma distinta a Cuenca. En este punto concreto el redactor del Fuero de Zorita de los Canes ha tenido a la vista el texto de Cuenca—quizá también otras redacciones: en el Fuero de Soria los cambios o permutas no son gananciales—y ha copiado la rúbrica y las primeras palabras del texto, pero no el contenido de éste.

B) Al margen del modelo Cuenca-Teruel pueden apreciarse coincidencias entre los Fueros de Alcalá de Henares, Brihuega, Madrid, Soria, Zorita de los Canes, Molina y Uclés con Alfambra, Plasencia, Coria y Cáceres-Usagre. Este hecho tiene importancia. En último extremo supone que el Fuero de Cuenca no ha sido fuente de todos los demás fueros, en todos y cada uno de los aspectos que la institución objeto de nuestro estudio presenta. Con anterioridad a la redacción del Fuero de Cuenca han existido otras redacciones más simples, menos elaboradas, cuya forma primitiva no es posible reconstruir en los supuestos que ahora vamos a considerar, pero que han servido de fuente a ese conjunto de fueros pertenecientes a lugares enclavados en la Extremadura del reino.

a) En primer lugar los Fueros de Molina y Uclés aparecen relacionados entre sí, como puede apreciarse en el texto que sigue:

226. Vid. *Fuero de Cuenca*, 216 (=X, 8), en nota 105.

F. Molina, XI, 26

Vezino de Molina que tomare muger, del por sus arras veynte maravedis et la que mas demandudiere, nol uala et despues de la muerte ninguno non peche arras.»

F. Uclés, 28

Totus homo qui arras ovierè a dar non det mas de XX morabetinos; tercia pars in boda por foro ducles; et si in vida non demandaret, postea non respondat, neque filii, neque parentes. Sed homo qui fiador entrare por arras respondat, o pectet bivo sedendo el qui eum miserit.

El Fuero de Molina y el Fuero de Uclés coinciden, a diferencia de todos los restantes, al establecer unas mismas arras para todas las mujeres sin distinguir entre doncella o viuda, ciudadana o campesina. Además, el Fuero de Uclés, redacción distinta de la de Molina, desarrolla este fuero, en el resto del texto.

Pero, como ya vimos, el Fuero de Molina contiene una doble regulación de las arras. En otro lugar, en efecto, se distingue entre arras de la doncella y arras de la viuda, siendo las primeras superiores a las segundas. Ahora bien, en este supuesto concreto los Fueros de Molina de Aragón y Alfabra son afines entre sí:

F. Molina XXXV, 3

Todo omne que con moça uirgen casare, del en arras veynt maravedís et quarenta medidas de uino et un puerco et siete carneros et cinco cafizes de trigo; a la muger bitda, diez maravedís.»

F. Alfabra, 39

Omne que prenda muger manceba en pellos donile por arras XX morabentinos alfonsines; a otra muger, X alfonsines.»

Un modelo común ha servido de base a Molina y a Alfabra. Si en ese modelo figuraban ya las «quarenta medidas de uino...» que aparecen en Molina y que han sido suprimidas en Alfabra, o si implican una adición del redactor del Fuero de Molina no es posible precisarlo. En todo caso, resalta la afinidad entre uno y otro fuero, que coinciden, diferenciándo-

se de los demás, al asignar unas arras distintas a la doncella y a la viuda, sin tener en cuenta su condición de ciudadanas o de campesinas.

b) La existencia de redacciones distintas a la que conocemos del Fuero de Cuenca hace menos extraño el problema que plantea el Fuero de Coria al guardar silencio sobre las arras, puesto que en Alcalá de Henares y Sepúlveda se advierte el mismo silencio.

c) En los Fueros de Cáceres y Usagre las donaciones que el marido otorgaba a la mujer por razón del matrimonio se las llama; además de 'arras', versión de la palabra latina *dos*, «vestidos» y «uodas». Pero con el nombre de «vestidos» también se las conoce en el Fuero de Madrid y con el de «bodas» en el Fuero de Soria. El Fuero de Cuenca ha sido redactado por un jurista y ha prescindido de esta terminología vulgar que vuelve a aparecer en el Privilegio de Fernando III, tardíamente y fuera del orden sistemático que se observa en el fuero²²⁷. El que aquellos fueros no recojan la terminología de Cuenca y en cambio coincidan demuestran que tienen una fuente común que no es Cuenca.

d) Fijémonos ahora en las garantías de las arras. En el Fuero de Uclés aparecen unos fiadores de arras que responden del cumplimiento por parte del marido de la obligación de entregarlas. La institución de los fiadores de arras la volvemos a encontrar en los Fueros de Cáceres y Usagre. En este supuesto concreto, las soluciones de los Fueros de Cuenca y Teruel-Albarracín son totalmente diferentes. El Fuero de Uclés, de un lado, y los Fueros de Cáceres-Usagre, de otro, en redacciones distintas, han solucionado de igual forma idéntico supuesto. Lo cual lleva a la misma solución antes indicada.

e) Veíamos en otro lugar que las arras, generalmente, podían ser entregadas después de la celebración del matrimonio e incluso después de la muerte del marido, si se cumplían ciertos requisitos. Los Fueros de Molina, Uclés, Plasencia y Soria difieren en este caso del derecho de Cuenca-Teruel. Pero la variante de Molina es la misma que la de Plasencia.

227. Vid. notas 61, 60, 50 y 58.

F. Molina XI, 26

F. Plasencia, 634

«... et despues de la muerte ninguno non peche arras.»

«... et es de saber que despues de la muerte del, nadi non aya las arras de soltar ni otri por el.»

Puede observarse que nos encontramos ante dos redacciones distintas, aunque con resabios literarios de haber utilizado el mismo texto. Pero la institución y la regulación que encontramos en uno y en otro fuero es la misma. El texto de Plasencia está más elaborado. Al final añade «ni otri por el». Parece como si el redactor del fuero conociese otros textos en los que, en determinados supuestos, como sabemos, la obligación de entregar las arras recayese subsidiariamente sobre otras personas (hijos, herederos, fiadores) distintas al marido.

C) Existen otras redacciones, propias de los fueros más elaborados y que son desconocidas para el Fuero de Cuenca en el estado que ha llegado hasta nosotros.

a) Observemos lo que ocurre en un supuesto concreto entre los Fueros de Soria y Teruel en función del Fuero de Cuenca:

F. Soria, 288

«Tod aquel que con mançeba en cabellos que sea de la villa casare, del XX mr. en arras, o apreciamiento o pennos de XX mr. A la bibda, X mr. A la mançeba del aldea, X mr. A la bibda, V mr., o apreciamiento o pennos por ellos, segund dicho es...»

F. R. Teruel, 415

«M a n d o encara que qual quiere que con mançeba de uilla se esposará, dé le arras XX morauedís alfonsís o apreciadura o pennos de XX morauedís. Mas qui con biuda de uilla se esposará, dé le por arras X morauedís alfonsís. Otrosí, qual quiere que con mançeba aldeana se esposará, dé le por arras X morauedís alfonsís. Mas qui con biuda aldeana se esposa-

F. Cuenca,

189 (= IX, 1)

«Mando etiam quod quicumque ciuem puellam desponsauerit, det ei uiginti aureos in dote m uel apreciaturam, uel pignus XX aureorum.»

190 (= IX, 2)

«Et cui uidue det decem aureos. Ille uero qui puellam rusticanam siue aldeanam desponsauerit, det ei decem aureos; et uide V.»

rá, déle por arras V.
 morauedís alfonsís.
 E por todas estas
 cosas mando apre-
 ciadura prender o
 pennos...»

Posiblemente los Fueros de Soria y el romanceado de Teruel se han servido de un texto latino común. Uno y otro fuero, en relación con el de Cuenca, presentan adiciones al final del texto y, además, regulan el problema en un solo precepto mientras que Cuenca, en cambio, lo hace en dos diferentes.

b) Un modelo común a Plasencia y a Soria parece haber inspirado el derecho de estos fueros desde el punto de vista de las consecuencias de la no celebración del matrimonio por causas ajenas a la voluntad de los cónyuges, ya que son afines entre sí y se diferencian, a su vez, de los Fueros de Cuenca y Teruel-Albarracín:

<i>F. Plasencia</i> , 635	<i>F. Soria</i> , 295	<i>F. Cuenca</i> , 195 (= IX, 7).
«...Si porauentura el esposo passare el esposa prenda las arras como en la carta yaze et non mas.»	«...Et si despues que fueren casados muriere el marido, la mugier que aya los pannos et todo quantol dio.»	«Post contracto uero matrimonio, et sponsa desflorata, uestes erunt sponse, siue nupte, quando-cumque uir moriatur.»

c) A una redacción diferentes a la que hoy conocemos del Fuero de Cuenca, parecen hacer referencia los Fueros de Plasencia y Teruel romance, cuando se ocupan de regular las situaciones en que puede encontrarse el deudor ausente del término, dada la forma en que aparecen estructuradas en unos y otros fueros. Una pequeña tabla de concordancias lo comprueba:

<i>F. Plasencia</i>	<i>F. R. Teruel</i>	<i>F. Cuenca</i>
		597; XXIII, 11
263	194	598; 12
		599; 13
264	195	602; 16

d) Fijémonos, por último, en los textos de los Fueros de Plasencia, Zorita de los Canes, Cuenca y Teruel-Albarracín referentes a la responsabilidad por delitos.

F. Plasencia, 382

«Por fuero mandamos que todo aquel que omne o otra aleuosia fiziere, et fuxiere los alcaldos entren toda su buena, assi del marido como dela mugier maguer quela rayz, o el mueble sea dela mugier, et non del marido...»

F. Zorita, 866

«Tod aquel que omne matare olo uendiere ootra nemiga semiabile aesta fiziere et fuxiere, quel entre al iuez todos sus bienes tan bien del uaron como de la muger por la calonna que fiziere maguer la rayz del mueble sea dela muger et non del marido. Por razon que la muger se suele muchas ueces gozar con la ganancia que el uaron le trahe...» (El resto suplido con el texto del Fuero de Cuenca). (= F. R. Teruel, 22.)

F. Cuenca, 420 (= XV, 10).

«Quia sunt loca et sunt gentes, quibus est consuetudo atque forum, cum maritus homicidium perpetraverit, aut latrocinium aut tale scelus, pro quo omnia bona habeat perdere, tunc uxor extrahit prius omnem medietatem totius subere, que eam contingit, et alia medietas capitur pro calumpnia, unde ad consuetudinem istam extirpandam mandamus, quod quicumque hominem occiderit, aut uendiderit uel aliud scelus huius modi perpetraverit et affugerit, quod iudex intret omnia bona tam uiri quam uxoris, pro calumpnia quam fecerit, quamuis radix seu mobile sit uxoris, et non mariti: uxor enim, que multociens gaudere solet cum lucro, quod uir sibi asportat, non erit mirum si ali-

quando dolet de rerum asmissione occasione mariti. Dignum utique est ut qui unum gaudium solent participare, tristitiam cum uenerit, participant. Illud uero quod remanserit, calumpnia completa, de mobile aut radice, aut pecunia, reddatur uxori, siue illis qui bona sua habere debuerint.»

El Fuero de Cuenca, tal como nos es conocido, no ha sido en este caso la fuente copiada por los Fueros de Plasencia, Zorita de los Canes y Teruel-Albarracín. Como puede observarse, el Fuero de Plasencia y el de Zorita de los Canes se han servido de la misma fuente, y esto no es probable que lo hayan hecho con independencia separándose de Cuenca, como habría que suponer si fuesen adaptaciones del que hoy conocemos. Entre uno y otro fuero, el de Plasencia y el de Zorita de los Canes, existe una diferencia sin embargo: en el Fuero de Zorita de los Canes aparece intercalada una glosa explicativa: «por razón que la mugier...»; pudiera ser que esta glosa figurase ya en el modelo común y que Plasencia la suprimiese, pero también que fuese original del Fuero de Zorita de los Canes. En todo caso, el texto de este fuero y el de Teruel romance coinciden plenamente y, a diferencia de Cuenca, hasta en la rúbrica: «De aquel que omne matare o uendiere» (Zorita de los Canes), «De aquel que omne matare ouendiere» (Teruel romance). Posiblemente el Fuero de Teruel ha copiado en este caso el mismo modelo que el de Zorita de los Canes. Sobre esos fueros, en este punto concreto, el jurista de Cuenca lleva a cabo la redacción del fuero, añadiendo al modelo de Zorita de los Canes y de Teruel un preámbulo, auténtica glosa, y rubricando de forma distinta la ley. La rúbrica—*Quod omnes res tam scelerosis quam sue uxoris capiantur pro calumpniis*—

es, evidentemente, mucho más expresiva al sintetizar la parte esencial del precepto.

D) Es interesante ocuparse ahora de la relación que el Fuero de Sepúlveda que conocemos pueda guardar con los fueros del área estudiada: el parentesco que el profesor GIBERT destaca ²²⁸ entre los Fueros de Sepúlveda y Alcalá de Henares, en el aspecto concreto que aquí se estudia, se manifiesta en que ninguno de los dos contienen preceptos relativos a las 'arras',

El Fuero latino de Sepúlveda se ocupa de las materias estudiadas en este trabajo en una ocasión concreta, y el extenso en cuatro; uno sólo de estos textos del Fuero extenso es el que puede plantear el problema sobre si en realidad ha sido fuente de Cuenca-Teruel.

a) Comparamos, en primer lugar, el texto del Fuero latino de Sepúlveda con el Fuero de Uclés y con el de Cuenca.

F. L. Sepúlveda, 16

«Si aliqua mulier laxauerit uirum suum, CCC solidos pectet; et si uir laxauerit uxorem suam, uno arienzo deuitet.»

F. Uclés, 12

«Mulier qui laxauerit suo marido et cum alio se ambulauerit, hereditet suum maritum omnia sua omnibus diebus vite sue, et si illa mulier habet filios de alio marido hereditem hereditatem patris et omnia bona; et post transitum matris, habeant hereditatem matris, et non mobile.»

F. Cuenca, 287

(= XI, 36).

«Item quicumque in aliis partibus uxorem nuptam habuerit, et priore uiuente aliam in concha duxerit, precipiteur.»

288 (= XI, 36).

«Similiter si mulier uirum alibi habuerit et in concha alii nupserit, comburatur. Si uero dominum fecerit fustificetur per plateas et omnes calles ciuitatis, et eiciatur a ciuitate.»

²²⁸. R. GIBERT: *Los Fueros de Sepúlveda. Estudio histórico-jurídico* cit., pág. 375.

El supuesto que los tres fueros consideran es el mismo, pero el Fuero latino de Sepúlveda no pasa evidentemente a Uclés ni a Cuenca.

b) Pasemos a considerar los textos del Fuero extenso de Sepúlveda. Al ocuparnos de la administración de la sociedad conyugal veíamos cómo en el Fuero de Sepúlveda el marido necesitaba el consentimiento o, al menos, la intervención de la mujer para realizar ciertos actos de enajenación de bienes; en el mismo lugar, y al tratar de la incapacidad de las mujeres casadas, el Fuero de Sepúlveda las declara incapaces para contraer deudas superiores a un maravedí. Nada de esto aparece en los Fueros de Cuenca-Teruel, ni tampoco en Uclés. En cambio, en los primeros se prohíbe a la mujer casada que asuma la posición de fiadora; posiblemente una redacción latina y más antigua ha servido de fuente en este caso a los Fueros de Alcalá de Henares, Brihuega, Soria y Cuenca-Teruel concordados en este caso.

El Fuero extenso de Sepúlveda—que tal como lo conocemos es de fines del siglo XIII—en el precepto 65 contiene la exención de responsabilidad de la mujer por los delitos del marido²²⁹ que se encuentra también en otros lugares: Carta de Doña Blanca a Molina (a. 1283), Privilegio de Sancho IV a Cuenca (a. 1285), y Adiciones al Fuero de Plasencia (a. 1286). Esta exención ¿es originaria en Sepúlveda o se ha introducido en fecha avanzada? Para responder a esta pregunta conviene tener en cuenta, como ya dijimos, que el Fuero de Sepúlveda recoge en esta ocasión el régimen *privilegiado* de los caballeros y de los escuderos, es decir, de los que forman parte de la «caballería de servicio», pero que no se extiende el privilegio a los pecheros del lugar²³⁰. Si se admite que el derecho de Sepúlveda ha sido la fuente de esos otros derechos que establecen la exención hay que admitir que un régimen que en el Fuero de Sepúlveda aparece con privilegio se generaliza y convierte en derecho común aplicable a toda clase de personas,

229. Vid. nota 267.

230. R. GIBERT: *Los Fueros de Sepúlveda. Estudio histórico-jurídico cit.*, pág. 420.

a pesar de lo cual cuando se redacta el Fuero extenso de Sepúlveda éste conserva como privilegio de clase lo que en todas partes se ha hecho común a todos. Esto parece difícil de admitir. Más lógico parece ser lo contrario—que Sepúlveda ha recogido lo que se había introducido en fecha tardía, sobre todo si se tiene en cuenta que el derecho de Sepúlveda es, por regla general, privilegiado para todos sus habitantes—. El profesor GIBERT tampoco cree en la originalidad de Sepúlveda en este supuesto, cuando escribe: «En el amejoramiento de F. Cuenca concedido por Sancho IV, figura un capítulo con lo siguiente: *manda el nuestro Fuero que por las culpas del marido que lazdran la mujer, et por las culpas del fiyo que lazdra el padre*: este sistema es derogado por el amejoramiento. En varios documentos de la expansión del F. Sepúlveda se extiende también este privilegio—se refiere al Fuero de Chozàs de 1328 y al Fuero de Puebla de Don Fadrique de 1343—, prueba de que esta mejoría de Sancho IV se refiere a todo el Derecho de la Extremadura y también a Sepúlveda, donde tenía su origen»²³¹.

Finalmente, cabe señalar que el Fuero de Sepúlveda no regula los supuestos más interesante del régimen económico matrimonial. Faltan, en efecto, preceptos sobre el régimen de gananciales, régimen de unidad de bienes, forma de división de los trabajos realizados por los cónyuges en suelo de uno de ellos, etcétera, que, en cambio, no se omiten en otros fueros de la región.

II

Ahora bien: en el área jurídica estudiada es posible señalar la existencia de varias zonas de formación y fijación del derecho relativo a la materia que aquí se estudia.

A) La primera y más antigua se extiende por Alcalá de Henares, Brihuega, Soria, Zorita de los Canes, Madrid y Daroca. Es precisamente en los fueros de estos lugares donde aparecen restos de redacciones jurídicas 'primarias', sencillas y poco

231. R. GIBERT: *Los Fueros de Sepúlveda. Estudio histórico-jurídico* cit., págs. 387 y 388.

elaboradas, que han servido de base para la fijación de su derecho. En sus fueros encontramos regulados, con independencia del modelo Cuenca-Teruel, los problemas o cuestiones que más directamente afectan al régimen económico del matrimonio, como puede observarse en I, A, a), b) y c) de las conclusiones.

B) Una segunda zona, intermedia, comprende el territorio de Molina y el de Uclés. Es claro que el derecho de esta zona no ha podido ser todavía el que más tarde encontramos formulado por extenso en Cuenca y Teruel. Lo más probable es que aquel derecho tenga su origen en el que en el párrafo anterior hemos caracterizado como más antiguo. No existen textos, en materia que aquí estudiamos, que prueben la anterior hipótesis, lo cual hace suponer que posiblemente en esta comarca la fijación del derecho se ha desarrollado de una manera autónoma, pero con coincidencias entre sí, como se comprueba entre Molina y Uclés en I, B, a).

C) La tercera zona está situada en el sur de León, a occidente de las anteriores, y abarca Coria, Cáceres, Usagre, de un lado, y Plasencia y Béjar, de otro. ¿Qué derecho influye en esta región? No es aventurado suponer que el de la Extremadura castellana, que se había ido elaborando en Alcalá de Henares, Brihuega, Zorita de los Canes, Madrid, Soria, Molina y Uclés. En favor de la expansión del derecho de la Extremadura castellana hacia el occidente, antes de la tan afirmada del Fuero de Cuenca, hablan las coincidencias y afinidades que se observan, al margen de Cuenca-Teruel, entre los Fueros de Alcalá de Henares, Brihuega, Madrid, Soria, Zorita de los Canes, Molina y Uclés con Coria, Cáceres y Usagre. En efecto, en los Fueros de Coria, Cáceres y Usagre se han regulado con idénticas soluciones los mismos problemas que señalábamos como característicos de la zona más antigua de fijación del derecho del área estudiada. A su vez, en algunos casos concretos, como puede verse en I, B, d) y e), el derecho de la zona de Molina y Uclés ha influido en el de Cáceres, Usagre y Plasencia. El derecho de Béjar es una adaptación fiel de Cuenca o de su modelo.

D) La última zona abarca el territorio de Alfambra, la

tierra de Cuenca y el macizo montañoso de Teruel. El derecho de Alfambra es poco explícito en las materias relativas al régimen económico del matrimonio. En un supuesto concreto, al regular la responsabilidad de la mujer por las deudas del marido cautivo, difiere de las soluciones que aparecen en los restantes fueros del área y nos presenta un derecho verdaderamente privilegiado²³². Pero al establecer la cuantía de las arras se observa cierta afinidad con el Fuero de Molina, lo cual implica una expansión del derecho de la zona intermedia hacia el territorio de Alfambra, como puede comprobarse en I, B, a).

El derecho de Cuenca no es original en la totalidad de los supuestos que en este trabajo se estudian. El jurista autor de la 'suma de instituciones forales' encuentra en la región vecina—Alcalá de Henares, Brihuega, Soria, Zorita de los Canes, Madrid y Daroca, de un lado, y Molina y Uclés, de otro—un derecho ya redactado y de él se sirve. Pero la elaboración que de este derecho lleva a cabo supone, en muchas ocasiones, soluciones opuestas a aquellas que se contenían en sus redacciones 'primarias'.

Finalmente, los Fueros de Teruel-Albarracín no significan en todo caso una simple adaptación del Fuero de Cuenca. Las incidencias que el Fuero de Teruel presenta a veces con otros fueros extensos—concretamente con los Fueros de Soria, Zorita de los Canes y Plasencia y que han sido señaladas en I, C, a), c) y d)—hablan a favor de una fuente común distinta a Cuenca. Las variantes—unas de detalle, otras más importantes: adición o supresión de algún precepto—que han podido comprobarse a lo largo del trabajo al comparar el Fuero de Teruel con el de Cuenca, nos llevan a la misma conclusión: el redactor del Fuero de Teruel se ha servido de una fuente distinta al Fuero de Cuenca o, en último extremo, elabora con cierta originalidad los materiales que le brinda este derecho²³³.

232. Vid. nota 201 y el texto correspondiente.

233. Vid. pág. 104 y 105, 107 y 108, 117 y 118, 120, 127.

III

El cotejo de los textos nos ha permitido precisar determinadas zonas de fijación del derecho y las posibles relaciones e influencia que entre ellas existen. Ahora bien, ¿es posible comprobar este hecho? Creemos que sí. Los diversos momentos y fases que cabe señalar en la Reconquista y repoblación comprueban la existencia de esas zonas jurídicas y la posibilidad de la difusión de su derecho.

El área jurídica estudiada es musulmana a principios del siglo XI. Poco a poco, a lo largo de este siglo y del siguiente, va siendo reconquistada de los moros y repoblada por los cristianos. Así, Sepúlveda lo es el año 946 por Fernán González, aunque hacia el 986 Almanzor se apoderó de ella nuevamente; la inseguridad de la frontera durante todo el siglo X impide que se pueda hablar de una población estable en Sepúlveda hasta que en el año 1010 el conde Sancho García obtuvo su devolución de los musulmanes²³⁴. Con anterioridad a la conquista de Toledo, Brihuega pertenece a Alfonso VI; parece ser que el lugar no fué objeto de conquista por el rey leonés, sino más bien concesión del rey moro de Toledo²³⁵. A raíz de la conquista de esta ciudad por Alfonso VI, en 1085, lo son también Alcalá de Henares, Madrid y Guadalajara²³⁶. Zorita de los Canes pertenece también a la serie de conquistas realizadas por Alfonso VI: en 1097 había sido entregada por este rey al noble Alvar Fáñez, que en el *Poema del Cid* aparece al frente del castillo; más tarde vuelve a poder de los moros y es rescatada

234. R. MENÉNDEZ PIDAL: *Documentos lingüísticos de España. I. Reino de Castilla* (Madrid, 1919), págs. 5 y 6; PÉREZ DE URBEL: *Historia del Condado de Castilla, I* (Madrid, 1945), págs. 441.

235. CATALINA GARCÍA: *El Fuero de Brihuega* (Madrid, 1888), páginas 15-17; J. GONZÁLEZ: *Reconquista y Repoblación de Castilla, León, Extremadura y Andalucía (siglos XI a XIII)*, en el vol. *La Reconquista española y la Repoblación del país* (Zaragoza, 1951), pág. 168.

236. R. MENÉNDEZ PIDAL: *Documentos lingüísticos de España, I*, cit., pág. 345; J. GONZÁLEZ: *Reconquista y Repoblación de Castilla, León, Extremadura y Andalucía (siglos XI a XIII)* cit., págs. 167 y 170.

nuevamente en 1124²³⁷. La fecha de repoblación de Soria por Alfonso I el Batallador suele colocarse entre los años 1109 y 1114, ó en 1120, como recientemente ha precisado LACARRA, pero de la 'tierra de Soria' se habla ya en documentos de 1016 como región origen de disputas entre Navarra-Aragón y Castilla²³⁸. Por último, Daroca es conquistada hacia los años 1122, 1123 ó 1124 por Alfonso I el Batallador, aunque del castillo de Daroca, «fuerza principal de la Celtiberia», se tienen noticias anteriores²³⁹.

Como vemos, Sepúlveda, Brihuega, Alcalá de Henares, Madrid, Guadalajara, Zorita de los Canes, Soria y Daroca constituyen, pues, la zona geográfica que primero se reconquista y repuebla. Si relacionamos este hecho con los datos que nos brinda el cotejo de los textos resulta lógico que sea precisamente en esta zona, la más antigua del área, donde aparezcan esas redacciones jurídicas que hemos caracterizado como 'primarias'.

A principios del siglo XII prosigue la Reconquista. En la primera mitad de este siglo, en 1128 ó en 1129, es reconquistada la paramera de Molina, por Alfonso I el Batallador²⁴⁰. Poco después, el territorio Uclés, en 1139, por Alfonso VII²⁴¹. El derecho de la zona de Molina y Uclés ha sido objeto de una fijación autóctona, al menos en la serie de situaciones que aquí se han

237. R. MENÉNDEZ PIDAL: *Historia y Epopeya* (Madrid, 1934), página 247, y *La España del Cid*, II, (Madrid, 1947), págs. 586 y 763; J. GONZÁLEZ: *Reconquista y Repoblación de Castilla, León, Extremadura y Andalucía (siglos XI a XIII)* cit., pág. 165.

238. R. MENÉNDEZ PIDAL: *Documentos lingüísticos de España*, I, cit., págs. 9 y 10; G. SÁNCHEZ: *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares* cit., págs. 229 y sigs.; J. M.^a LACARRA: *La Reconquista y Repoblación del Valle del Ebro*, en el vol. *La Reconquista española y la Repoblación del país*, cit., pág. 57.

239. CAMPILLO: *Documentos históricos de Daroca y su comunidad* (Zaragoza, 1915), pág. 22; J. M.^a LACARRA: *La Reconquista y Repoblación del Valle del Ebro* cit., págs. 58 y 66.

240. R. MENÉNDEZ PIDAL: *Documentos lingüísticos de España*, I, cit., pág. 336; J. M.^a LACARRA: *La Reconquista y Repoblación del Valle del Ebro* cit., págs. 59 y 65.

241. R. MENÉNDEZ PIDAL: *Documentos lingüísticos de España*, I, cit., pág. 414.

analizado. Más arriba quedó dicho que el derecho de esta región no había podido ser el que posteriormente se recoge en el Fuero de Cuenca. Esta afirmación se comprueba fácilmente si se tiene en cuenta que en la primera mitad del siglo XII Cuenca todavía no es cristiana.

Más tarde, a fines del siglo XII, Castilla se abre por las alas. La Reconquista se orienta simultáneamente en dos direcciones, hacia el oeste y hacia el este. De un lado entra como en cuña en el sur de León. Coria es reconquistada en 1143 por Alfonso VII²⁴². Cáceres es tomada a los árabes en 1142, pero su reconquista no fue definitiva hasta principios del siglo XIII²⁴³. Nada cierto se sabe sobre la repoblación de Béjar, pero no parece desacertado situarla entre los años 1186 a 1196, que coinciden con la repoblación de Plasencia por Alfonso VIII en 1168 con el fin de asegurar la frontera de Castilla frente a León; el privilegio de fundación de Plasencia aparece fechado en 1189, pero de Béjar, en cambio, no existen noticias documentadas hasta 1216²⁴⁴. Paralelamente la Reconquista se proyecta hacia el macizo de Cuenca y Teruel. Alfambra es conquistada a fines de 1170²⁴⁵; la ciudad de Teruel es poblada en 1171²⁴⁶ y, prescindiendo de los pocos años que Cuenca fue de los cristianos en tiempos de Alfonso VI, esta ciudad fue reconquistada en 1177²⁴⁷.

242. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO: *El Fuero de Coria. Estudio histórico-jurídico* cit., pág. XXXIII; J. GONZÁLEZ: *Reconquista y Repoblación de Castilla, León, Extremadura y Andalucía (siglos XI a XIII)* cit., págs. 165-167.

243. J. GONZÁLEZ: *Reconquista y Repoblación de Castilla, León, Extremadura y Andalucía (siglos XI a XIII)* cit., págs. 182 y 183; P. LUMBRERAS VALIENTE: *La Reconquista de Cáceres por Alfonso IX de León* (Cáceres, 1956).

244. MARTÍN LÁZARO: *El Fuero castellano de Béjar* cit., págs. 5 y 6; R. MENÉNDEZ PIDAL: *Documentos lingüísticos de España*, I, cit., página 437; J. GONZÁLEZ: *Reconquista y Repoblación de Castilla, León, Extremadura y Andalucía (siglos XI a XIII)* cit., pág. 185.

245. ALBAREDA Y HERRERA: *Fuero de Alfambra* cit., pág. 55.

246. AZNAR Y NAVARRO: *Forum Turolii* cit., pág. XIII; L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO: *Historia de España*, I, 2 (Madrid, 1955), pág. 560.

247. MENÉNDEZ PIDAL: *Documentos lingüísticos de España*, I, cit.,

Estos datos relacionados con el cotejo de los textos comprueban los siguientes extremos: que el derecho que se difunde hacia Coria, Cáceres y Usagre, y que es fuente de sus fueros, no podía ser otro que el redactado en Brihuega, Alcalá de Henares, Madrid, Zorita de los Canes, Soria, Daroca, Molina y Uclés, es decir, el de las zonas hasta entonces reconquistadas y repobladas, al de la Extremadura castellana; que dadas las fechas de reconquista y repoblación de Béjar y Plasencia ha sido posible que se utilizase en la redacción de sus fueros el modelo de Cuenca-Teruel, lo cual no quiere decir que el Fuero de Plasencia sea una simple adaptación del de Cuenca, como ha podido observarse; que el redactor del Fuero de Alfambra se haya inspirado en el derecho de Molina, al menos en un punto concreto; por último, que el jurista autor del Fuero de Cuenca no es del todo original, sino que se sirve y elabora el derecho que encuentra en la región vecina y que en esos momentos forma la Extremadura del reino de Castilla.

JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN.

pág. 414; J. GONZÁLEZ: *Reconquista y Repoblación de Castilla, León, Extremadura y Andalucía (siglos XI a XIII)* cit., pág. 183.

EL RIEPTO DE LOS FUEROS MUNICIPALES

1.—Al estudiar el Riepto habíamos puesto de relieve que el problema fundamental en el estudio del procedimiento ante el rey por Corte para casos de traición y aleve era la determinación de las fuentes en las que debía basarse¹. Algunos autores afirmaron que las disposiciones sobre desafío y riepto contenidas en los fueros municipales son utilizables para la reconstrucción del procedimiento de Riepto, puesto que coinciden con las normas establecidas por las fuentes territoriales². Pero esta afirmación no es exacta³. Los fueros municipales, especialmente los de la familia Cuenca-Teruel, regulan minuciosamente el desafío y el riepto, mas estas instituciones tienen un carácter propio en el Derecho local, y son esencialmente distintas del desafío y Riepto de las fuentes territoriales y de Derecho regio.

Las normas que los fueros municipales contienen sobre desafío no se refieren al procedimiento establecido para desligarse de la amistad que los caballeros se prometieron guardar con ocasión de la concordia establecida, según Ord. Alcalá 32, 46 y F. Viejo 1,5,1, por el emperador Alfonso VII en las legendarias Cortes de Nájera, sino que esta institución se liga en los fueros al homicidio, y constituye el procedimiento ordinario de declaración de enemistad⁴. Tampoco las disposiciones sobre

1. A. OTERO, *El riepto en el Derecho castellano-leonés*, en *Dos estudios históricos-jurídicos* (Roma-Madrid 1955) p. 11.

2. M. TORRES LÓPEZ, *Naturaleza jurídico-penal y procesal del desafío y riepto en León y Castilla en la Edad Media*, en *AHDE*. 10 (1933) 166; E. HINOJOSA, *El Derecho en el Poema del Cid*, en *Estudios sobre la Historia del Derecho español* (Madrid 1903) p. 98; *Idem, id.*, en *Obras completas I* (Madrid 1952) p. 203.

3. Ya lo puso de relieve N. ALCALÁ-ZAMORA, *Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca*, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México* 47-48 (1950) 331.

4. J. ORLANDIS, *Sobre el concepto de delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *AHDE*. 16 (1945) 136; *Consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *AHDE*. 18 (1947) 77 y ss.

riepto de los fueros municipales se refieren al procedimiento ante el rey por Corte para casos de traición y alevé, que es, indiscutiblemente, la esencia del Riepto de las fuentes territoriales. Y es sumamente lógico que no coincida el carácter del riepto municipal con el Riepto de las fuentes territoriales, pues este último es un procedimiento exclusivamente para hidalgos⁵, y difícilmente se podría explicar que los fueros municipales sintieran necesidad de regular un procedimiento que no tendría lugar en los tribunales locales^{5 bis}.

Lo cierto es que los fueros municipales regulan una institución jurídica a la que denominan riepto, empleando la misma denominación utilizada por las fuentes territoriales para designar el célebre procedimiento de los hidalgos ante el rey. Aparte de la identidad de denominación, no hay entre el riepto municipal y el Riepto de los hidalgos más punto común que el empleo de la lid. Pero existen divergencias fundamentales entre el carácter de la lid celebrada en los concejos con ocasión de los juicios de los alcaldes y el de la lid que se realiza con consentimiento del rey en el Riepto de los hidalgos.

El riepto municipal y el Riepto de los hidalgos son dos instituciones distintas con la misma denominación. La identidad de nombre quizá encuentre su razón en el posible origen común de ambos rieptos. Este origen no puede ser otro que el duelo.

El duelo es, desde el siglo XI, una de las instituciones más generalizadas. Desde la esfera municipal hasta la vida de la Corte, el duelo aparece en todas partes, aunque con distintas modalidades y produciendo diversos efectos jurídicos. Unas veces aparece como una forma regular y perfectamente san-

5. OTERO, *El riepto* cit. p. 57 y ss.

5 bis. La única excepción que conocemos es el F. Viguera y Val de Funes. F. Viguera 158-163 regula el Riepto de los hidalgos como un procedimiento, exclusivo de los infanzones, ante la corte para casos de traición y alevé, en forma análoga a la de las fuentes castellano-leonesas. Pero también se regula (§ 164 ss), independientemente y como una institución distinta, la otra forma de riepto medio de prueba, característica del procedimiento local. El testimonio de F. Viguera parece una prueba más de que el Riepto de los hidalgos y el riepto municipal son dos instituciones esencialmente distintas.

sionada de ejercer una venganza contra el autor de un delito. Otras veces, el duelo aparece como una forma de venganza; pero ya sujeta, por un sentimiento de interés público, a ciertas formalidades limitadoras, como la necesidad de un desafío regular ante ciertas autoridades. En otras ocasiones, el duelo es un simple medio de prueba en juicio para evidenciar la inocencia o la culpa de ciertos reos, mediante la intervención clara y terminante de la divinidad. Y, por último, otras veces el duelo es también un simple medio de atestiguar solemnemente, con honra y caballerosidad, la firmeza de convicción con que es acusado o defendido un caballero sobre el cual recae el cargo de traición o aleve ⁶.

El duelo primitivo de las fuentes medievales es, por un lado, expresión de las ideas que determinan la aparición de la venganza privada como sistema de represión penal en nuestro Derecho medieval; y es también expresión de unas costumbres y de una concepción primitiva de la justicia, según la cual la fuerza física era el único elemento que debía ser llamado a intervenir en la decisión de los litigios, viendo de antemano en su triunfo el triunfo de la razón y del derecho. Ambas concepciones de la justicia conducen a ver en el duelo la forma por excelencia del proceso.

La venganza privada pronto comenzó a ser combatida o, por lo menos, considerablemente limitada merced al progresivo desenvolvimiento del poder público municipal, de la influencia de la Iglesia y del poder real. No sólo se tendió a restringirla a los delitos más graves, sino que su ejercicio se fué sometiendo a condiciones y formalidades que la limitaban considerablemente o la sustituían por verdaderas penas públicas ⁷.

Avanzado el desenvolvimiento de la vida municipal, el duelo asumió en aquel ambiente y en la conciencia popular el carácter de ordalía o juicio de Dios, por el predominio en él de una idea religiosa, consecuencia de su integración en el sistema de las pruebas del Derecho consuetudinario ⁸.

6. CABRAL DE MONCADA, *O duelo na vida do Direito*, en *AHDE*, 2 (1925) 215.

7. CABRAL DE MONCADA, *O duelo* cit. II, p. 226 y ss.

8. CABRAL DE MONCADA, *O duelo* cit. III, p. 69.

El duelo de los nobles comenzó también por ser una forma del ejercicio de la venganza, evolucionando paulatinamente merced a las limitaciones del poder real; y en él, de la misma manera que en el duelo de los concejos la ordalía sustituyó a la venganza, fué la honra monárquica y caballeresca quien sustituyó esa idea y refrenó esa práctica⁹.

Aun desde el punto de vista del duelo hay una diferencia esencial entre el Riepto de los hidalgos y el riepto municipal. El duelo de los concejos tiene el carácter de ordalía, que nunca adquirió el duelo de los hidalgos. Aquél no pasó de ser un simple medio de prueba en juicio para evidenciar la inocencia o la culpa de ciertos reos mediante la intervención de la divinidad. Esta diferencia entre el duelo de los nobles y el de los plebeyos es consecuencia de su desarrollo en medios sociales distintos. No sería natural que el duelo de los nobles adquiriese el carácter de juicio de Dios junto al rey, en la Corte, donde era más eficaz la influencia del clero con su repugnancia por aquellas formas procesales. Así, terminó por ser exclusivamente un medio de atestiguar solemnemente con honra y caballerosidad la firmeza de convicción con que es acusado o se defiende un caballero sobre el que recae una acusación de traición o aleve.

Aparte del remoto origen común, la igual denominación puede explicarse también por la etimología de *replare*, que, con bastante seguridad, debe de proceder de *reputare*¹⁰. Si se tiene en cuenta esto, no sorprende tanto, en un ambiente de imprecisión terminológica, la identidad de denominación de dos instituciones esencialmente distintas y que se desenvuelven en ordenamientos jurídicos distintos; pero coincidentes, sin embargo, en el carácter que revela su etimología.

Indudablemente, es lícito admitir la existencia de un riepto anterior al regulado por el F. Real y Partidas, al cual le faltasen algunas de las características que la institución nos ofrece en los Códigos alfonsinos. Es sugestiva la idea de considerar al riepto municipal como este estadio anterior, que, des-

9. CABRAL DE MONCADA, *O duelo* cit. III p. 70 y ss.

10. *Part.* 73.1, lo supone derivado de *repeterc*, y algún autor supone que procede de *rectum*.

pués de una evolución, cristalizaría en el Riepto de los hidalgos, regulado en las fuentes territoriales. Incluso esta hipótesis de un Riepto primitivo, que no hubiera de celebrarse necesariamente en la Corte regia, parece que podría apoyarse en L. Fueros 110 —en donde se habla de la posibilidad de reptar *en casa del rey o en la villa*, indistintamente—y en L. Fueros 300, relativo al riepto ante la Cofradía de Alava.¹¹ Pero a esta interpretación se opone la naturaleza de procedimiento ante el rey por Corte para casos de traición y aleve del Riepto de los hidalgos, el cual sólo puede concebirse nacido como consecuencia de la concordia establecida entre los caballeros. Hasta entonces no puede hablarse de Riepto, si bien es verdad que el procedimiento que nació se injertó, como hemos visto, sobre un duelo ya notablemente evolucionado y limitado por el creciente poder público, y distinto ya del duelo de los concejos¹².

La evolución del duelo siguió, pues, caminos distintos en el ámbito local y en la Corte. En el Derecho local se transformó en un medio de prueba formal, una ordalia, utilizada en el procedimiento de los Tribunales locales. En otro ordenamiento superior, en la Corte, se empleó como medio de probar, sin un carácter de ordalia, exclusivamente en el procedimiento de Riepto, que había nacido para sustanciar los delitos de aleve, derivados de la violación de la concordia establecida por los hijosdalgo. Del estudio y comparación de los textos del Derecho territorial y local parece deducirse que probablemente no existe relación alguna entre ambos rieptos, aparte de la remota derivación del duelo primitivo. El Riepto de los hidalgos es un procedimiento especial del Tribunal de la Corte para casos de traición y aleve; mientras que el riepto de los ordenamientos locales fué y conservó siempre el carácter de un simple medio de prueba ordalia utilizado en distintos procedimientos especiales.

2.—Los fueros municipales emplean indistintamente las expresiones *responda a riepto*¹³, *responda a su par*¹⁴, *lidiar con su*

11. OTERO, *El riepto* cit. p. 56.

12. OTERO, *El riepto* cit. p. 77 y ss.

13. *F. Teruel* 526; *F. Cuenca* (342) 13,4.

*egual*¹⁵ y *riepto*¹⁶. No se trata, como se puede observar, de terminologías distintas de los diversos fueros. Se utilizan unas u otras expresiones indistintamente porque su significado es el mismo; hasta el punto de que en un mismo texto se encuentran dos o más. Así sucede, por ejemplo, en F. Teruel 17, en donde se dice: *E si negare, rsonda a su par... Mas si uençido non fuere, sea desreptado en canpo et en aquel lugar sea saludado...*

Este hecho nos parece de gran interés para determinar la naturaleza del riepto municipal. De la equivalencia de las expresiones se deduce la relevancia de la lid en este riepto, hasta el punto de que podemos afirmar que la lid es la esencia del riepto municipal. Las referencias de los fueros nos presentan el riepto —responder a riepto, lidiar con su igual— como medio de prueba ordalía. Este riepto o lid es una institución procesal, un medio de prueba judicial admitido y regulado jurídicamente. El Derecho local establece de modo preciso los casos en que puede tener lugar, la forma de realizarse y sus efectos. El riepto municipal, como hemos de ver, es un medio de prueba ordalía utilizado en distintos procedimientos; unas veces utilizado como único medio de prueba y otras empleado alternativamente con el juramento de cojuradores. Su carácter de medio de prueba en juicio viene afirmado con bastante claridad, incluso, por los mismos textos del Derecho local, cuando dicen, como F. Usagre 308, *los lidiadores que ouieren a lidiar per iudizio de los alcaldes*, o, como F. Salamanca 91, *e qui lidiar ouier por ioyzio de nuestros alcaldes*. En el estadio en que nos lo presentan las fuentes locales y en los momentos anteriores, que de ellas pueden deducirse, nos aparece el riepto municipal como un medio de prueba utilizado exclusivamente en procedimientos penales.

El riepto municipal es un medio de prueba formal utilizado en el procedimiento de los Tribunales locales o, si se prefiere, un medio de prueba que se celebra con ocasión de los juicios de los alcaldes, según se expresan, poco más o menos, los fue-

14. F. Teruel 601; F. Cuenca (321) 12,18.

15. F. Cuenca, Ap. mejora Sancho IV, 4.

16. F. Cuenca (284) 11,33.

ros ¹⁷. Tiene lugar en los juicios de los alcaldes, y son los jueces y alcaldes quienes lo dirigen y encauzan a través de sus diversas etapas ¹⁸. Los textos se cuidan de recalcar que sólo puede celebrarse en el procedimiento ante los alcaldes, e imponen fuertes sanciones a aquellos que reptaren fuera del orden de proceder y sin mandato de los alcaldes ¹⁹.

Algunos fueros municipales hacen una enumeración general de los procedimientos en que se empleaba el riepto cuando regulan las consecuencias de la prueba.

F. Cuenca (570) 22,8

De reptato conuicto.
Si reptatus uictus fuerit, et pugna pro falso testimonio fuerit, pectet petitionem duplatam, et teneat eum querelosus, donec pectet.

F. Cuenca (571) 22,9

De reptato conuicto in quo palacium ius habeat.
Si reptatus uictus fuerit pro ca-

, F. Teruel 248

De batalla que por falso testimonio fuere fecha
... Mas si por aventura el demandador o el reptador uençra et la batalla por falso testimonio o por debdo sera fecha, el reptado peche la demanda duplada, et el quereloso tengalo preso fasta que pague. Si por aventura el reptado fuere uencido por calonia de que

17. *F. Usagre 308*: Los lidiadores que ouieren a lidiar per iudizio de los alcaldes, eguenlos los alcaldes, et del dia que los eguaren a tercio día, uayan a sancta María a missa matinallem, et armenlos II alcaldes, quales ellos quisieren, et en su mano lidien...; *F. Salamanca 89*: De dos caualleros que lidiaren por iudizio d'alcaldes, mentre que sanos foren ellos a sus caualos...; *F. Salamanca 91*: E qui lidiar ouier por ioyzio de nuestros alcaldes...

18. *F. Teruel 247*: De cabo mando que qual quier que sera reptado, despues que la suert, como es dicho, cadra sobr'el, hi luego diga si cauallero o peon querra ffer la batalla judgada. Mas si dira que cauallero querra lidiar, stonçes los alcaldes denle tres IX días d'espacio et el que demanda...; *F. Teruel 246*: Empero, a saber es que si el reptado fuere linencioso, la ora que sera reptado demuestre la linencia delant los alcaldes;... *F. Cuenca (573) 22,11*: Si reptatus dixerit peditem se uelle pugnare, dent alcaldes reptatori placitum trium novem dierunt...

19. *F. Cuenca (324) 12,21*: Quicumque in concilio, aut in foro, aut ad portam iudicis, aut in curia alcaldum, aut nundinis sine precepto alcaldum, aliquem reptauerit, pectet centum aureos, et quotquot reptatorem bandaauerit, pectent quinquaginta aureos: et insuper reptator, antequam recedat a concilio, uel a porta iudicis, uel a curia, uel a foro uel a nundinis, dereptet eum. Quod si faceret noluerit, iudex mittat eum in cipo, unde non exeat, donec dereptet, et calumpniam pectet...

lumpnia in qua palatium partem habeat, teneat eum iudex donec pectet, nisi in campo dederit fianças ualituros pro tota petitione. Palacium numquam mittat manus in illum.

F. Cuenca (581) 22,19

De compositione pugnatorum.

Pugnatores componant inter se, quodcumque sibi placuerit, siue ante pugnam, siue in pugna, nisi reptum fuerit pro furto, uel homicidio. Si enim pro furto, uel homicidio fuerit, nequeunt componere sine palacio, pugna incepta.

palacio a su derecho, el juez tengalo preso fasta que pague, si non diere luego en el campo fianças aulederas por toda la demanda. Mas palacio nunca meta manos sobre el, como el fuero manda...

F. Teruel 255

De los lidiadores, que's compongan entre si.

Mas los lidiadores compongan s' entre si quando les placra, o antes de la batalla o después, si aquel riepto non fuere por calonia en que el palacio haya su derecho, assi como es por homizilio o por furto. Que si por furto o por homizilio sera fecha la batalla, non se pueden entre si componer, si non fuere con uoluntat o con amor de palacio.

A tenor de estos textos, podemos afirmar que, en general, el riepto se emplea como medio de prueba en el procedimiento por falso testimonio y en algunos procedimientos por delitos de *calonia*. Pero, aparte de estas circunstanciales enunciaciones de carácter general, los fueros contienen datos que permiten precisar más aún los casos en que nuestro riepto era empleado, e incluso hacen posible señalar los distintos aspectos que reviste la prueba en los procedimientos en que se utiliza.

En el momento de evolución del procedimiento medieval que nos presentan los fueros municipales, y en vista de los escasos datos que nos proporcionan sobre el particular, quizá sea aventurado afirmar que se emplea el riepto en la querrela contra el juez por sentencia injusta. La prohibición de reptar al juez que *iudicium sue porte firmauerit*²⁰ probablemente revela, por lo menos, el aludido empleo del riepto para la impugnación de sentencias en un estadio anterior, semejante a la práctica de otros procedimientos primitivos²¹.

20. F. Cuenca (560) 21,8: Cum iudex iudicium sue porte firmauerit, sit creditus, et non reptetur. F. Teruel 211. Vid. n. 22.

21. BRUNNER-SCHWERIN, *Historia del Derecho germánico* (Barcelona 1936) p. 25.

Pero parece claro que aquello que los jueces, alcaldes, fieles y escribanos *firmaren* en determinadas circunstancias constituye prueba firme en pleitos de cierta cuantía, hasta veinte mencales. A partir de esta cifra, si no eran creídas, se podían impugnar mediante una querrela por falso testimonio, semejante a la que se podía interponer a los testigos ²².

Las declaraciones de los testigos, aquello que *firmaren*, constituyen también prueba firme hasta veinte mencales, y no pueden ser impugnadas. Desde veinte mencales en adelante, sus declaraciones o *firmas* podían ser impugnadas ²³.

La querrela por falso testimonio que se podía interponer contra los testigos conduce implícitamente al riepto; el riepto era el único medio de prueba. Esta es la característica más relevante del riepto que se emplea en este tipo de procedimiento, y que la distingue del utilizado en los procedimientos por delitos de *caloquia*. Resulta claro del testimonio de todos los textos que la querrela por falso testimonio sólo podía decidirse por riepto. Tanto es así, que los fueros se cuidan de repetir que los menores de doce años solamente pueden firmar hasta veinte mencales; y en asuntos superiores a esta cuantía sólo deberá firmar aquel que *quisiere rresponder a rriepto*, pues de otra manera su testimonio no vale ²⁴.

El sistema de evacuar el procedimiento de falso testimonio

22. *F. Cuenca* (553) 21,1: *Quandocumque testes, seu fideles, seu alcaldes facticij firmauerint, usque ad uiginti mencales, sint crediti; supra uiginti, si crediti non fuerint, reptentur. F. Cuenca* (554) 21,2: *Si alcaldes iurati, uel iudex siue notarius simul firmauerint, non reptentur, et sint crediti. F. Cuenca* (555) 21,3: *Si iudex, aut aliquis alcaldum iuratorum, seu notarius cum alijs non iuratis firmauerint supra uiginti mencales, si crediti non fuerint, reptentur. F. Teruel* 239.

23. *F. Cuenca* (35) 2,8: *Si testes hereditatis usque ad uiginti mencales firmauerint, sint crediti: a uiginti et supra reptentur, si querimoso placuerit... F. Cuenca* (553) 21,1 cit. n. 22. *F. Teruel* 239, *Otrosi*, quando qujere que los testigos o los fielles o los alcaldes fechiços firmaran fasta XX sueldos, sean credidos et non sean reptados, más de XX sueldos asuso, si credidos non fueren, sean reptados.

24. *F. Cuenca* (552) 21,18: *Filij uicinorum qui duodeni fuerint, firment usque ad uiginti mencales; supra uiginti firmet ille qui ad reptum respondere uoluerit; et si respondera noluerint, non sufficit ad testimonium. F. Teruel* 238.

mediante el riehto subsiste, al menos en Cuenca, hasta la mejora de Sancho IV al fuero de aquella localidad. Se establece allí que, en adelante, el acusado de falso testimonio *se salve por juras et non por lid* ²⁵.

El riehto se emplea también, según hemos visto ya, en el procedimiento o procedimientos de los delitos de *calonia*. Se utiliza en casos de homicidio ²⁶, lesiones graves ²⁷, delitos contra el honor ²⁸, delitos contra la honestidad ²⁹, hurto y robo ³⁰ y otros varios delitos como la *ligadura* de hombres o bestias realizada por varón ³¹, la venta de cristiano ³², etc. También se usa en el delito que podemos denominar traición de sirviente ³³, e incluso en casos de acciones contra el señor ³⁴, que parecen aproximarse a la idea de traición de lesa majestad, frente a la idea de traición, delito de gravedad especial, de los Derechos locales ³⁵.

En todos los textos citados, que describen los casos en que se emplea el riehto y revelan sus modalidades, se establece el

25. *F. Cuenca, Ap. 4. Mej. Sancho IV, 5*: Otrosi, a lo que me enbiastes dezir que quando los omnes buenos firman lo que saben que auien de lidiar con su egual, et esto que uos lo mejorase; a esto mando que se saluen por juras et non por lid. *Idem, Id. 6*: Otrosi a lo que se me enbiastes dezir que quando los omnes buenos firman lo que saben en lo que son llamados por testigos que los rriieptan por ello et que an de lidiar; esto no lo tengo por bien et mando que los puedan contra dezir en dichos et en personas et las pruebas que sean rreçebidas por escrito.

26. *F. Teruel 17. F. Cuenca (362) 14,2; (367) 14,7; (369) 14,9; (370) 14,10, etc.* En general, en todos los supuestos de *F. Cuenca 14*, título de la forma sistemática, y, además, *F. Cuenca (263) 11,13 y (265) 11,15*.

(27. *F. Teruel 498, 500, 501, 502, etc. F. Cuenca (311) 12,8; (312) 12,9; (313) 12,10; (314) 12,11; etc.*

28. *F. Teruel 503 y 522. F. Cuenca (321) 12,18 y (348) 13,8.*

29. *F. Teruel 476, 477 y 478. F. Cuenca (277) 11,26 y (285) 11,34.*

30. *F. Teruel 601. F. Cuenca (268) 11,17.*

31. *F. Teruel 492. F. Cuenca (283) 11, 41.*

32. *F. Teruel 496. F. Cuenca (299) 11,47.*

33. *F. Teruel 703, 704 y 705. F. Cuenca (901) 38,2; (902) 38,3 y 903) 38,4.*

34. *F. Cuenca (305) 12,2.*

35. Para la idea de traición, vid. ÓRLANDIS, Sobre el concepto de delito cit. p. 125 y ss; OTERO, *El riehto* cit. p. 56 y ss.

principio de que se utiliza como medio de demostrar el acusado su inocencia solamente cuando no se le puede probar la comisión del hecho imputado. Es lo que expresan los susodichos textos cuando dicen: *qual qujere que... et prouado'l fuere*³⁶, *quicumque de... conuictus fuerit*³⁷, *quicumque alicui... si querelusus firmare potuerit*³⁸; y que nos confirma la Carta del rey Don Sancho en mejoría del F. Cuenca³⁹ sería uso hasta entonces, cuando dispone: *E a lo que desides que el que demanda que fizo algun fecho e non gelo puede prouar, que auie de lidiar con su egual...*

En el supuesto de que no se pueda probar la comisión del hecho y exista sospecha, se establece el riepto como medio de demostrar la inocencia, en unos casos, como único medio de prueba de que dispone el acusado, al igual que en el procedimiento por falso testimonio.

F. Teruel 492

Del que façe ligaduras.

De cabo, si muger que omnes o bestias o algunas cosas ligara et prouado'l sera, sea quemada; si non, saluese por el fierro calient et esblanquecido. Si por auentura el baron fuere ligador et prouado'l fuere, sea esquilado en cruces et corriagado et echado de Teruel. E si negare, saluese a su par...

F. Cuenca (299) 11,47

Deo eo qui xristianum uendiderit.

Vir aut mulier, si xristianum uendiderit, conburatur, si probatum fuerit: sin autem, uir subeat pugnam, mulier capiat ferrum. Si quis xristianum uendiderit, et affugerit, nunquam concilio reconcilietur.

En otros casos, se establece el riepto junto con el juramento con doce vecinos, generalmente.

F. Teruel 498

Del que oio ageno quebrare.

Mando encara que qual quiere que oio ageno quebrara e prouado'l sera, peche por qual quier oio C morauedis alfonsis;

36. *F. Teruel 484.*
 37. *F. Cuenca (268) 11,17.*
 38. *F. Cuenca (321) 12,18.*
 39. *F. Cuenca, Ap. 4,4.*

si non iure con XII uezinos d ressonda a su par, lo que mas pluguiere al querellosos; mas si conplir non pudiere o uencido fuere, peche la calonia iudgada.

F. Cuenca (268) 11,17

De furto et latrocinio.

Quicumque de furto uel latrocinio conuictus fuerit, precipitetur: si conuictus non fuerit, et negauerit usque ad quinque mencales... a uiginti et supra eligat querimoniosus, an suspectus iuret cum duodecim uicinis, et si creditus, uel iure solus. et respondeat ad reptum. Si pugnauerit, et uictus fuerit, pectet petitionem duplatam, et palacio nouenas.

Quando el riehto se establece alternativamente con el juramento de cojuradores, como se puede observar, es el demandante quien elige entre el juramento copurgatorio o el riehto para que se salve el acusado.

El establecerse el riehto como prueba única parece obedecer a una mayor gravedad de los delitos; mientras que en los casos de menor gravedad aparece alternativamente con el juramento con doce vecinos, para poder elegir entre uno u otro medio de prueba. Pero sucede que los fueros municipales no siguen un criterio uniforme, ni siquiera los de una misma familia, pues se da el caso que en supuestos de delitos de calonia para los cuales F. Cuenca establece la alternativa de medios de prueba, F. Teruel impone el riehto como prueba única. Así sucede, por ejemplo, con el homicidio y con el hurto. F. Teruel 17 exige salvarse por lid aun en el caso de homicidio simple, mientras que F. Cuenca (367) 14,7, en el mismo supuesto e incluso en los casos que podemos calificar de homicidio agravado (F. Cuenca [263-267] 11,13-16), establece la elección entre el juramento con doce vecinos o el riehto. Y lo mismo puede decirse respecto a F. Teruel 601 y F. Cuenca (268) 11,17 sobre hurto. Aparte de estos supuestos, parece que existe una uniformidad de criterio en la valoración de los fueros. A pesar de todo, será preferible decir que, dentro del criterio de gravedad delictual de cada ordenamiento local, el riehto aparece como único medio de salvarse el acusado de la imputación de ciertos delitos más graves, mientras que se presenta alternativamente con el juramento de cojuradores en los otros casos considerados me-

nos graves. Ahora bien, el riepto aparece siempre, en los delitos que hemos enumerado, cuando se trata de acciones de cierta gravedad, y, por consiguiente, no se ve empleado en los supuestos de lesiones o hurtos de poca entidad. Se establece como medio de prueba único en los delitos contra el señor *cuyo pan se comiere y cuyo mandado se fiziere*, contra el señor natural, en el delito de *ligadura* de hombres o bestias y en el de venta de cristiano. Eventualmente, algunos fueros lo imponen en otros delitos, como F. Teruel en el homicidio y en el hurto grave, quizá por atribuirles una mayor relevancia a estos delitos. En todos los demás casos, que hemos enumerado más arriba, aparece establecido alternando con el juramento de doce vecinos.

3.—La lid que se celebra por los juicios de los alcaldes, regulada en los fueros municipales ⁴⁰, tiene alguna semejanza con la utilizada en el Riepto de los hidalgos, pero difiere de ella en algunos aspectos esenciales.

Repetiremos nuevamente que el riepto municipal no pasó de ser un simple medio de prueba en juicio para evidenciar la inocencia o la culpa de ciertos reos mediante la antervención de la divinidad. La lid de los concejos tiene el carácter de ordalía, que nunca adquirió la lid celebrada por motivo de Riepto de hidalgos ⁴¹. Ya las Partidas pusieron de relieve esta diferencia esencial entre la lid del Riepto de los hidalgos y la de los concejos al enumerar las dos clases de lid que se emplean en forma de prueba. Son éstas, según el Código alfonsino, la que hacen los hijosdalgo lidiando a caballo y la que suelen hacer a pie los hombres de las villas y de las aldeas, conforme al fuero antiguo que usan. Pero esta diferenciación de formas de lid que aparece en Part. 7,4,1, quizá no se refiere exclusivamente a la diferencia formal que supone el modo de realizarse a pie o a caballo, con las armas del peón o del caballero. Esta clasificac-

40. Muchos fueros municipales contienen disposiciones relativas a la lid, pero en ninguno se encuentra tan ampliamente regulada como en F. Cuenca y F. Teruel. Sobre los textos de ambos fueros, que coinciden de manera esencial, haremos un análisis de la lid del Derecho local.

41. OTERO, *El riepto* cit. p. 78.

ción debe interpretarse como una distinción de dos clases de prueba que se consideran especialmente distintas. No se podía establecer la distinción por el simple hecho de que la lid se realice a pie o a caballo, puesto que la lid de los concejos podía realizarse a pie o a caballo ⁴². El legislador de Partidas no podía pensar en esta simple diferencia de forma, que no siempre las separa, sino en el carácter esencialmente distinto de la lid del Riepto de los hidalgos y del riepto municipal.

El carácter de ordalía del riepto municipal se manifiesta en todos sus aspectos. En el Riepto de los hidalgos la lid no es obligatoria, sino que es potestativa del reptado, y solamente puede celebrarse, por mandato del rey, cuando el reptado, voluntariamente, se aviene a luchar ⁴³. La lid de los concejos, por el contrario, es obligatoria, es el único medio de prueba establecido en el procedimiento por falso testimonio y en algunos supuestos de delitos de calaña. Y en los casos que se establece junto al juramento de cojuradores, es el demandante, el reptador, quien elige entre ambos medios de prueba; por lo cual la lid nunca es potestativa del reptado, sino siempre obligatoria para él.

Consecuencia de esta manifestación del carácter de ordalía del riepto municipal es que el reptado no puede dar par al reptador, y siempre se ha de buscar un lidiador que sea parejo en todo al reptado; hasta el extremo de que, si no apareciere par del reptado, éste es *quito* de la acusación mediante juramento. Sin embargo, en la lid del Riepto de los hidalgos, por el contrario, se establece de modo general que el reptador no puede dar par si el reptado no quisiere; mientras que se posibilita al reptado para ser sustituido en la lid por otro que sea par del reptador en linaje, fuerza, etc. ⁴⁴.

El carácter de medio de prueba ordalía del riepto municipal nos lo terminan de acreditar las formas de ser vencido en él y sus consecuencias. Será dado por vencido el que durante la lid,

42. F. Teruel 247 y 249. F. Cuenca (566) 22,4; (567) 22,5 y (572) 22,10. F. Salamanca 92. Vid. n. 18.

43. OTERO, *El riepto* cit. p. 68, 69 y 74.

44. OTERO, *El riepto* cit. p. 75.

45. OTERO, *El riepto* cit. p. 75.

sin excepción, se saliese de los límites del campo; el que fuere muerto en la lid, aun sin confesarse autor del delito, como se exigía en la lid del Riepto de hidalgos ⁴⁵; o aquel lidiador que se confesase culpable, *que dirá la palabra establida*. Las consecuencias que se derivan de ser vencido en el riepto municipal son lógicamente distintas de las que se siguen de ser vencido en la lid celebrada por Riepto. En este último caso, simplemente la consideración de traidor o alevoso, es decir, las consecuencias que se derivan de ser vencido en un procedimiento para casos de traición y aleve. Sin embargo, del riepto que se hace con ocasión de los juicios de los alcaldes, y como consecuencia de su naturaleza de medio de prueba aplicable a distintos procedimientos, se derivarán las diversas consecuencias que nacen de ser vencido en cada uno de ellos, pero no unas consecuencias especiales y uniformes. Para calibrarlas, se hace necesario distinguir entre el riepto que se realiza por falso testimonio y aquel otro tipo al que tan gráficamente denominan los fueros riepto por delito de *calonia*. El que fuere vencido en el riepto celebrado como prueba en el procedimiento de falso testimonio debía *pechar la demanda duplicada*, y el que fuere vencido en riepto celebrado en procedimiento por delito de *calonia* la pena correspondiente al delito del que resultare autor.

La lid del Riepto de hidalgos solamente podía hacerse por mandato del rey, en el día y lugar por él señalados. La lid del procedimiento municipal es general que se celebre siempre en la dehesa de la villa o en otro lugar expresamente señalado ⁴⁶, en un día también determinado. Así, por ejemplo, en Teruel, los lidiadores debían ser *emparejados* el viernes y en Cuenca el sábado ⁴⁷.

46. *F. Alba de Tormes 61*: Si algunos omnes ouiren a lidiar en Alba, en estos cotos lidien: en la defesa del huerto de Pedro Uermudez como ua la carrera al sendero de san Leonardo; e oriela de rio, como ua al azena dela penna...; *F. Salamanca 91*: E qui lidiar ouier por ioyzio de nuestros alcaldes, ysca alidiar en el arenal; e non pechen coto ne los iurados nin ellos. *F. Salamanca 88*: ... E el coto delos lidiadores sea dela riba delante asta o cae el brazo eno rio, edel oriela del rio por todo el arenal...

47. *F. Teruel 245*: De cabo es a saber que, quando algunos deuran lidiar asin como el fuero manda, sean enparejados en el dia de ujernes

El *emparejamiento* de los lidiadores, que se realizaba el viernes, sábado u otro día expresamente fijado, es el trámite inicial del repto. En este momento, y no en otro posterior, el reptado puede alegar lo que podemos denominar excepción de *malatia*. El reptado enfermo debía mostrar la *linencia* a los alcaldes; y si fuere interna o en lugar que le produjera vergüenza exhibirla, jurando que por la dolencia rehuye la lid, y no por otra causa, debe ser creído. En este caso, los alcaldes debían concederle un plazo de nueve días para que presentara un lidiador comunal que combatiera por él ⁴⁸.

Después del aparejamiento, el reptado que deba lidiar tiene que manifestar, en aquel instante, si quiere lidiar a pie o a caballo. En ambos casos, los alcaldes deberán otorgarle al reptador un plazo de *tres nueue dias* para que, cada novena, presente, según la clase de lid elegida por el reptado, cinco caballeros que no sean *logadiços nin braçeros nin sinjestros*, sino parejos en todo al reptado, o bien cinco peones que tampoco sean *braceros ni esquierdos nin ferreros*, sino también parejos al reptado; no podrá aducirse asimismo aquel caballero o peón que ya hubieran lidiado en la localidad. El juez y los alcaldes deben examinar fielmente los caballeros y peones presentados por el reptador en cada una de las novenas, a fin de elegir entre ellos uno se-

et non en el dia del sabado, asin que en aquella noch puedan uellar las armas, segunt del fuero. *F. Cuenca* (563) 22,1: Quicumque pug-nare debuerit parificentur in die sabbati, et non in die ueneris, sicut superius dictum est.

48. *F. Teruel* 246: Enpero, a saber es que, si el reptado fuere linencioso, la ora que será reptado demuestre la linencia delant los alcaldes, si fuere en tal lugar que no aya uergüença de demostrarla segunt la ley. Si por auentura aquella linencia dentro en el cuerpo sera o en tal lugar, como desuso es dicho, qu'el aya uergüença de demostrar, jure el linencioso que por aquella linencia dexa de lidiar et non por otra ocasion, et jurando en tal manera sea credido, segunt del fuero. Enpero, si aquella ora que fuere reptado la linencia como es dicho non la demostrara o non dira que es linencioso, después non le uala por que ponga aquella ocasion, mas mayormentre sea reptado et lidie. Mas aquel que por linencia lexara la bataja, los alcaldes denle plaço de IX días que de otro, en su uez, comunal lidiador, qual en las siguientes cosas sera demostrado. *F. Cuenca* (564) 22,2 y (565) 22,3.

mejante en todo al reptado ⁴⁹. Y si al cabo de los tres plazos de nueve días no se logra presentar un caballero o peón, según los casos, que pueda ser aparejado con el reptado por ser semejante a él, entonces el reptado jurará que no es culpable y deberá ser creído y desreptado. Mas si alguno de los caballeros o peones presentados fuere *menor de cuerpo* que el reptado, y quisiere lidiar —*et demandara*—, puede celebrarse la lid. Cuando se consiga el aparejamiento, o si alguno *demandara* al reptado, los lidiadores velarán las armas aquella noche. Al día siguiente, después de oída la misa, los lidiadores se armarán con sus armas correspondientes y procederán a jurar. Sobre el altar y los evangelios, el reptado jurará que defiende la verdad, y el demandante debe jurar que el reptado juró falsamente, y reptarlo ⁵⁰.

49. Creemos que la expresión *después que la suert cadra sobr'el* hay que interpretarla en relación con los desafíos múltiples del homicidio, en los cuales sólo uno de los desafiados tiene que luchar.

50. *F. Teruel 247*: De cabo mando que qual qujere que sera reptado, después que la suert, como es dicho, cadra sobr'el hi luego diga si cauallero o peon querra ffer la batalla judgada. Mas si dira que cauallero querra lidiar, stonçes los alcaldes denle tres IX dias d'espacio, et el que demanda aduga en cadauna nouena cinco caualleros que non sean logadiços njn braçeros njn sinjestros, si non qual fuere el reptado sobredicho. Et quando fueren aduchos, el júdez et los alcaldes caten fiel mjentre qual de los lidiadores aduchos sean eguales al reptado en todas cosas, segunt del fuero. Et quando los deuran mesurar o enparejar, con correa los enparegen. et depues que tres uegadas non uerna egual al reptado, mas non sea mesurado. Et si alguno de aquellos caualleros en la primera nouena con el reptado se enparejara, luego lidien. Mas si en la nouena primera o en la secunda non trobaran par al reptado, como es dicho, aduziendo el demandador en cada una nouena cinco caualleros, como qujere en la tercera nouena los aduga. Et si por auentura en estas tres nouenas alguno de aquellos XV caualleros al reptado asin como es fuero non se enparejara, luego jure el reptado que no es culpable et sea credido et desreptado. Enpero, si alguno de aquellos XV caualleros sera menor de cuerpo et demandara al reptado, lidie con el. Mas si alguno se enparejara al reptado, o como es dicho, le demandara, aquella noche uelen las armas. Mas otro dia, mjssas cantadas en la eglesia de Santa Maria, ellos uistan sus armas et el reptado jure depues que uerdat deffiende, et luego jure el demandador qu'el reptado juro falsamjentre et rieptelo; et aquellas juras

Prestado el juramento, y ya en el campo, el juez y los alcaldes señalaban a los lidiadores los mojones y les partían el sol⁵¹. Cuidarían también de que llevaran las armas establecidas —loriga, porra de hierro o brahonerías, yelmo, lanza, escudo y dos espadas los caballeros, y estas mismas armas más una espada los peones—, pues aquel que llevara otras que las señaladas caería del pleito⁵². Los lidiadores no podían mejo-

sean fechas sobre el altar et los Santos Euangelios. Et, a questo fecho, vayan al campo, como es fuero d'esta uilla. Et quando seran en medio del campo, el juez et los alcaldes demuestren les los mojones del campo, como es fuero. Mas d'aquj adelant partan les el sol. Et depues que començaren a lidiar, si alguno de aquellos el mojon del campo traspasara, sea uencido. Mas si a saber es que sienpre el que demanda deue enuadir et el reptado, segunt del fuero, deffender. Et si por auentura el reptador derrochara al reptado, decenda a el quando le plaçra, segunt del fuero. Mas si por auentura el reptado derrochara al demandador, non sea tenjdo de descender de su cauallo contro su uoluntad, segunt del fuero. *F. Teruel 249*: De cabo es a saber que, si el reptado dira que lidiara a pie, stonçes los alcaldes den le tres IX dias de espacio al reptador que aduga en cada una nouena V peones que non sean braçeros ni ezquierdos ni ferreros, si no atal qual sera el reptado, como es fuero. Otrosi, non sea recebido aquel cauallero o peon que en Teruel otra uez hizo bataia, si non fuere el mismo por si reptado. Encara mando qu'el juez et los alcaldes caten fidelmente aquellos V peones los quales adura el demandador en cada una IX:a, qual de aquellos lidiadores sera ensemble al reptado en todas cosas, segunt del fuero. Et si fasta la tercera nouena non podra seer enpareiado, como de suso ya es dicho en los caualleros, jure el reptado que no es culpable et sea credido et desreptado. Si por auentura fasta la tercera IX:a sera enpareiado, luego en aquella nouena que podran seer enpareiados uelen las armas et juren et uayan al campo, como de suso es demostrado de los caualleros. Por fuero todas las armas del cauallero aya el peyon, empero una espada tollida. Et quando el reptador o el reptado sera uencido como es fuero, fagan d'el como de suso es dicho de los caualleros. Si por auentura alguno de los lidiadores otras armas o algun malfecho con si leuara al campo, por esto caya del pleyto. *F. Cuenca (566) 22,4; (567) 22,5; (568) 22,6; (573) 22,11 y (574) 22,12.*

51. *F. Teruel 247 in fine. Vid. n. 50.*

52. *F. Teruel 248*: ... Estas son las armas del cauallero, segunt del fuero: loriga, brahonerías de fierro, yelmo, escudo et lança et dos espadas. *F. Teruel 249*: ... Por fuero todas las armas del cauallero aya el peyon, empero una espada tollida... *F. Cuenca (575) 22,13*: Per fo-

rar las armas mencionadas ni recibir ayuda; hasta el punto que se señalan fuertes multas para aquellos que les faciliten armas distintas o les hablen después de comenzar la lid⁵³, y para cualquiera, excepto los fieles, que penetre en el campo⁵⁴.

Una vez solos en el campo los lidiadores, el reptador debe acometer al reptado, y éste defenderse⁵⁵. Y cualquiera de los contendientes que durante la lid se saliese de los límites del campo será dado por vencido⁵⁶.

La lid puede prolongarse durante tres días⁵⁷. Si el primero o segundo día el reptado o el reptador no fueren vencidos, al llegar la noche, el juez los sacará del campo y los meterá en su casa, en donde les hará igualdad en el comer y en las demás cosas, y no dejará que se comuniquen con nadie. Al día siguiente, el juez se cuidará de volverlos al campo en el mismo estado

rum sint hec militis arma, Lorica, Galea, Occree Ferree, Lancea, Scutum, et duo gladij. Eadem sint arma peditis dempto uno gladio.

Las armas del peón serían las del caballero más una espada de tipo distinto, pero sin la lanza, como dice *C. Valentino* 3,6,7.

F. Cuenca (576) 22,14: Si aliquis pugilium ad campum alia arma portauerit, aut maleficium fecerit, eo ipso cadat a causa. *F. Teruel* 249 cit. n. 50.

53. *F. Teruel* 250: Otrosi, si alguno a los lidiadores otra arma dara a su cient, peche C morauedis alfonsis, si prouado'l fuere segunt del fuero. Otrosi, qual qujere que a los lidiadores, depues que fueren amonestados, dira alguna palaura, peche LX sueldos, si prouado'l fuere como es fuero. *F. Cuenca* (577) 22,15.

54. *F. Cuenca* (578) 22,16: Sexaginta menkales pectec' quicumque metas campi intrauerit. Et iste calumpnie sint alcaldum et querolosi: fideles intrent, et stent ubicumque eis placuerit, *F. Teruel* 251.

55. *F. Cuenca* (568) 22,6: ... Semper conquirat ille qui petit et reptatus defendat. *F. Teruel* 247 cit. n. 50.

56. *F. Cuenca* (568) 22,6: ...Postquam pugnare ceperint, si aliquis eorum metam transierit, sit uictus... *F. Teruel* 247 cit. n. 50.

Los fueros municipales, excepto *F. Salamanca* 88 —...e si al rio entrar o ela riba del brazo passar, sea arrancado, si non pudier iurar que el caualo lo passo el rio alende sin grado—, no hacen la excepción de salida del campo por rienda quebrada o *malatia* de caballo establecida en *Part.* 7,4,4 y *F. Real* 4,21,9.

57. *F. Teruel* 248: Et si el reptado fasta tercer día entroa el sol puesto podrá uençer... *F. Cuenca* (569) 22,7: Si ille qui petit, in tercio dia uincere non potuerit reptatum usque ad occasum solis...

de armas en que estaban cuando salieron ⁵⁸. Si el reptado se pudiese defender tres días sin ser vencido, al llegar la puesta del sol del tercer día, debe ser creído y desreptado, lo mismo que si hubiese vencido ⁵⁹.

Será dado por vencido aquel lidiador que fuere muerto en el campo ⁶⁰, el que dijere la *palabra establecida*, oyéndola los fieles, o si la dijere aquel por quien se hace la lid ⁶¹. También será dado por vencido, como hemos visto, aquel lidiador que se saliese de los límites del campo ⁶², límites que no debían ser abreviados ni alterados mientras durase la lid ⁶³. Es natural que el contendiente que mate al adversario no debe pagar calonia

58. *F. Cuenca* (679) 22,17: ... Pugnatores donec pugna sit finita, simul comedant, et iaceant in domo iudicis. *F. Teruel* 253: ... Encara, los lidiadores ensemble coman e jagan en casa del judez fasta que la bataia sea finada et pasada, como es fuero. *F. Cuenca* (580) 22,18: Ipse iudex custodiat pugiles a colloquio ceterorum hominum: alia die iudex et alcaldes mitant pugnatores in campo armatos, eo modo que eos extraxerint; arma eorum ponant similiter in campo eo modo quo ea inuenerint. *F. Teruel* 254.

59. *F. Cuenca* (569) 22,7: Si ille que petit in tercio dia uincere non potuerit reptatum usque ad occasum solis, reptatus sit creditus, et statim in campo dereptetur. Si uincerit reptatus, in campo statim dereptetur. *F. Teruel* 248.

60. *Part.* 7,4,4, y *F. Real* 4,21,19 no consideran vencido al reptado que muriere en el campo. En el caso que el reptador fuere muerto, el reptado sí debe quedar libre del ripto. Y el reptado que muriese en el campo y no se declarase vencido o no se confesase autor del hecho por que fué reptado, moriría libre de la acusación. La diferencia de la forma de ser vencido en ambos tipos de lid revela claramente el carácter de ordalía del ripto municipal.

61. *F. Teruel* 257: Decabo mando que aquel sea tenido por uencido que en el campo fuere muerto. Enpero el matador non peche por el calonia ni ixca por enemigo. Otrosi, aquel sera uencido que en el campo dira la palabra establecida, oyendo lo los fideles, o esto mismo dira aquel por quien se fara la bataia... *F. Cuenca* (583) 22,21: Victus habeatur ille, qui in campo fuerit interfectus. Interfector non pectet calumpniam proinde, nex exeat inimicus.

62. *F. Teruel* 247 y *F. Cuenca* (568) 22,6 cit. n. 56.

63. *F. Teruel* 252: Encara, es a saber que los moiones que los alcaldes o los fieles faran o pornan, asin de los caualleros como de los peones lidiadores, en el campo, non sean apartados nin mudados fasta que la bataia sea finada, como el fuero manda. *F. Cuenca* (579) 22,17:

por homicidio ni, menos aún, quedar enemigo de los parientes del muerto por razón de aquella muerte ⁶⁴.

Las consecuencias que se derivan de ser vencido en la lid son distintas según se trate de riepto por falso testimonio o por delito de *calonia*. El que fuere vencido en riepto por falso testimonio debía *pechar la demanda duplada*; y puede el demandante tenerlo preso hasta que pague. El vencido en riepto por delito de *calonia* incurría en las penas correspondientes al delito imputado: homicidio, lesiones, hurto, etc. Si el delito fuere de *calonia* en la que el palacio tiene parte, lo deberá tener preso el juez hasta que pague, a no ser que dé en el campo una fianza que cubra la demanda ⁶⁵.

Los lidiadores pueden avenirse entre sí cuando les plazca, antes de la lid o bien durante la lid. También podían llegar a una composición en cualquiera de aquellos momentos, salvo en el supuesto de riepto por delito de *calonia* en el cual palacio tenga derecho—como sucede en los casos de hurto y homicidio—, en cuyo caso no pueden *componerse* sin el consentimiento de palacio ⁶⁶.

ALFONSO OTERO

Ille mete quas alcaldes tam militibus, quam peditibus in prima die posuerint; non abreuientur donec pugna sit finita...

64. F. Teruel 257 y F. Cuenca (583) 22,21 cit. n. 61.

65. F. Teruel 248: ... Mas si por auentura el demandador o el reptador uengra et la bataja por falso testimonio o por debdo sera fecha, el reptado peche la demanda duplada, et el quereloso tengalo preso fasta que pague. Si por auentura el reptado fuere uencido por calonia de que palacio a su derecho, el judez tengalo preso fasta que pague, si non diere luego en el campo fianças ualederas por toda la demanda. Mas palacio nunca meta manos sobr'el, como el fuero manda... F. Cuenca (570) 22,8 y (571) 22,9.

66. F. Teruel 255: Mas los lidiadores conpongan s'entre si quando las plazca, o antes de la bataia o despues, si aquel riepto non fuere por calonia en que el palacio aya su derecho, assi como es por homizilio o por furto. Que si por furto o por homizilio sera fecha la bataia, non se pueden entre si conponer, si non fuere con uoluntat o con amor de palacio. F. Cuenca (581) 22,19: Pugnatores conponant inter se, quandocumque sibi placuerit, siue ante pugnam, siue in pugna, nisi reptum fuerit pro furto, uel homicidio. Si enim pro furto, uel homicidio fuerit, nequeunt componere sine palacio, pugna incepta.

LA JURISDICCION DE HACIENDA EN INDIAS

(S. XVI Y XVII)

SUMARIO: I. Introducción.—II. Jurisdicción de la Casa de Contratación de Sevilla y de los Jueces de Cádiz y Canarias.—III. Los Oficiales Reales de las Indias.—IV. Los pleitos fiscales hasta la creación de la jurisdicción de Hacienda.—V. Concesión de jurisdicción autónoma.—VI. El ejercicio de la jurisdicción: A) Competencia. B) Deudas al Fisco. C) Comisos. D) Las apelaciones.—VII. Jurisdicción de los Tribunales de Cuentas de Indias.

I. INTRODUCCIÓN

La administración de justicia en las Indias españolas presenta unos caracteres peculiares al Derecho público de la época que admirablemente ha puesto de relieve ZORRAQUÍN BECÚ en un libro fundamental sobre el tema, y que a pesar del enfoque limitado con que está voluntariamente realizado, ofrece el panorama más completo que se ha realizado hasta ahora¹: «En el Derecho indiano—escribe ZORRAQUÍN—, si bien no hubo separación de poderes, porque derivando todos del Rey era imposible dividir lo que emanaba de una fuente única, se impuso sin embargo una marcada distinción de funciones que fundamentalmente eran entonces las de Gobierno, Guerra, Justicia y Hacienda.» Pero esta distinción no se llevó a sus últimas consecuencias, separando también los funcionarios que debían impartirlas, sino que se limitó a acordarles cierta autonomía,

1. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ: *La organización judicial argentina en el período hispánico*. Buenos Aires, 1952.

amoldándose a las características particulares de estas materias tan diversas. La función judicial no tuvo magistrados autónomos. Todos los jueces de primera instancia fueron a la vez mandatarios de otras categorías: los alcaldes ejercían también funciones administrativas en el gobierno comunal; los gobernadores, corregidores y tenientes acumulaban atribuciones políticas, militares y judiciales; los Oficiales Reales, además del cobro, cuidado y aplicación de la rentas, podían perseguir a los deudores del Fisco sin necesidad de recurrir a los tribunales; las Audiencias unían a sus facultades predominantemente judiciales otras de índole gubernativa.

La división de funciones se ligaba a otra de índole jurisdiccional. A cada una de las materias en que se dividía la competencia del Estado—exceptuando, naturalmente, a la justicia—correspondía un fuero especial cuyos magistrados ejercían la función.

La distinción de magistrados no fué motivada por el deseo de llegar a la especialización judicial—como ocurre actualmente—, sino por la necesidad de reunir en las mismas manos cada categoría de funciones, con entera independencia del concepto moderno relativo a la separación de los poderes.

No hubo un plan preconcebido y sistemático en la organización de la administración de justicia en las Indias, sino que los órganos jurisdiccionales se iban creando a medida que resultaban necesarios, y siempre con la tendencia a unir las funciones ejecutiva y jurisdiccional².

El «fuero de Hacienda» aparece en Indias en el tercer tercio del siglo xvi obedeciendo a necesidades concretas que serán puestas de relieve en este trabajo. Las facultades jurisdiccionales son concedidas a los llamados Oficiales Reales de la Hacienda que las conservarán ya durante siglos, constituyendo su ejercicio la expresión más genuina de este fuero especial. Al margen de él surgirá a principios del siglo xvii otra jurisdicción de Hacienda, la de los Tribunales de Cuentas de Indias que, brevemente, será también examinada aquí. El cua-

2. ZORRAQUÍN BECÚ: *Op. cit.*, 19-20, 25-26.

uro se complicará más en la segunda mitad del siglo XVIII, con la aparición de los intendentes, pero ya ese período escapa a los límites de este estudio que tiene por término la Recopilación de Leyes de Indias de 1680.

La jurisdicción de Hacienda en Indias ha sido estudiada brevemente en el citado libro de ZORRAQUÍN, pero limitada al territorio del Río de la Plata. ESCALONA AGÜERO, en su famoso *Gazophilatium*³, le dedicó un breve capítulo, pero con un enfoque doctrinal y práctico, no histórico. Algunas de sus citas legales y observaciones han sido utilizadas en este estudio.

Pero la fuente principal del mismo es la rica documentación manejada al preparar un libro sobre la organización financiera de las Indias en el siglo XVI, que pronto verá la luz en la Colección Histórica del Estudio General de Navarra. En primer término, el abundantísimo material legislativo impreso que hoy día es posible reunir de las numerosas colecciones documentales existentes. La Recopilación de 1680 dedica el título III del libro VIII a la jurisdicción de los Oficiales Reales, y el I y II del mismo libro a la de los Contadores de Cuentas, pero la utilización de los textos recogidos en ella requiere especial prudencia. El *Cedulario* de ENCINAS recoge los textos legales principales vigentes en la última década del siglo XVI, pero apenas arroja luz sobre lo que ocurre en materia de pleitos fiscales en la primera mitad del siglo. Una vez más se demuestra prácticamente en este estudio la importancia como fuente de la famosa y discutida *Copilata de Leyes de Indias*⁴ para el período anterior a 1570. Ella ha sido el único testimonio que he logrado de la existencia de ciertas disposiciones relacionadas con los pleitos fiscales antes de la creación de una

3. GASPAR DE ESCALONA AGÜERO: *Gazophilatium Regium Perubicum*, Madrid 1647. Hay tres ediciones posteriores, la última de ellas incompleta. (Cfr. ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, en «Anuario de Estudios Americanos», vol. II, Sevilla, 1945, págs. 856-859.)

4. Nombre con que, a partir de los trabajos del actual director del Archivo de Indias, JOSÉ DE LA PEÑA CÁMARA, es conocido entre los investigadores el manuscrito *Gobernación espiritual y temporal de las Indias*, publicado en la «Colección de documentos inéditos de Ultramar», volúmenes 20 a 25.

jurisdicción autónoma. Otros textos legales proceden de Cédularios particulares (principalmente el de PUGA para México y el de Tierra Firme publicado por ALVAREZ RUBIANO) y de las dos series generales de documentos inéditos de Indias, tan ricas en material legislativo ⁵. En algunos casos, los textos proceden del Archivo de Indias de Sevilla o de la colección de manuscritos de la Biblioteca Nacional de Madrid.

Tanta o mayor importancia como fuente de este estudio la ha tenido la correspondencia de los Oficiales Reales con el Consejo de Indias. No puede olvidarse que todo problema de gobierno, como el de la implantación de una nueva jurisdicción, es fruto, sobre todo, de un amplio diálogo entre el Consejo, en nombre del Rey, y los funcionarios de Indias. Las cartas de éstos, a las que constantemente se alude en las Cédulas reales, suelen ser en numerosas ocasiones la causa directa de las decisiones que a través de los textos legales se van tomando. Su utilización en éste, como en todos los casos en que se desee conocer la génesis del Derecho indiano y su aplicación, es imprescindible. Sólo una pequeña parte de la correspondencia de los funcionarios de la Hacienda ha sido publicada, y ha sido preciso acudir al Archivo de Indias, donde se guardan los originales.

II. JURISDICCIÓN DE LA CASA DE CONTRATACIÓN DE SEVILLA Y DE LOS JUECES DE CÁDIZ Y CANARIAS

Al reclamar una jurisdicción propia, los Oficiales Reales de la Hacienda aluden de un manera directa a la concedida a los Oficiales de la Casa de Contratación de Sevilla, organismo con el que se sienten ligados de manera especial, sobre todo hasta la creación del Consejo de Indias. Será, pues, conveniente que examinemos cuál fué el alcance de esta jurisdicción de

⁵ Ambas conocidas series, la primera de 42 vols., editada por PACHECO, CÁRDENAS, TORRES DE MENDOZA y otros, y la segunda, de 25 volúmenes, por la Real Academia de la Historia, serán citadas, siguiendo a E. SCHAFER, autor de un completísimo *Índice* de ambas (2 vols., Madrid, 1947), con las siglas Codoin I y Codoin II.

los funcionarios de Sevilla reclamada por los de Hacienda de Indias.

Inicialmente, cuando en 1503 es creada la Casa de Contratación en Sevilla para el desarrollo del comercio y navegación a las tierras recientemente descubiertas en el Océano, los Oficiales de la Casa—el Tesorero, el Contador y el Factor—no reciben jurisdicción. Los pleitos que surgen se ventilan ante la Audiencia de la ciudad—la llamada de los Grados—. Dos años más tarde se crea un Juez de secuestros, y en las segundas Ordenanzas para la Casa, las de 1510, se establece un Juez Letrado para asesorar a los Oficiales ^{5 bis}. El 26 de septiembre de 1511, por una provisión despachada en Burgos, se les concedía la jurisdicción civil y criminal, transformándose en «jueces de Contratación» ⁶. Conocerán, según esa disposición, de cualquier diferencia entre tratantes y factores, maestros, marineros, etcétera, y les apremiarán al pago. Lo harán «breve y sumariamente, sin figura de juicio», «como lo puedan hacer en sus causas y mercaderías los cónsules de los mercaderes de Burgos conforme a la pragmática que cerca dello tienen». Si alguno, maliciosamente, comete daños en algún navío, conocerán del caso civil y criminalmente, pero las sentencias las ejecutarán las justicias ordinarias de Sevilla no los jueces de la Contratación. Los presos serán encerrados en la cárcel de la ciudad.

Como toda jurisdicción nueva, la de los Oficiales de la Casa de Contratación encuentran en su nacimiento una hostilidad de las ya existentes. Son constantes los choques con la Audiencia de los Grados, que pretende, apoyada por el Consejo de Castilla, recortar su jurisdicción, mientras que la Casa, con el apoyo del Consejo de Indias que nace por entonces, inten-

5 bis. En 1507 se menciona ya un alguacil de la Casa. La Instrucción de 18 de mayo de 1511 ordena que los jueces por la tarde se vean las cosas de justicia. SCHAFER, que da estos detalles en su *Historia del Real y Supremo Consejo de Indias*, vol. I, Sevilla, 1935, 16-21, refiere que los Oficiales pretendían que las apelaciones fueran al Consejo de Castilla o a la Chancillería de Granada, no a la Audiencia de los Grados de Sevilla, cosa que, al parecer, se concede.

6. Codoín II, 5, 299-303, y ENCINAS: *Cedulario*, III, 144.

ta por su parte ampliarla ⁷. En 1525, no bastando el Asesor Letrado, se le agrega otro, nombrado también por la Contratación. En 1535 se regula el ejercicio de la jurisdicción ⁸: La sentencia que den de 10.000 mrs. abajo, la deben ejecutar dando primero la parte favorecida, fianzas de que si por el Consejo de Indias fuera revocada en la apelación, devolverán lo recibido. Los Letrados de la Casa—que por ganar poco se dedican a otras actividades, dejando un poco abandonada su función allí—han de residir en ella dos días a la semana, uno cada día. Las votaciones en las causas no serán públicas. Las diferencias de pareceres se harán constar en el libro de los votos.

Para resolver de una vez las cuestiones de competencia con la Audiencia de los Grados y evitar los roces entre los dos Supremos Consejos, oído el Consejo de Estado, se dan unas Ordenanzas en agosto de 1539 ⁹ que resuelven: Las causas civiles y criminales que se produzcan en la contratación y navegación con las Indias serán examinadas exclusivamente por los Oficiales de la Casa de Contratación. En cuanto a las apelaciones, hasta la cuantía de 40.000 mrs., irán a tres jueces de la Audiencia de los Grados; las demás al Consejo de Indias. No habrá grado de revista y la ejecución corresponderá a la Casa. Las causas civiles que no afectaban a las Ordenanzas sobre comercio y navegación dadas a la Casa, se verán ante la justicia ordinaria de Sevilla. Para los negocios particulares contratados en Indias (también sin relación alguna con la materia propia de la jurisdicción de los Oficiales), estando el reo en Sevilla, podría plantearse libremente ante uno u otro Tribunal. Todas las causas criminales en materia de comercio y navegación con infracción de las Ordenanzas, correspondían a los Oficiales de la Casa. Los delitos cometidos en viaje eran conocidos también por ellos (con remisión al Consejo, en causas de muerte o mutilación); en cambio, si ocurrían una vez desembarcados, cabía opción por parte del in-

7. SCHAFER: *Consejo Indias*, I, 82-90.

8. R. C. 14 agosto 1535 a Casa de Contratación, en ENCINAS: *Cedulario*, III, 145.

9. Codoin II, 10, 453-459, y ENCINAS: *Cedulario*, III, 142-44.

interesado. La Casa de Contratación contaría con cárcel propia. La apelación—justificada para ahorrar gastos—a la Audiencia de los Grados, que subsistía en parte, comenta SCHAFER, no era «solución feliz», pues mantenía abierta la puerta a nuevos conflictos ¹⁰.

En los años siguientes se realizan algunas innovaciones importantes: en 1543 se crea el Consulado de Sevilla, que es el encargado a partir de ese momento de la resolución de los pleitos tocantes al comercio con las Indias. Las apelaciones van a uno de los Oficiales de la Casa de Contratación nombrado anualmente, auxiliado por dos mercaderes. Pueden reveerlo ellos mismos con otras personas, pero no se da luego recurso alguno ¹¹. En 1546 se nombra un Promotor Fiscal ¹², y en 1553, a raíz de una Visita a la Casa, los dos Asesores Letrados son sustituidos por uno, con el título de Juez Letrado desde 1558, que queda equiparado a los tres Oficiales de la Casa no sin protesta de éstos, apoyados por el Consejo de Hacienda que en ese momento tiene cierta intervención en los negocios de Indias ¹³.

Hasta 1583, los Oficiales de la Casa de Contratación de Sevilla actúan como jueces con toda normalidad según el estilo de las Audiencias de Valladolid y Granada ¹⁴. Pero en ese año se produce una importante innovación en materia de jurisdicción. Hacía ya bastantes años que el Consejo de Indias pretendía, de un lado, desmembrar la función de justicia dentro de la Casa alegando el exceso de trabajo de los Oficiales y, de otro, completar esa jurisdicción autónoma desligándola de la

10. SCHAFER: *Consejo Indias*, I, 87.

11. Provisión 23 agosto 1543 (ENCINAS: *Cedulario*, III, 167).

12. SCHAFER: *Consejo Indias*, I, 84.

13. SCHAFER: *Consejo Indias*, I, 84.

14. R. C. 14 junio 1558 a Casa de Contratación (ENCINAS: *Cedulario*, III, 146). De este período es la queja del Fiscal de la Casa, Francisco Mexia, de que después de asistir doce años, aproximadamente, a los acuerdos, no se le quiere admitir y la orden de que se haga como hasta entonces (R. C. 15 noviembre 1557 a la Casa, en ENCINAS: *Cedulario*, I, 18, y la disposición del Consejo de Indias de fecha 28 de octubre de 1566, de que los jueces oficiales no les remitan innecesariamente procesos, sino que juzguen, bajo pena de ser condenados en las costas, en ENCINAS: *Cedulario*, III, 162.)

Audiencia de los Grados. SCHAFER cree que en ello influía el deseo de reforzar su influencia en la Casa de Contratación, cuyos Oficiales cree mediatizados ahora por el Consejo de Hacienda ¹⁵. El Rey, que se había negado a esas pretensiones, accede al fin y acuerda proveer dos Jueces Letrados en la Casa para que, solos, conozcan de los pleitos, con la ventaja de que podían resolverlos mejor por su preparación técnica. A los Oficiales se les comunica: «Habemos acordado de os relevar del trabajo y ocupación de las cosas de justicia, así porque éstas se determinen por letrados con toda justificación de las partes, como porque podáis más libre y desembarazadamente acudir con el nuestro Presidente de esa Casa a las cosas de gobierno, despachos de flotas, administración de nuestra Hacienda y lo demás que es a vuestro cargo» ¹⁶. Se dan unas Ordenanzas para los dos jueces letrados, cuya nota más importante es la desaparición de la apelación a la Audiencia de los Grados: los Jueces letrados de la Casa conocen las causas en grado de vista y revista; las causas civiles de cuantía superior a los 600.000 mrs. pueden apelarse ante el Consejo de Indias, salvo que las partes no acudan a la suplicación en la Casa, en cuyo caso tiene la misma validez que la revista, como se hace en la Audiencia de Galicia. En las causas criminales, sólo las de comisos y los casos graves que figuran en la Ley del Ordenamiento de Alcalá son apelables. Las dudas sobre si un negocio es de gobierno o de justicia serán determinadas por el Presidente de la Casa con uno de los Oficiales y uno de los Jueces ¹⁷. Prácticamente, señala SCHAFER, existe ya la Audiencia de la Contratación, que se compone del Presidente de la Casa, si es letrado, los dos Jueces (que pronto se llamarán Oi-

15. El Consejo de Indias lo había propuesto el 12 de marzo de 1558, 9 septiembre 1571 y 28 septiembre 1581 (SCHAFER: *Consejo Indias*, I, 147, 148, 154). Las facultades del Consejo de Hacienda respecto a los Oficiales de la Casa de Contratación no son claras y la interpretación de SCHAFER en este punto debe ser revisada cuidadosamente.

16. R. C. 25 septiembre 1583 (ENCINAS: *Cedulario*, III, 153).

17. Ordenanzas de 25 de septiembre de 1583 para los Jueces Letrados (ENCINAS: *Cedulario*, III, 138).

dores), el Fiscal, el Relator y un Escribano ¹⁸. Jueces y Oficiales están equiparados y entre ellos sólo la antigüedad da preferencia ¹⁹. ENCINAS recoge en su colección algunas disposiciones que aclaran el ejercicio de la jurisdicción de los jueces letrados en los primeros años ²⁰. Más tarde, en 1597, cuando empieza la costumbre de nombrar como Presidente de la Casa en lugar de un Letrado, un experto en las cosas de mar, quedando por ello excluido del Tribunal, es aumentado a tres el número de Jueces, los cuales deciden por mayoría ²¹. En el siglo xvii, las dos secciones de la Casa de Contratación se llamarán Sala de Gobierno y Sala de Justicia. Los tres oidores que componían la segunda procedían muchas veces de los Fiscales de la Casa y de los relatores del Consejo de Indias; en general, eran plazas de ingreso para letrados jóvenes. Solían ascender o a la Audiencia de las Grados o a la Chancillería de Granada ²².

De 1511 a 1583, los Oficiales de la Casa, tesorero, contador y factor, han poseído una jurisdicción que abarcaba no sólo materia fiscal, sino también cuanto afectara al comercio y navegación con las Indias (desde 1543 la intervención en las de comercio se limita a cierta actuación en las apelaciones, ya que las cuestiones que surgen son resueltas por el propio Consulado de mercaderes). La jurisdicción «no tiene territorio limitado ni circunscrito» y, por tanto, salían a los puer-

18. SCHAFER: *Consejo Indias*, I, 154.

19. R. C. 25 septiembre 1583 (ENCINAS, III, 153).

20. Provisión 26 noviembre 1583 (ENCINAS, III, 140, para el caso de que uno de los Jueces esté impedido; R. C. 23 enero 1584 al Presidente de la Casa, para la determinación de cuáles asuntos son de justicia (id., III, 140-141); R. C. 31 marzo 1584 a los jueces letrados aclarándoles dudas (id. III, 140); R. C. 19 abril 1584 sobre ausencias del Presidente (id., III, 154); Provisión 9 junio 1584, urgiendo diligencia (id., I, 17); Provisión 15 febrero 1593 sobre intervención del Fiscal (id., I, 18); R. C. 8 noviembre 1594, accediendo a que algunas causas fenezcan en el Tribunal de la Casa (id., III, 166).

21. SCHAFER: *Consejo Indias*, I, 156-7.

22. SCHAFER: *Consejo Indias*, I, 324.

tos y costas de Andalucía con alguaciles y escribanos o enviaban a éstos con poderes para cumplir sus mandamientos ²³.

En Cádiz existe desde 1535 un funcionario permanente ²⁴ asistido por tres tenientes de los Oficiales de la Casa de Contratación, que se encarga del registro de los navíos que parten de allí. En 1557, este Juez Oficial de Cádiz recibe jurisdicción delegada de la de los Oficiales de Sevilla para conocer en las causas que se ofrecen allí, pero la ejecución queda reservada a las de Sevilla ²⁵. A petición de la ciudad de Cádiz, que se queja del retraso que estas reuniones suponen, se accede a que el Oficial de Cádiz pueda sentenciar y ejecutar las leyes, siempre que no haya que imponer pena corporal o pérdida de la mitad o la totalidad de los bienes ²⁶. También aquí hay interferencias del Corregidor de la ciudad ²⁷.

En las islas Canarias aparece una jurisdicción análoga a la de los Oficiales de Sevilla, ya que se autoriza que desde allí se puedan llevar mercancías y bastimentos a Indias ²⁸. A los Jueces Oficiales de La Palma, Tenerife y Gran Canaria—existe uno en cada isla—se les concede en 1567 «toda jurisdicción» en causas civiles y criminales relacionadas con su función; las apelaciones en las civiles van a los Oficiales de Sevilla, sin otro recurso alguno; las criminales, al Consejo ²⁹. Pero pronto, en 1569, a causa de los inconvenientes que la lejanía llevaba consigo, las apelaciones hasta la cuantía de 40.000 mrs. se llevan a la Audiencia de Canarias, muy celosa por cierto de la jurisdicción autónoma del Juez Oficial ³⁰. Los Oficiales de Canarias

23. R. C. 2 abril 1558, 15 diciembre 1558 y 21 junio 1574 (ENCINAS, III, 64, 65 y 154).

24. Provisión a los Oficiales de la Casa de Contratación de 27 agosto 1535 (Codoin II, 10, 287-296).

25. Provisión 6 octubre 1557 (ENCINAS, III, 129).

26. Provisión 3 octubre 1558 (ENCINAS, III, 131).

27. R. C. 7 agosto 1559 y 20 noviembre 1579 (ENCINAS, III, 133 y 135).

28. R. C. 10 diciembre 1508 (Codoin II, 5, 159).

29. Ordenanzas 20 enero 1567 (ENCINAS, III, 205).

30. Provisión 16 julio 1569 (ENCINAS, III, 212). El 21 octubre 1571 se amplía a las causas criminales hasta la misma cuantía (ENCINAS, III, 213). Ordenes a la Audiencia y otras justicias para que res-

pueden nombrar alguacil propio con vara de justicia y tienen cárcel propia ³¹.

La importancia de esta jurisdicción de los Jueces Oficiales de Canarias se puso de relieve en los años siguientes cuando se agudizó el problema del pase ilegal desde allí a Indias de pasajeros y mercaderías ³². Para atajar los abusos se ordenó que el dueño de todo navío que saliera de las islas debería llevar registro y dar fianzas ante el Oficial de la isla, pero ante reclamaciones del daño que con esta medida se seguía al comercio se redujo a los barcos que cargaran en Canarias, limitándose a visitar los que entraran ya cargados ³³.

III. LOS OFICIALES REALES DE INDIAS

Desde el primer momento encontramos en Indias, junto a Colón y los restantes caudillos y descubridores, unos funcionarios de la Hacienda, cuyo papel en el primer siglo de colonización iba a ser muy importante. Son siempre dos, por lo menos —un Tesorero y un Contador—, aunque en todos los territorios inicialmente, y siempre, al menos en las ciudades más importantes (México, Lima, Santa Fe de Bogotá), exis-

peten esa jurisdicción, 2 mayo 1568 y 27 enero 1572 (ENCINAS, III, 210 y 211).

31. Sobre el alguacil, R. C. 10 diciembre 1566 (ENCINAS, III, 216). Autorización para comprar casa y poner en ella cárcel, 27 mayo 1568 (ENCINAS, III, 209). El 27 febrero 1569 se le autorizaba a gastar de las penas de cámara lo que fuere necesario para la administración de justicia (ENCINAS, III, 218).

32. R. C. 4 mayo 1569 a Juez Oficial de Tenerife: en los navíos que van a Caboverde y Brasil «pasan frailes y otras personas encubiertamente para irse desde allí a nuestras Indias» (ENCINAS, III, 221). R. C. 20 noviembre 1579 a Jueces Oficiales de Canarias: De Canarias «salían muchos navíos cargados de mercaderías, que con decir que iban con ellas a Caboverde y el Brasil, no llevaban registro, y dejando aquella derrota se iban a las nuestras Indias donde vendían las dichas mercaderías» (ENCINAS, III, 219).

33. R. C. 2 agosto 1575 ordenando registro y fianzas (ENCINAS, III, 222). R. C. 20 noviembre 1579 limitando la exigencias de ambos requisitos (ENCINAS, III, 218-9).

ta un tercero—el Factor— y aun un Veedor de minas. Genéricamente reciben el nombre de «Oficiales Reales», y su actuación es siempre colegiada, exigiéndoseles la responsabilidad solidaria.

No es ocasión ahora de explicar el desarrollo histórico de la administración de la Real Hacienda de Indias, pero sí convendrá señalar que en los primeros tiempos los lazos que unen a estos Oficiales Reales con los funcionarios de la Casa de Contratación de Sevilla son tanto o más estrechos que los que hemos vistos existían entre éstos y los de Cádiz y Canarias. Se habla en las fuentes de «la Casa de Contratación» de la Española como semejante a la de la Península; existe una analogía de funcionarios, aunque las tareas de los Oficiales de Sevilla sean más amplias; está en ambos sitios en un plano principal el comercio; la Casa de Sevilla transmite a los de Indias «avisos» y experiencias y mantiene asidua correspondencia con la de Santo Domingo. Más tarde, al crearse el Consejo de Indias y al aumentar los ingresos fiscales en Indias, procedentes de fuentes distintas al comercio—quinto de los metales preciosos y tributo de los indios puestos en la Corona—, los lazos entre los Oficiales Reales de Indias y los Oficiales de la Casa Sevillana se aflojarán y aumentarán las diferencias entre sus funciones respectivas. A pesar de las apariencias comunes, a mediados del siglo xvi hay un marcado contraste entre la Casa de Contratación de Sevilla y las «Cajas Reales» de Indias (aunque sean llamadas todavía a veces por la analogía externa y por la tradición histórica, «Casa de Contratación»). Y tampoco queda nada de la posible semejanza inicial con los oficiales de Cádiz o Canarias, aunque les una, como vamos a ver, la posesión de una jurisdicción autónoma y una actuación análoga en materia de contrabando.

IV. LOS PLEITOS FISCALES HASTA LA CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE HACIENDA

Cuando en 1511 es concedida a los Oficiales de la Casa de Contratación de Sevilla jurisdicción civil y criminal, en Indias venía funcionando desde unos años antes la Casa de Contra-

tación de la Española, con cuatro funcionarios principales: tesorero, contador, factor y veedor de minas y oro, de los cuales la figura principal era la del tesorero Miguel de Pasamonte, hombre de la más absoluta confianza del Rey Fernando, con el que mantenía correspondencia cifrada a través de Conchillos³⁴. Desde hacía al menos un año existían Oficiales Reales de Hacienda en la isla de San Juan³⁵ y pronto, en 1513, encontramos ya en funciones a los de la isla Fernandina o Cuba³⁶.

Fué, como de costumbre, Pasamonte quien tomó la iniciativa reclamando facultades jurisdiccionales. El 6 de junio de 1513 le contestaba el Rey: «La jurisdicción y alguacil que decís es menester para la Casa de Contratación de esa isla, como lo tiene la Casa de aquí que reside en Sevilla, no se os pueda enviar tan ligeramente como pensáis, pero platicarse a ello y enviarse os ha todo lo que se os pudiese enviar y no dejéis de solicitarlo hasta que se acabe»³⁷. Debió insistir en alguna otra ocasión, esta vez limitando su demanda a las cuestiones derivadas del cobro en las fundiciones y del registro de navíos. El Rey ordenó a los Oficiales Reales que no se entrometieran en cosas de justicia; en las que sólo podrían dar su parecer, al mismo tiempo que se escribía al Almirante D. Diego y al Alcalde Mayor de la isla para que se resolvieran con diligencia estas cuestiones de Hacienda.³⁸ Quizá la razón de la nega-

34. Título de Tesorero General de las Indias a favor de Miguel de Pasamonte 8 junio 1508 (*Codoin* I, 36, 229-232). El Contador era Gil González Avila: R. C. 30 julio (*Codoin* II, 5, 287-295). El Factor, Juan de Ampíes: Provisión, 19 mayo 1511 (*Codoin* I, 32, 148-150). El Veedor de minas y del oro, Bartolomé de Sampier: Título, 7 octubre 1508 (*Codoin* I, 36, 267-269).

35. Provisión del Veedor, Diego de Arce, 18 mayo 1510 (*Codoin* I, 31, 544-47). Provisión del Contador, Francisco de Lizaur, 15 abril 1511 (*Codoin* I, 32, 140-143).

36. Provisión del Tesorero, Cristóbal de Cuéllar, 8 mayo 1513 (*Codoin* I, 13, 484-487). Título del Contador, Amador de Lares, 5 junio 1513 (*Codoin* II, 1, 44-46).

37. R. C. 6 junio 1513 (*Cedulario cubano*, 335).

38. R. C. a Oficiales Reales de la Española, *Copulata*, V, 18-19. Ya en julio de 1510 se había urgido al Almirante esta diligencia en las causa del Fisco (*Copulata*, V, 202).

tiva estaba en lo delicado del asunto: por una parte, como había dicho el Rey en 1505 a los Oficiales de Sevilla, «el dar el poder a vosotros para conocer dello y lo ejecutar, siendo partes, sonaría mal» y, por otra, el temor de posibles fricciones con los órganos de justicia, como ocurría en Sevilla con la Audiencia de los Grados; allí sólo por la imperiosa necesidad de que los Oficiales contaran con poder suficiente para la preparación de las flotas y la abundancia de asuntos judiciales en estas materias, había obligado a la Corona a la creación de una jurisdicción independiente.

Durante mucho tiempo, las cuestiones fiscales quedaron en Indias en manos de las Audiencias. Al crearse la de Santo Domingo ordenóse que el fiscal entendiese en los pleitos que le remitieran los Oficiales Reales de la Española y Cuba e idéntica disposición se dió más tarde para las causas de la Nueva España al fiscal de la Audiencia de México³⁹. En esta época suele insertarse en las instrucciones a los Oficiales Reales un párrafo así: «Las cosas que hubiere de determinar tocantes a su oficio por justicia y albedrío de buen varón, las comunique con la Justicia y los Oficiales»⁴⁰. Los Oficiales Reales promovían el pleito mediante solicitud a la Audiencia y tenían además facultades en materia de prueba⁴¹. Tanto una

39. Reales Cédulas de marzo 1531, enero 1532 y septiembre 1533, a la Audiencia de la Española (*Copilata*, V, 202). Las causas de la isla de Cuba las recibía en apelación. A Nueva España, en septiembre de 1534 (*Copilata*, V, 203).

40. Vid. por ejemplo, las ordenanzas de Oficiales Reales de la isla de San Juan de Puerto Rico de 29 agosto 1528 (*Codoín* II, 9, 355) y las instrucciones al Contador de Nueva España, octubre de 1522 (*id.* 157).

41. En 1528 se concede a los de Santa Marta la facultad de verificar probanzas sobre los españoles que tomaron oro, joyas u otras cosas de las casas de los indios sin manifestarlo al Fisco (*Copilata*, V, 20). En 1548 se permite con carácter general que los Oficiales Reales puedan hacer toda clase de probanzas en materia de Hacienda, siempre que el fiscal se lo pidiera (R. C. agosto 1548, *Copilata*, V, 203). Peticiones de justicia a la Audiencia de México, 7 agosto 1553 (AGI, Audiencia de México, 323, r. 16).

cosa como la otra—iniciar el pleito y efectuar las pruebas—solían correr a cargo del factor, dándose como razón en los documentos «el estar más desocupado de su oficio»⁴².

La Audiencia estaba obligada a dedicar por lo menos un día a la semana a los pleitos fiscales, los cuales tenían la categoría de preferentes en las vistas⁴³ y ninguno de los miembros de aquella—letrados, escribanos; etc.—podían cobrar derechos por ello⁴⁴. En 1555, en las Ordenanzas de Audiencias que se promulgan ese año, se establece la obligación de llevar un libro de pleitos fiscales y se ordena que se reúnan un oidor, el fiscal y los Oficiales Reales para entender de su resolución⁴⁵.

Las sentencias dadas por la Audiencia obligaban a los Oficiales Reales. Así, una Real Cédula de mayo de 1537, dirigida a los Oficiales Reales de la Española, les ordenaba que pagaran lo que por sentencia fiscal dada por la Audiencia, debía la Real Hacienda de soldadas o salarios⁴⁶. En cuanto a las deudas al Fisco, una vez averiguado cuáles eran, se ordenaba su ejecución al portero de la Audiencia, dando carta de pago de lo cobrado a los Oficiales Reales. Estos estaban obligados

42. Reales Cédulas enero 1532 a Oficiales de la Española; septiembre de 1534, a los de N. España; octubre de 1537, a los de Cuba y, finalmente, con carácter general, agosto 1548 (*Copulata*, V, 203).

43. R. C. abril 1556 a N. España (*Copulata*, V, 203). R. C. 18 octubre 1561 a Audiencia de Lima (ENCINAS: *Cedulario*, II, 270).

44. R. C. con carácter general febrero 1528 (*Copulata*, V 204). R. C. 22 diciembre 1529 dirigida a los escribanos de la isla Fernandina, prohibiéndoles que lleven derechos en autos y pleitos que pasen ante ellos, referentes al Patrimonio Real, «por ser esto contra las leyes españolas» (*Codoín* II, 9, 447). A los Oficiales de Cuba se les ordena en diciembre de 1529 que desempeñen por turno el oficio de procurador, con el fin de excusar asimismo las costas procesales (*Copulata*, V, 203).

45. Ordenanzas nuevas de Audiencias, capítulo LXV (*Copulata*, V, 204).

46. *Copulata*, V, 204.

también a solicitar la cobranza ⁴⁷. Para la visita a los navios debían tomar el alguacil mayor de la Audiencia ⁴⁸.

V. CONCESIÓN DE JURISDICCIÓN AUTÓNOMA

Mientras tanto, los Oficiales Reales de la Hacienda seguían insistiendo en que se les diera comisión para ejecutar con mandamientos propios. Dos grandes problemas, típicos de la época, son constantemente alegados: la abundancia de deudas fiscales y la intensidad del contrabando.

Los papeles de Hacienda del siglo xvi nos muestran el problema de las deudas fiscales como uno de los más agobiantes de la administración: la legislación insiste constantemente en su cobro; los Virreyes señalan en sus Memorias sus esfuerzos por reducir estas deudas, cuyo importe llegó a cifras muy elevadas. Unas deudas eran debidas al retraso en el pago de impuestos; otras, a demora en la devolución de cantidades adelantadas por el Fisco. Las de este último concepto eran de gran volumen por la política de crédito, muy amplia en un principio. También influía la desidia de los Oficiales Reales; por ejemplo en la administración del azogue.

Poseemos un valioso testimonio de la situación existente en 1570 en Nueva España. El Contador de cuentas Martín Irigoyen, enviado a tomar las de los Oficiales Reales de Nueva España, escribe desde México al Consejo de Indias lamentándose de la dificultad de cobrar las deudas procedentes de tributos, que son muchas. Comenta: «En esta tierra están los hombres hechos no solamente a (no) pagar, pero a que no se les pida lo que deben, especial los ganados, y así hay deudas de diez y quince años, y hacérseles cosa nueva que el ejecutor vaya

⁴⁷. R. C. 27 febrero 1531 al Presidente de la Audiencia de N. España (*Epistolario de N. España*, ed. PASO y TRONCOSO, II, 26). Una R. C. de octubre 1527 concede a los Oficiales Reales la facultad de avisar a la Audiencia para que despache jueces que apremien a los corregidores al pago (ENCINAS, III, 294).

⁴⁸. R. C. 21 enero 1557 a Oficiales Reales de la Española (ENCINAS, III, 55).

a su casa y dicen que en tierra tan nueva como ésta lo es, que no ha de haber tanto rigor ni que V. M. se sirva dello y no aprovecha darles satisfacción de los intereses que se pagan de la Hacienda de V. M. y necesidades que se le ofrecen cada día y no hay ninguno hombre que sea aigo en esta ciudad que no deba dinero a V. M. por sí o por otro.» En otra carta, escrita en 1575, señala que las personas deudoras del Fisco son 544, y que el importe de las deudas—algunas muy antiguas—asciende a 410.546 pesos ⁴⁹.

La amplitud y gravedad del problema llevó a la Corona al establecimiento de medidas de garantía: se prohibió a los Oficiales Reales las operaciones de crédito y se estableció la prohibición de salir de una provincia de Indias sin un certificado expedido por los Oficiales Reales, especificando el no ser deudores del Fisco. Un deudor de la Hacienda Real no podía ser admitido como soldado en las flotas y armadas ni ser elegido Alcalde ordinario ⁵⁰.

El contrabando de mercancías era consecuencia lógica del establecimiento de un monopolio real del comercio con todos los territorios de Ultramar. La gran extensión de las costas y su precaria vigilancia condujo a un activo contrabando, no sólo de extranjeros, sino también de los navíos españoles que introducían en Indias mercancías fuera de registro, ya para evitar el pago del almojarifazgo, ya con el propósito de hacer llegar mercancías de tráfico prohibido (libros determinados, ropa de la

49. Carta de México, 15 enero 1570 (AGI, México, 323). Carta de México 20 septiembre 1575 (AGI, México, 324).

50. Relación del Tesorero de Castilla del Oro de 18 junio 1516 especificando que los que salen llevan cédulas del tesorero y factor acreditando no deben nada al Fisco (en ALVAREZ RUBIANO: *Pedrarías Dávila*, Apéndices, 440). R. C. 2 junio 1537 a Oficiales Reales de N. España, para que den fes de no ser deudores al Fisco; deben darlas conjuntamente y no cobrar por ello; la Audiencia no autorizará a salir de la ciudad de México sin dicho documento (PUGA: *Cedulario*, 397, *Codoin* II, 10, 372 y ENCINAS, I, 414). En 1581 se establece también como requisito indispensable para la admisión como soldado en flotas y armadas (*Recopilación Indias*, IX, 16, 153). R. C. 15 julio 1620 prohibiendo que los deudores del Fisco sean elegidos alcaldes ordinarios (AGI, *Libro Generalísimo* 32, 1.º, 377).

China, etc.). Viceversa, existía otro tráfico clandestino de oro y plata de las Indias con el fin principal de evitar los derechos de «quinto» y, en algunos períodos, para escapar de la apropiación en Sevilla de sus caudales; arbitrio a que la Corona acudía para resolver sus grandes apuros financieros.

En agosto de 1533, los Oficiales Reales de México alegan que la justicia de Veracruz se entiende con los mercaderes, disimulando y ocultando sus fraudes y piden poder para ejecutar por sí mismos los comisos y que se les conceda letrado y procurador. La negativa es tajante: «El Fiscal siga todo lo que al Rey tocare»⁵¹. En febrero de 1537 vuelven a quejarse de no tener jurisdicción. Esta vez se refieren a las fundiciones y al cobro de deudas. Se lamentan de que cuando la Audiencia provee, ya no hay remedio, porque la gente, inquieta, se ausenta en seguida. Se quejan de negligencia de la justicia: ha transcurrido año y medio y todavía no han podido cobrar una bolsa de oro en polvo procedente de tributos que un corregidor empeñó a un mercader para una deuda que le debía. Piden facultad para nombrar un alguacil ejecutor y jurisdicción como la tiene concedida la Casa de Contratación de Sevilla. Tampoco la petición es atendida⁵².

De nuevo en diciembre de 1554 los Oficiales Reales de México se dirigen al Rey: Han escrito que se les diera jurisdicción en materia de Hacienda. Saben que han llegado a la Audiencia instrucciones para que todos los Oficiales Reales de las Indias las tengan «y aunque las hemos pedido no se nos han dado. Siendo V. M. servido dello, convendrá que se nos envíe como lo tenemos pedido y suplicado»⁵³.

Debían estar mal informados, porque nada parece cambiar por entonces y la Corona se limita, como vimos, a señalar en

51. Carta de 1 agosto 1533 y nota marginal (*Epistolario N. España*, III, 100).

52. Carta de 16 febrero 1537 (AGI, 323, r. 3 y *Epistolario N. España*, III, 196-8). La nota marginal correspondiente señala: «La jurisdicción no ha lugar. Que se ejecute la copia que diere el Contador de las deudas que se deben a Su Majestad». En mayo de 1538 se les denegó (*Copulata*, V, 19).

53. Carta de 31 diciembre 1554 (AGI, México, 323).

1556 la preferencia de los pleitos fiscales. Hay, desde luego, testimonios del retraso en la resolución de estas causas. El contador especial Portocarrero, enviado al Virreinato peruano a tomar cuentas a los Oficiales Reales, escribe en 1557 que hay pleitos fiscales pendientes hace mucho tiempo⁵⁴ y quizá responde a estas quejas la orden dada a la Audiencia de Charcas en 1560 para que mande sacar relación detallada de los que faltan por determinar y los resuelvan pronto⁵⁵.

En 1560 se plantea en México un grave conflicto que va a ser la causa decisiva de la creación de la jurisdicción de Hacienda. La correspondencia de los Oficiales Reales de aquel distrito nos permite seguir con todo detalle el nacimiento de la nueva jurisdicción.

A la muerte del factor de México, Hernando de Salazar, se le revisan, como es costumbre, sus cuentas y se intenta el cobro del alcance a sus fiadores. Según parece, el Virrey D. Luis de Velasco había dado comisión especial a los funcionarios de Hacienda para cobrar las deudas y alcances que se debieran al Fisco⁵⁶. Al dar mandamiento contra los fiadores de Salazar, éstos protestan alegando que los Oficiales no tienen jurisdicción y que no pueden ser juez y parte; replican éstos que tienen mandamiento del Virrey. Apela a la Audiencia el hermano de Salazar diciendo que los Oficiales Reales no podían ser jueces «ni el Virrey les había podido dar la facultad que les dió para ser-

54. Carta desde Lima, 1 febrero 1557 (LEVILLIER: *Papeles Gobernantes Perú*, II, 460). Propone que se les conceda a él y a otro letrado facultad para verlos y si hubiere apelación, que ésta fuera directamente al Consejo de Indias. «De este modo se despacharán más pleitos en un año que se han hecho en diez».

55. R. C. 3 marzo 1560 (*Codoin* I, 19, 209-211).

56. Memorial del Contador de Nueva España, Ortuño de Ibarra, que entrega personalmente en el Consejo de Indias, escrito en Toledo el 25 septiembre 1560: «Por especial comisión que el Virrey D. Luis de Velasco ha dado a los Oficiales, han estado en costumbre de cobrar las deudas y alcances que se deben a la Real Hacienda, dando sus mandamientos executorios a un executor nombrado por el Virrey, para que con la diligencia y brevedad que conviene, se puedan cobrar y así se ha cobrado mucha cantidad de pesos de oro que no se cobrarán si esto no se proveyere» (AGI, México, 323, fº 133).

lo»⁵⁷. La Audiencia, celosa de su jurisdicción, anula los mandamientos, alegando que los Oficiales han de acudir a la justicia ordinaria. Los Oficiales Reales insisten en que la comisión del Virrey es bastante, por delegación real, para proveer en materia de Hacienda; tienen cartas especiales para cobrar al factor Salazar y al anterior tesorero Sosa y poder para cobrar las deudas al Fisco.

La ocasión era propicia para insistir cerca del Consejo de Indias para el logro de una jurisdicción autónoma, siguiendo el ejemplo de los Oficiales Reales de la Casa de Contratación de Sevilla, y a tal fin los Oficiales Reales escriben al Rey, al mismo tiempo que envían el proceso con el factor Ortuño de Ibarra que al tiempo de entregarlo, reforzará personalmente en España la importante gestión. He aquí su informe y la exposición de sus deseos (carta de 20 de marzo de 1560): «Convendría mucho, siendo V. M. servido, que fuéramos Jueces Oficiales para todo lo tocante a la cobranza y buen recaudo de vuestra Real Hacienda, y que de lo que acerca dello determinaremos no hubiere apelación para esta Real Audiencia, porque con pleitos y trasposos procuran los que deben de nunca pagar, y que esto fuese conforme a unas ordenanzas que V. M. tiene mandadas guardar en la Casa de la Contratación de Sevilla, que andan impresas, que pues para las cuentas que tomaron el doctor Quesada y Gonzalo de Aranda hubieron menester que V. M. mandase que esta Real Audiencia no conociese de lo que ellos determinasen con ser el propio oidor en ella, mucha más necesidad tenemos nosotros de que V. M. mande proveer de remedio pues tan solamente pretendemos esta facultad para las cosas que tocan al buen recaudo de vuestra Real Hacienda, y que las apelaciones de nosotros viniesen al Virrey, donde se despacharán con brevedad y no al Audiencia, donde son los negocios inmortales, pues no son negocios de probanza sino de cuentas, y así cumplimos con lo que somos obligados a suplicar a V. M. lo mande proveer, representando los inconvenientes tan grandes que por no tener esta comisión cada día se nos ofrecen, porque además de estas deu-

57. Memorial de Ibarra cit. nota anterior. Coincide con lo expuesto en el proceso abierto con ese motivo: AGI, México, 323, r. 33.

das deste alcance del factor, se ofrecen otras cada día en la Contaduría de V. M. con corregidores y alcaldes mayores para que es menester poderlos apremiar a que paguen sus alcances»⁵⁸. Seis días más tarde, cuando al intentar ejecutar la deuda los fiadores apelan a la Audiencia, vuelven a escribir⁵⁹. Más interés ofrece la del 30 de mayo: «Ha sido a esta Real Audiencia tan odioso parecer que los Oficiales tengan mano para poder cobrar ni dar mandamientos para que lo que se debe a V. M. se traiga a la Caja como si se pretendiera para alzarnos con el dinero, diciendo que usurpamos jurisdicción y que era cosa digna de castigo». Analizar detalladamente a continuación los perjuicios que se derivan en materia de tributos y almonedas si se ha de acudir a la Audiencia⁶⁰ y terminan: «Haber de pasar todo por mandamiento de Audiencia, una particular que hubiese para esto aun no bastaría, pues nosotros que no entendemos en otra cosa toda la semana y el año estamos ocupados en estas cobranzas y cosas tocantes a cuentas de Hacienda Real que es bien diferente cosa de casos de leyes y como quien tiene los inconvenientes de presente pudiéramos decir mucho más que ahora».

58. AGI, México, 323. Firman la carta Fernando de Portugal, García de Albornoz y Francisco Montealegre, Oficiales Reales de México.

59. AGI, mismo legajo. Según otra carta al Rey de fecha 23 febrero 1561, las cartas salieron en los navíos que partieron en julio del año anterior (AGI, mismo legajo).

60. «Si cada uno de los que compran en almoneda a V. M. han de ir a sacar provisiones para que se les acuda con los tributos que así se les remata, demás de las costas y vejación que será haber de llevar de los oficiales fe del remate para sacar la provisión y pagar allí derechos por ella y la dilación del hacerla y firmarla e yendo con ella si como algunas veces se ha hecho no se les cumple entendiéndolo los indios que pueden alegar y repetir sobre si han de cumplir el tributo o no primero que pase por vista y revista hay tantas dilaciones en los negocios que viene a serles más provechoso cualquier otra negociación a los tratantes que tienen inteligencias de sacar estos tributos, porque por la retención que se les hace del dinero que pagan de contado en el almoneda reciben muy mala obra y temen ya de comprar que por no se les entregar lo que así se les vende y admitir excusas de los indios no muy calificadas no vuelve a su poder el dinero tan ayua y su ganancia

Para que no parezca que buscan únicamente aumentar sus privilegios, se remiten al proceso, que lleva Ortuño de Ibarra, el cual en el Memorial que en septiembre de aquel mismo año entrega al Consejo, insiste que «serán inmortales los negocios en la Audiencia y nadie tendrá a los Oficiales el respeto que conviene para la seguridad de la Real Hacienda» y que «no suena bien que lo que el Virrey provee para el buen recaudo della, se deshaga por el Audiencia»⁶¹.

Esta vez, las gestiones logran pleno éxito. Por primera vez los Oficiales Reales de Hacienda en Indias, los de México, reciben jurisdicción con autonomía de la Audiencia. He aquí el texto completo (modernizado) de la Real Cédula expedida en Toledo el 1 de diciembre de 1560, dirigida a la Audiencia:

«El Rey. Presidente e Oidores de la Audiencia real de la Nueva España. En el nuestro Consejo de las Indias se han visto ciertos testimonios y escrituras, por donde ha parecido que habiendo los nuestros Oficiales desdicha tierra mandado hacer entrega, ejecución e bienes de algunos de los fiadores de Hernando de Salazar, nuestro factor que fué desdicha Nueva España por el alcance que se le hizo en las cuentas que le tomaron al tiempo que tuvo el dicho cargo, por pre(sión) de los dichos fiadores, fué contradicho el mandamiento de ejecución que los dichos nuestros Oficiales habían dado, diciendo no ser ellos jueces ni tener jurisdicción alguna para dar el dicho mandamiento y pidieron se diesen por no jueces, y que no lo haciendo así apelaban para esa Audiencia, y que vosotros retuvisteis en ella la dicha causa, y disteis autos e vista y en grado de revista, por las cuales vosotros revocasteis y disteis por ningunos y de ningún valor y efecto los mandamientos ejecutorios dados cerca de lo susodicho por los dichos nuestros Oficiales

es comprar y vender a tales mejor otra cualquiera contratación aunque fuese menor la ganancia, lo cual ha parecido bien claramente de obra de dos o tres meses que ha que se puso dolencia en si nosotros podíamos dar mandamientos o no y si eran bastantes los capítulos de instrucciones, cartas que de V. M. tenemos sobre el hacer cobrar su Real Hacienda o si el Virrey tuvo facultad para dárnosla, que en todo este tiempo no se ha vendido lo que en dar almonedas antes se solía vender y lo que se ha vendido, a menor precio» (Carta de los Oficiales Reales de México al Rey, 30 mayo 1560, AGI, México, 323).

61. Memorial de Ortuño de Ibarra, Toledo 25 septiembre 1560 (AGI, México, 323).

contra los dicho fiadores y las ejecuciones por virtud dellas hechas, y haciendo tanto tiempo que esta deuda se nos debe, no era bien dar lugar a dilaciones. Y porque nuestra voluntad es, que sin embargo de los dichos autos y de todo lo hecho sobre ello por vosotros el dicho alcance se cobre y ejecute, envío a mandar a los dichos nuestros Oficiales que así lo hagan, y que para ello hagan de nuevo las ejecuciones, prisiones, trances y remates de bienes que convengan; y que asimismo cobren el alcance que se hizo al tesorero Juan Alonso de Sosa, si no estuviere cobrado. Y porque en la cobranza de nuestra Hacienda para adelante no haya dilaciones ni embarazos, les envío también comisión, poder y facultad para que puedan cobrar los tributos, rentas y otras haciendas, que en esa tierra tenemos, y hacer las ejecuciones necesarias, sin embargo de un capítulo de una carta, que les mandamos escribir, en que se les prohibió que tuviesen jurisdicción alguna para la cobranza de las deudas que se nos debiesen, y que las apelaciones que se interpusieren dellos, en lo que toca a la cobranza de los dichos Hernando de Salazar y Juan Alonso de Sosa vengán ante nos al nuestro Consejo de las Indias y a las otras de las otras cobranzas vayan a esa Audiencia. Vosotros para todo ello, les dareis el favor y ayuda necesario, y no les pondreis impedimento alguno. De Toledo a primer día del mes de diciembre de mil y quinientos y sesenta años. Yo el Rey. Por mandado de su Magestad, Francisco de Eraso⁶².

Para la puesta en práctica de la importante concesión, Ortuño de Ibarra, el Oficial Real de México que continúa en la Corte, deposita (enero 1561) un nuevo Memorial en el Consejo de Indias. Después de manifestar que «ha sido provisión muy importante y necesaria», pide que se provea también que los Oficiales puedan elegir executor o executores para ello, o se mande a los alguaciles mayores de la Audiencia y de la Ciudad y sus lugartenientes que ejecuten los mandamientos de los Oficiales Reales. Pero «como no llevan derechos y muchas veces toca a deudos y amigos suyos, ejecutarán tarde y mal», estima que lo mejor será que los alguaciles sean nombrados por los propios Oficiales Reales, que les señalarán salarios. Por otra parte, pide que tampoco la Audiencia se entrometa en suspender algún alcance que los Oficiales hagan a corregidores u otros cualesquiera,

62. VASCO DE PUGA: *Cedulario* (Facsímil de la 1.^a edición hecha en México en 1563, Madrid, 1945, 211 v.º 212 r.).

hasta tanto se dé noticia al Consejo de las causas que aduce la Audiencia para remitir o suspender la cobranza⁶³.

Hasta junio de 1561, los Oficiales Reales de México no reciben la Real Cédula concediéndoles jurisdicción. En el año transcurrido desde que escribieron a España, la intervención de la Audiencia había paralizado sus gestiones. Habían vuelto a escribir a España «que apelaciones y dilaciones serán inacabables», que es mejor que quepa agraviarse «ante el Visorrey, que como persona que más de ordinario trata en el recaudo de la Hacienda Real, los despachará como conviene» y que «no sería justo que vuestros Oficiales Reales fuésemos ante un alcalde o corregidor para haber de cobrar los tributos y cosas pertenecientes a vuestra Real Hacienda»⁶⁴.

La reacción de la Audiencia ante la concesión regia fué, como era de esperar, violenta. «La Audiencia se ha agraviado diciendo que se hizo relación incierta a V. M.—escriben los Oficiales Reales en julio de 1561—y que no conviene que nosotros cobremos la Hacienda de V. M. porque haremos vejaciones a los indios y por otras causas, como si de nosotros no hubiera para ante ellos apelación»⁶⁵. Y de nuevo, al año siguiente: «Los oidores de esta Real Audiencia no nos tienen la voluntad que sería razón como a criados de V. M., antes nos desfavorecen por todas vías, favoreciendo en lo que pueden a personas de quien cobramos lo que a V. M. se debe, de que se siguen algunos inconvenientes y atrevimientos que las tales personas contra nosotros tienen, y pretenden que no tengamos la libertad que tenemos y debemos tener para bien servir a V. M. en estos

63. Memorial de Ortuño de Ibarra, 13 enero 1561 (PASO y TRONCOSO: *Epistolario N. España*, IX, p. 89).

64. Carta de los Oficiales Reales de México al Rey, 23 febrero 1561 (AGI, México, 323). Al Virrey le piden el 30 enero 1561 que no tienen tiempo para el cobro de las deudas; que se permita a Blas de Morales, solicitador en la Audiencia de las causas fiscales, que se encargue de la cobranza. Se les dice que lo haga el factor (AGI, mismo legajo).

65. Carta de los Oficiales Reales de México al Rey, 24 julio 1561 (AGI, México, 323). En ella dicen que la R. C. llegó en los navíos que arribaron el 18 de junio a S. Juan de Ulúa.

cficios». Suplican se les ordene les favorezcan y honren, y añaden: «si no fuese por el favor y ayuda que el visorrey da para la cobranza y buen recaudo de la Real Hacienda de V. M., con dificultad se cobraría»⁶⁶. El factor Ibarra por su parte cuenta que Ortuño de Ibarra, que ha sido herido por García de Albornoz, teme a la Audiencia: «Tienen pasión por la jurisdicción que V. M. fué servido dar a sus Oficiales para la cobranza de la Real Hacienda y por haber declarado que no haya lugar apelación para el Audiencia en lo tocante a los alcances del factor Hernando Salazar y el tesorero Juan Alonso de Sosa, que lo han sentido grandemente... y que se les ha quitado autoridad...»⁶⁷. Todavía a los cuatro años continuarán las fricciones con la irritada Audiencia.⁶⁸ En 1571 hay quejas de que los Alguaciles Mayores no llevan a ejecución sus mandatos⁶⁹ y cuatro años más tarde se produce con esta funcionario un grave con-

66. Carta de 2 abril 1562 (AGI, México, 323). En ella, manifiestan también que la Audiencia les ha quitado el derecho concedido por el Virrey de llevar negros con armas y piden se les concedan mientras sean Oficiales. Una nota marginal del Consejo de Indias dispone: «Cédula para el Virrey y Audiencia, que se informen la necesidad que tienen los Oficiales Reales y entendido que la hay, se la pueden dar yendo en su acompañamiento y no de otra manera en número que les pareciere».

67. Carta del factor Ibarra al Consejo, México 1 mayo 1562 (AGI, México, 323).

68. El 6 diciembre 1565 los Oficiales Reales se quejan al Rey del oidor Puga, irritado porque los Oficiales metieron en la cárcel a los fiadores del factor Salazar y por no adelantarles pagos (AGI, México, 323).

69. El nuevo Contador de México, Melchor de Legazpi, se queja al Rey en 1571 de que los alguaciles mayores no cumplen los mandamientos de los Oficiales Reales. Pide facultad para nombrar ejecutores. «Vuestros Oficiales Reales están muy opresos y maltratados de los que gobiernan y mandan esta tierra». Suplica les mande favorecer y honrar y que en las cobranzas, ventas y ejecuciones «nadie se entrometa ni tenga mano, sino sólo vuestros Oficiales; ni en las almonedas tengan votos el oidor ni fiscal, aunque se hallen presentes, sino sólo vuestros Oficiales que la tienen a su cargo y han de dar cuenta della, porque ni la pueden dar buena ni hacer lo que deben, si no tienen libertad para resolver en lo que entiendan que más conviene, por haber quien mande más que ellos y a quien han de tener respeto» (AGI, México, 98, publicada en «Anales Universidad Hispalense», 1946, año 9, n.º 3, p. 10).

flicto sobre procedencias, que se resuelve a favor de los Oficiales Reales ⁷⁰. En la carta que los Oficiales Reales de México lo comunican al Consejo de Indias hay quejas amargas del proceder de la Audiencia: «Nos agraviamos ante V. M.—escriben—de que no sólo no somos los Oficiales favorecidos de los superiores como sería razón, sino que aún somos maltratados en todo lo que se nos ofrece, lo cual sentimos como es justo, pues redundando de aquí que lo mismo haga toda la ciudad y V. M. es deservido, porque llega ya a término que no somos parte para prender a los que deben como querriamos y lo que esto pasará V. M. por un testimonio cómo fué tratado nuestro ejecutor yendo a una cobranza, y no se habló de ello porque el que lo hizo tiene deudo con un oidor y los que prendemos los suelta el Audiencia o el alcalde y así no hay preso que guarde prisión ni carcelero. Nosotros mismos los topamos por las calles y hay algunas partidas que se deben a vuestra Real Hacienda que están

70. Los Oficiales de México escriben al Rey el 25 marzo 1575 quejándose de que el alguacil mayor de la ciudad, so color de Cédula en la que se dice que tenga en el Cabildo el segundo lugar, después del corregidor, como se suele hacer en algunos lugares de España donde no hay Oficiales, con términos muy descomedidos, les ha preterido. En esa Cédula—continúan diciendo—no se menciona otra de 19 marzo 1570 que disponía que los Oficiales Reales prefirieran en Cabildo y fuera de él a todos los Regidores y, señaladamente, al mismo alguacil mayor. Aunque la presentaron, el corregidor le dió el primer lugar. Apelaron a la Audiencia. Esta remite la determinación al Rey y entretanto guarda la Cédula que presentó el alguacil. «Pues nosotros somos jueces y él ejecutor a quien V. M. manda que cumpla nuestros mandamientos, no parece razón nos haya de preferir, pues le es ocasión, como se ha visto, de mostrar desprecio a la ejecución de los mandamientos, pues no los cumple». «Hemos sido notoriamente agraviados» (AGI, México, 324). A la vista de esto, el Rey revoca por R. C. de 10 octubre 1575 la R. C. 26 noviembre 1573 en favor del Alguacil Mayor (dada desconociendo la de 19 marzo 1570 que daba la preferencia a los Oficiales Reales) disponiendo el siguiente orden: Después del corregidor, la Justicia ordinaria; detrás, los Oficiales Reales y después el Alguacil Mayor prefiriendo a los demás regidores aunque sean más antiguos. Esto se entiende tanto en el asiento, como en el votar y firmar y en el acompañamiento y en las reuniones donde se juntaren (ENCINAS, III, 289). El 16 abril 1576 se dió otra disposición análoga dirigida a Quito, pero que según ENCINAS tuvo carácter general (ENCINAS, III, 288).

por cobrar por no haber en esto el recaudo que conviene y si algunas personas principales deben algo y damos mandamiento al alguacil mayor de la ciudad no lo quiere obedecer ni ejecutar como V. M. lo verá por un testimonio que va con ésta en que se le notificó la Cédula de V. M. en que se le manda cumplir nuestros mandamientos y no lo ha querido hacer y aún usa de un término de mucho menosprecio, que es andarse paseando de ordinario con el deudor que se le manda prender. A V. M. suplicamos lo mande remediar mandando dar la orden que para ello más convenga y si nosotros no podemos apremiar a los ejecutores ni al alcalde, mal podemos cobrar lo que a V. M. se debe y asimismo sea V. M. servido mandar a los oidores y alcaldes de corte nos traten como a criados de V. M. y nos honren y favorezcan como a tales y se le encargue a vuestro Visorrey para que lo procure como hace las demás cosas que por V. M. se le mandan»⁷¹.

La concesión hecha a los Oficiales Reales de México fué haciéndose extensiva a los de los restantes territorios. Es un fenómeno típico de la legislación indiana el que en muchas ocasiones una disposición se dé con carácter particular y se vaya reproduciendo luego, con mayor o menor rapidez, para situaciones o necesidades análogas hasta ser recogida en una disposición de validez general. Veamos algunos datos sobre este proceso legislativo en lo que atañe a la jurisdicción de los Oficiales Reales.

Para el Perú tenemos el informe del Comisario de la perpetuidad Ortega de Melgosa, delegado especial del Consejo de Hacienda para inspeccionar las cajas reales del Virreinato, que en 1562 escribe desde Lima sobre «el mal recaudo que aquí hay en los pleitos fiscales por ser el fiscal descuidado y no los seguir con el calor y diligencia que sería menester y así se dan en esta Real Audiencia muchas sentencias en que condenan a la Hacienda Real y no sé si es con justicia»⁷². Un año antes se había dispuesto que los pleitos de Hacienda se determinaran en

71. Carta de 25 marzo 1575 de los Oficiales de México, Legazpi, Albornoiz y Mercado al Rey (AGI, México, 324).

72. Carta de Melgosa, Lima, 10 junio 1562 (AGI, Lima, 120).

la Audiencia antes que los otros ⁷³. En agosto de 1563 se les dan a los Oficiales Reales de Lima facultades, como a los de México tres años antes, para la cobranza de la Real Hacienda ⁷⁴ y simultáneamente se ordena sean ejecutados sus mandamientos ⁷⁵. En las Ordenanzas de la Audiencia de Lima del año 1565, en el Título dedicado a la Hacienda, se sigue especificando como en 1555 que los pleitos de Hacienda tienen prelación y que ha de haber en el Tribunal un libro de pleitos de Hacienda que se vea semanalmente ⁷⁶. El factor de Lima, Bernardo de Romani, escribe al Rey en 1566: «Los alguaciles no lo ejecutan porque tienen amigos y dicen que no hallan bienes o que no hallan las personas y andamos tras los escribanos para que hagan los autos y demás desto, cuando tenemos hechas las diligencias, los deudores acuden a la Real Audiencia y sin embargo del tiempo en que está la ejecución, danles el tiempo que les parece para pagar y lo mismo hace el que gobierna». Después de pedir que el portero de la Caja sirva de alguacil y uno de sus oficiales de escribano sin llevar salario, esboza un cuadro general de la situación en el Virreinato: «Los Oficiales de V. M. que somos propietarios no tenemos más jurisdicción los de aquí para lo que aquí se ofrece, aunque acude aquí el dinero que viene de fuera del Reino, y los de Potosí para lo de las Charcas, de manera que en la ciudad de La Paz ni el Cuzco no se hace cosa nin-

73. R. C. 18 octubre 1561 a Audiencia Lima (ENCINAS, *Cedulario*, II, 270).

74. Provisión 24 agosto 1563 (*Cedulario peruano*, en Biblioteca Nacional de París, Fondos españoles, ms. n.º 174, fs. 257-8). En los extractos de *Papeles del Consejo* (Codoin II, XV, 293) se retrasa a 1577: «Este año se dió jurisdicción a los Oficiales Reales de Lima por cedula de 5 de agosto».

75. Id., fols. 258 v.º 259.

76. *Ordenanzas de la Real Audiencia de Lima y demás Tribunales* de 17 agosto 1565, en BALLESTEROS, *Ordenanzas Perú*, fols. 1-124, título V. En las Ordenanzas para las Audiencias de Indias de 1555 se especificaba ya ese precepto del libro de pleitos, (vid nota 45); probablemente, no se ha tenido en cuenta la nueva situación que abre la concesión de una jurisdicción autónoma de Hacienda en el período comprendido entre ambas Ordenanzas de Audiencias, lo que indicaría una vez más la rutina o descuidos que se observan en materia legislativa.

guna de lo que envían a mandar los Oficiales de Potosí ni tampoco lo que nosotros enviamos a decir en Guamanga y Guanuco, Arequipa, Trujillo, Piura y Chachapoyas, así que éstos tienen más necesidad de tener jurisdicción que nosotros, porque los corregidores hacen lo que quieren y parece que tienen en poco a los Oficiales y antes son contra ellos y contra la Real Hacienda por agradar a los vecinos»⁷⁷.

Simultáneamente a la concesión de jurisdicción a los Oficiales de Lima y Potosí debió concederse a los del Nuevo Reino de Granada: Una Real Cédula de julio de 1563, dirigida a la Audiencia de ese Reino, ordena al Presidente y oidores que compeñan a los alguaciles mayores y sus lugartenientes para que ejecuten los mandamientos de los Oficiales Reales sobre la cobranza de la Hacienda⁷⁸.

Los de Chile reclamaban la jurisdicción en 1561. El factor escribe al Rey pidiendo el nombramiento de Oficiales, pues el contador había dejado el oficio y el tesorero partía para España; y especifica: «que traigan comisión para ser juecés, todos o alguno, de las deudas que a V. M. deben y de esta manera se podrá recoger oro que enviar y esto es cosa la más principal, que los Oficiales sean jueces de la Real Hacienda y que el Gobernador ni justicias no se puedan entrometer en suspender las deudas que a V. M. se deben, porque la principal Hacienda Real que hay en este Reino es papeles y tratar de cobrallo no hay medio»⁷⁹.

La misma situación en todas partes, las mismas necesidades, llevan a Felipe II a conceder la tan deseada jurisdicción a todos los Oficiales Reales de las Indias. Según la Recopilación de 1680 esta generalización fué dispuesta el 18 de febrero de 1567⁸⁰. Pero en el *Cedulario* de ENCINAS no se recoge esa disposición, de la cual no he encontrado huellas, sino la dada para

77. Carta del factor de Lima Romani al Rey, Los Reyes, 30 enero 1566 (AGI, Lima, 112).

78. R. C. 18 julio 1563 a Audiencia Nuevo Reino de Granada (Bibl. Nacional Madrid, ms. 3045, f^o 253 v^o).

79. Carta del factor de Chile al Rey, La Concepción, 10 octubre 1561 (AGI, Lima 120).

80. *Rec. Indias*, VIII, 3, 2, epígrafe.

los Oficiales de Panamá en 1572 haciendo constar que es «cédula general»⁸¹ a la que sigue otra de la misma fecha dirigida a los alguaciles mayores de aquella Audiencia para que cumplan los mandamientos de los Oficiales Reales, también general según el epígrafe de ENCINAS⁸². Se recoge también en dicho Cédulario la dirigida en 1570 a los Oficiales de La Plata, en Las Charcas para que las apelaciones sólo vayan o la Audiencia⁸³; otra para los de México para que la cobranza de lo que se debiere en partes remotas se remita a las justicias ordinarias⁸⁴, y una R. C., general para las justicias de las Indias, del año 1570 que dispone se guarden las requisitorias que dieren los Oficiales Reales⁸⁵.

Como puede verse, el particularismo jurídico indiano además de ser causa de una frondosa legislación, resulta caprichoso y obliga al investigador a toda clase de cautelas en las generalizaciones. A los Oficiales de Nombre de Dios sólo se les concede en 1577, alegando las consabidas razones de que no se pueden cobrar las deudas por falta de autoridad y que las cuestiones de tributos son «tan menudas y diferentes» que resultaría muy molesto acudir a las Audiencias⁸⁶. Los del Río de la Plata

81. R. C. 18 mayo 1572 (ENCINAS: *Cédulario*, III, 293). El epígrafe de ENCINAS dice: «Cédula general, en que se da jurisdicción a los Oficiales Reales para la cobranza de la real hacienda».

82. R. C. 18 mayo 1572 a alguaciles mayores de la Audiencia y ciudad de Panamá (ENCINAS, III, 293). El epígrafe reza así: «Cédula que dispone y manda a los alguaciles mayores y menores de las audiencias y ciudades de las Indias y otras justicias, cumplan los mandamientos de ejecución provisión y otros cualesquier que dieren los oficiales reales tocantes a la cobranza de la real hacienda».

83. R. C. 23 enero 1570 a los Oficiales Reales de la Plata (ENCINAS, III, 294).

84. R. C. 18 mayo 1572 a los Oficiales Reales de México (ENCINAS, III, 294).

85. R. C. general para todas las autoridades de Indias, 4 julio 1570 (ENCINAS, III, 294).

86. R. C. 18 febrero 1577 (AGI, Contaduría, 1382, n. 1, r. 14). Una R. C. de 6 agosto 1571 había ordenado a los Oficiales Reales de Nombre de Dios que tuvieran especial cuidado en las denuncias de mercaderías sin registrar, indicando que si los que denuncian no las siguen, lo hagan ellos «porque haciéndose ante la justicia ordinaria como hasta

tampoco poseían jurisdicción en 1585. De ese año es una carta del tesorero pidiendo al Rey facultad para ser jueces y «conocer de las cosas y casos tocantes a la gente de la mar y navíos y cosas a ella anejas y concernientes sin que el Gobernador ni sus tenientes y otras justicias se entrometan... conforme a la merced que V. M. tiene hecha en los demás puertos de Indias a sus Oficiales y Jefes». Se queja también de las mañas de los deudores con la justicia, la cual suele dilatar las cobranzas, y de vejaciones del Gobernador y de sus tenientes en materia de libranzas que se evitarían siendo jueces los Oficiales Reales y teniendo facultad para juzgar si eran justas y debían pagarse⁸⁷. El abundante contrabando que tenía lugar en dicho territorio debió aconsejar la concesión de jurisdicción a los Oficiales del mismo. En 1610, una Real Cédula, después de declarar que «yo tengo dada jurisdicción a mis Oficiales Reales de las provincias del Río de La Plata en lo que toca al buen recaudo, cobranza y administración de mi Hacienda» ordena la ejecución de sus requisitorias en estas materias⁸⁸. Francisco de Alfaro en las Ordenanzas que dió a dichos Oficiales en 1611 recogió expresamente dicho privilegio⁸⁹. En 1582 se concede a los Oficiales de Trujillo; como de costumbre se ordena a las autoridades judiciales no pongan impedimento, antes al contrario les den todo favor y ayuda; los mandamientos serán ejecutados por los al-

agora se ha tenido por costumbre, contentando a parte al denunciador e juez que dello ha conocido quedan desiertas las denunciaciones» (ENCINAS, III, 308).

87. Carta del tesorero del Río de La Plata, Hernando de Montalvo al Rey, 12 octubre 1585 (en LEVILLIER: *Correspondencia de los Oficiales Reales del Río de La Plata*, I, Madrid, 1915, 377).

88. R. C. 10 julio 1610, en ARCHIVO NACIÓN ARGENTINA: *Época colonial, Reales Cédulas y provisiones*, 1517-1662, tomo I, Buenos Aires, 1911, 94 (cit. ZORRAQUÍN, o. c. nota 1, 97).

89. «Los Oficiales Reales tienen jurisdicción para cobrar cualesquier moravedís que por cualquier razón, título o causa pertenezca a S. M. y en razón de lo susodicho, puedan cualesquier autos, ejecuciones, prendas de personas y bienes rematarlos y hacer lo demás que jueces pueden hacer conforme a derechos» (art. 33), en ENRIQUE DE GANDIA: *Francisco de Alfaro y la condición social de los indios*, Buenos Aires, 1939, 429 (cit. ZORRAQUÍN, o. c., 95).

guaciles y las apelaciones irán a la Audiencia respectiva, en este caso la de Lima ⁹⁰. En la Recopilación de 1680 (VIII, 3) se recogen, por último, los preceptos sobre la materia.

Lo mismo que había ocurrido en Nueva España, la implantación de la nueva jurisdicción encontró en el Perú análogas contradicciones e intromisiones por parte de las demás autoridades judiciales. Quizá el texto más expresivo sea la carta que el factor de Lima, Francisco Manrique de Lara, dirige al Rey en 1576: «Por otras, ha escrito los muchos inconvenientes que resultan en no declararse de una vez la jurisdicción enteramente que han de tener en aquella ciudad y provincia los Oficiales Reales y que las justicias no se entrometieren en cosa tocante a ella si no es en las apelaciones que está ordenado vayan a la Audiencia, y a causa de las cosas que desta materia resultan, son muy ultrajados y poco respetados, que le obliga a suplicar se ordene a los que gobiernan que los Oficiales de la Hacienda Real sean tratados con el decoro que conviene y que convenia darles entera jurisdicción conforme a las ordenanzas de la Casa de Contratación de Sevilla como antes de agora lo han pedido» ⁹¹.

Cuatro años más tarde, ese mismo Oficial Real solicitaba el nombramiento de un Asesor letrado en la Caja de Lima: «Para

90. R. C. 1 enero 1582 (Biblioteca Nacional Madrid, ms. 3045, f^o 457 v.^o). Los Oficiales del Callao la piden al Rey el 8 noviembre 1602 (AGI, Lima, 112).

91. Carta del factor de Lima al Rey de 6 de mayo 1576 (AGI, Lima, 112). La carta, muy larga, insiste en que la jurisdicción de Hacienda la tienen «aniquilada y abatida»; «suelen meter sus pasiones y fines particulares y nosotros padecemos mucho y somos ultrajados y poco respetados de la demás gente y negociantes, poniéndonos a cada cosa en mil detrimentos en la defensa y competencia de jurisdicción»; se aprovechan de las varas «entendiendo por no traerlas nosotros en las manos dejamos de ser jueces y tener juzgado, y en esta tierra es así que a quien no las trae exteriormente no hay respetarle nadie»; insiste en que se les dé entera jurisdicción según las Ordenanzas de la Casa de Contratación, «confirmándolas aquí de nuevo en lo que nos tocara al oficio pues esta ciudad es otra Sevilla para en cuanto a esto». La nota marginal de los Consejeros de Indias indica: «Cédula al Virrey y Audiencia para que los honren y favorezcan en las cosas de su oficio y envíeseles todo lo que está ordenado para otros Oficiales». Todavía en 1602 los Oficiales de Lima se quejan de que su jurisdicción «va en-

que este Tribunal estuviere en toda orden, por muchas cosas que se ofrecen, convendría se nos nombrase un Asesor, que asistiera con nosotros en él, con un salario competente, que no dejará de ser en servicio de V. M. por ofrecerse cosas de derecho allí al presente, y sería más buena administración de justicia, porque este Tribunal desta ciudad es el más principal y donde más cosas concurren». Pero no debió tener éxito la petición pues en los textos legales no se hace mención de este Asesor ⁹².

VI. EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN

A) Competencia

En la segunda mitad del siglo XVI los Oficiales Reales añaden, por tanto, al cúmulo de ocupaciones habituales de la administración financiera, una nueva e importante: la resolución de las causas fiscales. La mayor parte de éstas se refieren a deudas y contrabando, los dos grandes problemas que han llevado al planteamiento de una jurisdicción autónoma. Intervienen también como defensores del Fisco en los pleitos relacionados con el cobro de los diezmos, cedidos a la Corona por Alejandro VI ⁹³ y, en ocasiones, entienden también en las causas de echa-zón y avería gruesa, que se tramitan en Indias ante la justicia de tierra o los Oficiales Reales de la Hacienda ⁹⁴. En cambio, se les niega expresamente la competencia entre comerciantes ⁹⁵.

flaqueciendo y el Virrey, Audiencia y General del Callao nos la van quitando y no hay entera libertad para usar los oficios» (Carta al Rey, 4 mayo 1602, en AGI, Lima 112).

92. Carta de Lima 10 abril 1580 (AGI, Lima, 112). En la instrucción dada por el Virrey Toledo a los Oficiales Reales de Guanuco, se les ordena que asistan con los procuradores y letrados para que sigan los pleitos fiscales con gran cuidado. El día de la semana que se reúnan con el corregidor, verán el estado de los pleitos (Bibl. Nac. Madrid, ms. 3043, f° 58).

93. *Rec. I.*, I, 16, 1; SOLÓRZANO, II, 6 (cit. ZORRAQUIN, o. c., 98).

94. *Rec. I.*, IX, 38, 20.

95. *Rec. I.*, IX, 33, 59. En carta de 20 abril 1595, el tesorero de Veracruz, Pedro Coco Calderón, pide que «los pleitos entre maestros pasen ante los Oficiales desta ciudad, porque son muchas las vejaciones que padecen en México a causa de que el Consulado después que

Los Oficiales Reales poseen la facultad de iniciar «de oficio» los pleitos fiscales⁹⁶ y seguirlos por la vía ejecutiva, si son ejecutables, o por mandamiento de apremio en lo que es invencible y líquido⁹⁷. Los bienes en litigio son depositados en la Caja⁹⁸. Para el cobro de las deudas tienen facultad de despachar requisitorias a las autoridades judiciales ordinarias, que deban cumplirlas siempre que vayan firmadas por todos los Oficiales⁹⁹. Según ESCALONA¹⁰⁰, en las Cajas principales, como la de Lima, el Virrey nombra alguacil para la cobranza, con salario que no sea de la Hacienda Real. Los Ofi-

ha tomado la posesión del oficio advoca a sí sus mismas causas conociendo dellas contra los dichos maestros, y el dicho Consulado no tiene que ver en esto sino que aquí se ha de guardar lo que en la Casa de Contratación de Sevilla y que los Oficiales Reales con un asesor conozca dellos». Al insistir que «pues son jueces en lo principal que es la Hacienda lo sean en todo lo demás», indica que «se evitarán las diferencias entre el general y el alcalde mayor, que casi todo el tiempo de la estada de flota se va en pleitos y correos al Virrey y Audiencia» (*Epistolario N. España*, XII, 190).

96. R. C. 8 noviembre 1581 (ENCINAS, III, 289).

97. R. C. 8 noviembre 1562 (ENCINAS, III, 291).

98. Todos los depósitos de oro, plata, joyas, piedras preciosas, etcétera, cuya cantidad y valor no embarace la caja real y tenga dependencia con la Real Hacienda por estar litigiosos y convenir asegurarlos, se ponen en la caja; los depósitos de géneros, en las Depositarias generales de las ciudades (*Rec. I*, VIII, 6, 13, que cita Ord. 36 de 1579 y R. C. 14 mayo 1645).

99. R. C. 4 julio 1570 (AGI, México, 323; ENCINAS, III, 294 y *Rec. I*, VIII, 3, 18). En la concesión de jurisdicción a los Oficiales se indica siempre que las justicias «os den y hagan dar el favor y ayuda que les pidieredes y menester huviededes» (R. C. 18 mayo 1572 a los Oficiales de Panamá, ENCINAS, III, 293) lo que se ordena en R. C. aparte dirigida a Audiencias y alguaciles (R. C. 18 mayo 1572, ENCINAS, III, 293). Provisión del Virrey del Perú Martín Enriquez de fecha 30 octubre 1581; dirigida al alguacil mayor de la ciudad de León de Guanuco para que él y sus lugartenientes ejecuten los mandamientos de los Oficiales Reales referentes a cobranza de la Hacienda (Bibl. Nac. Madrid, ms. 4043, f° 61). R. C. 22 noviembre 1597 para que los Alguaciles Mayores ejecuten los mandamientos de los Oficiales Reales (*Epistolario N. España*, V, 13, 180). Para Panamá, R. C. 1 junio 1607 (Codoin I, 17, 324).

100. *Gasophilatium*, I, II, 6.

ciales Reales tuvieron en algunos lugares y pretendieron tenerla en otros, la facultad de nombrar este alguacil, pero en 1617 se prohibió terminantemente. En 1654 se crea un Alguacil Mayor en las Cajas de la Real Hacienda ¹⁰¹.

Tanto las cobranzas de deudas atrasadas como las procedentes de tributos de las ciudades de la Corona Real donde no existen Oficiales Reales ni tenientes ¹⁰², suelen cometerse a los corregidores y alcaldes mayores correspondientes, que tienen que acudir con el importe de lo recaudado a los Oficiales Reales de la cabecera ¹⁰³. Los grandes abusos cometidos por aquéllos, llevaron a establecer medidas de garantía, como el retener los salarios de los corregidores ¹⁰⁴. Si no cumplían las requisitorias de cobro dadas por los Oficiales Reales,

101. Para Buenos Aires, las Ordenanzas de Alfaro (1611) autorizan a los Oficiales de aquel distrito para que nombren «alguacil para la cobranza de la Real Hacienda y ejecución de sus mandamientos» (E. DE GANDIA: *Francisco de Alfaro*, 434). Los Oficiales de Potosí pretenden tener ciertas atribuciones respecto al alguacil. En las advertencias que dirigen al Virrey Toledo sobre las Ordenanzas que les ha dado escriben: «En cuanto a la ordenanza que trata de que los Oficiales no tengan mano para remover el alguacil de la Casa real, tiene gran inconveniente, porque antes es necesario, siendo V. M. servido, que lo remuevan, porque mediante entender él esto, haga lo que conviene con cuidado y diligencia a la cobranza de la real hacienda, porque de otra manera podría haber remisión» (Bibl. Nac. Madrid, ms. 3043, fº 78). En 1617 se prohíbe a los Oficiales Reales que nombren alguaciles para la ejecución de sus mandamientos ordenándose a las Audiencias y a los Gobernadores que provean que los alguaciles de las ciudades, villas y lugares, los cumplan y ejecuten. Si no lo hacen, no les dejen usar su oficio de alguacil (*Rec. I.*, VIII, 3, 20). Pero en 1654, con ocasión de haberse creado en Lima el oficio de Alguacil Mayor de las Cajas de la Real Hacienda, se dispone que lo mismo se haga en todos los demás partidos donde las hubiere (*Rec. I.*, VIII, 6, 18).

102. En las ciudades que no son las de su residencia, los Oficiales nombran tenientes que se encargan del cobro de las rentas y en general de todos los asuntos del Fisco.

103. R. C. 8 noviembre 1562 (*Rec. I.*, VIII, 9, 10).

104. R. C. 25 enero 1605 (*Rec. I.*, VIII, 26, 17). Sobre los corregidores de indios en el Perú y su intervención en materia de Hacienda, vid. la importante obra de LOHMANN, *El corregidor de indios en el Perú bajo los Austrias*. Madrid, 1957, 265-292.

éstos podían mandar jueces comisarios, a los que comunicaban su jurisdicción ¹⁰⁵ y si, habiendo cobrado, se negaban a entregarlo, los Oficiales Reales podían proceder contra ellos jurídicamente «una vez transcurridos dos meses desde los tercios de San Juan y Navidad», hasta el punto, según ESCALONA, de suspenderlos en sus oficios y nombrar cobradores de tasas en su lugar previa información del Virrey ¹⁰⁶.

En la ejecución de los mandamientos de los Oficiales Reales se planteó la posibilidad de ejercer su jurisdicción fuera del

¹⁰⁵ R. C. 18 mayo 1572 (ENCINAS, III, 294). Una R. C. 18 diciembre 1591 señalaba que las comisiones para el cobro de deudas eran costosas y que se procurara antes de darlas agotar otros remedios, fatigando a los corregidores (Cit. ESCALONA: *Gazophilatium*, I, II, 6). Antes de la concesión de jurisdicción autónoma a los Oficiales Reales, sólo tenían facultad de avisar a la Audiencia y ésta debía despachar jueces que apremiaran a los corregidores (R. C. octubre 1527, ENCINAS, III, 294).

¹⁰⁶ *Gazophilatium*, I, II, VI, donde se citan Ordenanzas del Marqués de Guadalcazar, de D. Luis de Velasco y de Cañete. Una R. C. de 28 marzo 1620 castigaba con seis años en Chile y perpetua privación del oficio a los corregidores que no entregaran lo recaudado (el texto en SOLORZANO: *Polít. ind.*, V, 2, 27). Una R. C. de 16 junio 1627 dispone que, avisando los Oficiales Reales y verificando con autos, cómo habiendo sido requeridos por ellos no enteran los tributos de la Corona ni los remiten a las Cajas reales como son obligados, pueda el Acuerdo de la Audiencia despachar jueces con días y salarios que los apremien al dicho entero; y deste estilo se empezó a usar contra D. Esteban Carrillo, Gobernador de los Collaguas (*Gazophilatium*, I, II, VI y LOHMANN: *El corregidor*, 284). El Virrey del Perú Martín Enriquez dió el 30 octubre 1581 una Provisión dirigida a los corregidores de naturales del distrito de Guanuco, en la que tras quejarse de que no cumplan las requisitorias despachadas por los Oficiales Reales, se dispone lo hagan so pena de 500 pesos de oro para la Cámara por cada vez. En sus «residencias» se tendrá especial cuidado en ver cómo han cumplido y se ejecutará dicha pena (Biblioteca Nacional Madrid, ms. 3043, f° 59). Una R. C. de 25 agosto 1637 dispone que los corregidores, antes de tomar posesión de sus plazas han de depositar una fianza especial para garantizar el pago de los «rezagos» (*Rec. I.*, VI, 5, 64, cit. LOHMANN, 285). Otra de 20 noviembre 1668 disponía que deberían los corregidores enterar en la Caja respectiva cada seis meses el importe de lo recaudado por tributos; de no hacerlo antes de treinta días de transcurrido el plazo, serían destituidos (*Rec. I.*, VI, 5, 54, cit. LOHMANN, 287). Auto del

distrito de su Caja. Así, en carta de los Oficiales de México al Rey en 1570 se refieren a que algunas veces el deudor pasa al Reino de Galicia y, a veces, fuera de la Nueva España, donde se le impide al ejecutor nombrado por ellos usar de la comisión, alegando que lo han de hacer por requisitoria. Han dado algunas, pero son tan remisos, que las deudas fiscales se cobran lentamente. Piden facultad para poder enviar ejecutores a cualquier parte, aun fuera de la Gobernación y Nueva España. Se les deniega y se da una disposición general, que pasa a la Recopilación, para que los Oficiales no provean autos ni diligencias en el distrito de otros Oficiales y que se contenten «en los límites de su jurisdicción conforme estuvieren señalados desde el descubrimiento y población de la tierra y tiempo en que se pusieran Oficiales en cada provincia», salvo especial orden real¹⁰⁷.

El Tribunal de Hacienda, compuesto por Oficiales Reales, funciona siempre colegiadamente. El principio de la administración conjunta, exigido para las operaciones principales del Fisco, es expresamente invocado por las leyes para la resolución de los pleitos: ninguno de los Oficiales por sí solo puede sentenciar¹⁰⁸.

La jurisdicción de los Oficiales Reales en materia de Ha-

Conde de Lemos de 25 septiembre 1670 disponiendo que transcurridos noventa días del plazo de entrega, los Oficiales Reales enviarían un pesquisidor, a costa del Corregidor o sus fiadores, a efectuar la cobranza comunicándolo al mismo tiempo al Gobierno y al Tribunal de Cuentas para que ordenaran la suspensión en el cargo (LOHMANN, 288).

107. Carta de los Oficiales Reales de México al Rey de 20 enero 1570 (AGI, México, 323). Una nota marginal indica: «No hay necesidad, porque está proveído lo que conviene.» En otra copia de la misma carta, la nota marginal dice: «Que en lo que toca a lo que piden, que su ejecutor entre con vara en distrito ajeno, no ha lugar y que se les dé cédula para que enviando requisitorias, las Audiencias y otras justicias las cumplan y ejecuten con toda diligencia.» R. C. febrero 1570 para que se contenten en los límites de su jurisdicción (Rec. I, VIII 3,3). R. C. 18 marzo 1572 a Oficiales de México disponiendo que para la cobranza de lo que se debiere en partes remotas se remita a las justicias ordinarias (ENCINAS, III, 294).

108. E. DE GANDÍA: *Francisco de Alfaro*, 425 En la *Recop. I*, el prin-

cienda es privilegiada: pueden avocar así todos los pleitos pendientes ante los jueces ordinarios si afectan al Fisco ¹⁰⁹.

En el siglo xvii se dan algunas disposiciones sobre la jurisdicción de Hacienda en relación con otros organismos, que conviene recoger aquí: En 1626 se dispone que en la Junta de Hacienda a la que ha de asistir el Virrey, el oidor más antiguo, el fiscal, un contador de cuentas (donde haya Tribunal de esta clase) y el Oficial Real más antiguo, se trate también de los pleitos fiscales ¹¹⁰. Diez años después se prohíbe al oidor encargado del Juzgado de Difuntos avocar a su jurisdicción causas pendientes ante Oficiales Reales hasta que estén enteramente pagadas pues «el privilegio que la compete de derecho en este particular vence al de los pleitos de aquellos Juzgados» ¹¹¹. En 1642 se ordena a los Oficiales Reales que no impidan a los alguaciles de la Inquisición entrar en su Tribunal, salvo que lo hagan como partes a sus negocios ¹¹².

B) *Deudas al Fisco*

Ya vimos anteriormente la importancia que llegó a alcanzar el problema de las deudas fiscales y algunas de las garantías que hubo de tomar la Corona. Los Oficiales Reales estaban obligados a urgir su pago «pudiendo para ello hacer las ejecuciones, prisiones, ventas y remates de bienes y otras diligencias que convengan» ¹¹³. La ley es rigurosa: no cabe

cipio «cada uno haya de hacer cuenta y considerar que le toca a él el oficio del otro» está recogido precisamente en el título «De los Tribunales de Hacienda» (VIII, 3, 5).

109. El Virrey del Perú D. Luis de Velasco declaró el 16 agosto 1603, a petición de los Oficiales Reales de Potosí, que éstos pudiesen avocar a sí los pleitos de los deudores al Fisco pendientes ante las justicias ordinarias (SOLORZANO: *Política indiana*, L. VI, c. XV, núm. 30). ESCALONA cita una R. C. de 3 febrero 1626 en tal sentido (*Gazophiliatium*, I, II, VI).

110. R. C. 17 noviembre 1626 (*Rec. Ind.*, VIII, 3, 8).

111. R. C. 26 octubre 1636 (*Rec. I.*, VIII, 3, 16).

112. *Rec. I.*, VIII, 3, 25.

113. Principio general que figura en las concesiones de jurisdicción a los Oficiales Reales. (Vid. ENCINAS: *Cedulario*, III, 293.)

recibir prenda para seguridad del pago, y es preciso que se ejecute sobre los bienes, vendiéndose éstos en almoneda pública.

Se establece la prisión por deudas con especificación de que no se admitirán fianzas para salir de la cárcel, salvo que sea mujer ¹¹⁴. En concurrencia de acreedores, el Fisco tiene preferencia ¹¹⁵. Los deudores, por evadirse del rigor de los Oficiales Reales, suelen dar cesiones de deudas que se les deben; sólo se les permite hacerlo en caso inexcusable o en casos de cesiones gratuitas, como las procedidas de algún donativo que se haga al Rey, pero siempre que en lo cobrado así, no haya de tener parte el cedente ¹¹⁶.

Los funcionarios de Hacienda no pueden dar esperas sin autorización real «por ser donación temporal de real hacienda, cuyo beneficio consiste en el tiempo, que es parte de precio». Sólo en los puertos, para facilitar el comercio, se les permite que reciban obligaciones de los deudores a plazos moderados. Los Contadores de los Tribunales de Cuentas velarán para que los Oficiales no admitan esas suspensiones de pago, por las que deben multarles ¹¹⁷.

Los Oficiales Reales que no cobraren por negligencia, pagarán daños e intereses; sufrirán una suspensión por dos años y deberán abonar 50.000 maravedíes para la Cámara ¹¹⁸.

A pesar de este rigor legislativo, no es raro encontrar cierta benevolencia, especialmente en las regiones más pobres, ya

114. R. C. 30 diciembre 1571 al Virrey de Toledo y R. C. 3 febrero 1633 (citadas en *Gazophilatium*, I, II, V).

115. Reales Cédulas citadas nota anterior.

116. R. C. 25 abril 1605 (*Gazophilatium*, I, II, VI). La R. C. de 14 mayo 1652 refiere «que por evadirse de pagar el plazo y dilatar la satisfacción los deudores se valen de las recusaciones y los pretenden remover *in totum*»; cuando las partes intenten este medio, se guarde la costumbre (*Rec. I.*, VIII, 4, 60).

117. R. C. de 18 enero 1575 a la Audiencia de Charcas para que no consienta excesivas esperas en la cobranza de deudas a la Hacienda (*Código I.*, 18, 403 s.). R. C. 9 noviembre 1618 a los Contadores de los Tribunales de cuentas de Indias (*Rec. I.*, VIII, 8, 15).

118. *Rec. I.*, VIII; 8, 14, citando cap. 37 de las ordenanzas de 1579

desde los primeros tiempos de la conquista. Así, en la instrucción a los Jerónimos, Gobernadores de la Española, se les encarga que a los deudores del Fisco que no puedan pagar se les haga la merced de no ser encarcelados si quisieren pasar a Tierra Firme o a otras islas¹¹⁹. Pedrarias Dávila dispone que no se fatigue a los vecinos de Castilla del Oro para el pago de sus deudas al Fisco «al menos en tanto que la tierra está en necesidad como ahora está»; prohíbe que se vendan sus haciendas y suspende las ejecuciones «para que no se acabare de perder la tierra»¹²⁰. En 1519 se ordena a Diego Velázquez que en Cuba se dé espera a los deudores de la Hacienda¹²¹. También en Venezuela hay indulgencia: en uno de los Acuerdos de los Oficiales Reales del año 1599, después de manifestar que no se puede cobrar «por la gran necesidad y pobreza de la tierra», y juzgando que si se aprieta en la cobranza se hace mucho daño a los vecinos, se acuerda dar mandamiento contra los deudores, «porque es razón que las dichas deudas se cobren» y ya que no se puede cobrar todo por las razones dichas, se cobre lo más que se pudiere¹²². El Virrey Toledo dió un

y R. C. 4 junio 1620. El Virrey Toledo estableció en las Ordenanzas que dió a los Oficiales Reales de Potosí, que deberán pagar lo que no cobraren por negligencia. Los Oficiales protestan, dado el volumen grande de las deudas, pero el Virrey dispone: «Que en todos los Oficiales Reales de las Indias está mandado por S. M. así, y que pues son jueces y ejecutores y tienen cárcel y ministro y corregidores de naturales, que han de cobrar, y no ha de haber almonedas ni a los indios conviene esperar, que está bien el capítulo de la ordenanza.» (Advertencias de los Oficiales Reales de Potosí a las Ordenanzas dadas por el Virrey Toledo y nota marginal correspondiente, en Biblioteca Nacional, Madrid, ms. 3-43, f.º 75.)

119. Instrucción a Jerónimos, 1516, en Codoin II, IX, 69.

120. ALVAREZ RUBIANO: *Pedrarias Dávila*, Madrid, 1944. Apéndices, 478.

121. R. C. 7 noviembre 1518 a Diego Velázquez (Codoin II, I, 83).

122. Acuerdo de 25 febrero 1599. El Libro de Acuerdos de los Oficiales Reales ha sido publicado por el Ministerio de Relaciones Interiores de Venezuela con el título *Orígenes de la Hacienda en Venezuela*, Caracas, 1943. El acuerdo citado, p. 99.

mandamiento en 1570 para que en Quito no se aplicara la prisión por deudas al Fisco ¹²³.

En materia de deudas, solía haber una gradación: Las de tributos, tenían prelación y llevaban aparejada ejecución ¹²⁴. En las de préstamos de azogue, aunque tenían precedencia judicial—al menos, en algún momento—, tendía a suavizarse la actuación judicial ¹²⁵. Las de alcabalas eran tratadas más moderadamente, por ser este impuesto una carga muy molesta para los vecinos de Indias, como demostraron los disturbios habidos en su introducción ¹²⁶.

Para su cobro, ESCALONA recoge algunos preceptos de la legislación castellana (aplicable, como Derecho supletorio en Indias), referentes a la jurisdicción fiscal de la Contaduría Mayor: Los Oficiales Reales deberán cobrar intereses por la demora, en cuantía del diez por ciento; velarán para que no transcurra el plazo de prescripción de deudas atrasadas (los diez años acostumbrados, más los cuatro que tiene el Fisco para pedir restitución contra el decenio), transcurrido el cual, sólo podrán cobrarse mediante reconocimiento judicial del deudor; no se admite la prescripción contra el Fisco en materia de pago de impuestos «por fundarse en utilidad pública y conservación de la Monarquía» ¹²⁷.

El problema de las deudas atrasadas seguía vivo en el si-

123. AGI, *Patronato*, 189, 39.

124. *Gazophilatium*, I, II, 6.

125. El visitador de la Audiencia de Charcas y de los Oficiales Reales de aquel distrito, el inquisidor Ulloa, dió un auto en 14 mayo 1595 disponiendo que las deudas del azogue tuvieran prelación a todas las demás deudas fiscales, incluso a las de fecha anterior. Lo mismo la R. C. 4 julio 1620 a Audiencias Charcas. Una R. C. del año 1633, dirigida al conde de Chinchón, disponía que hubiera moderación «por ser vasallos menesterosos y proceder de su trabajo la mayor parte del caudal que se trae a España y excusar el mayor daño de que no cese por apremio del fruto presente que insta, el venidero que se previene» (*Gazophilatium*, I, II, 6).

126. ESCALONA: *Gazophilatium*, I, II, 6, cita R. C. dirigida al Príncipe de Esquilache de 27 de septiembre 1641, inserta en otra del marqués de Guadalcazar de 22 julio 1626.

127. *Rec. Cast.*, V, 18, 19; IV, 21, 5. (*Gazophilatium*, I, II, VI).

glo xvii. Ante el temor de que la creación en 1605 de los Tribunales de Cuentas de Lima, Santa Fe y México sirva de excusa para no cobrar los atrasos, se insistirá en que ni Virreyes ni Oficiales Reales «en ningún tiempo se han de exonerar hasta que nuestra Real Hacienda esté cobrada y satisfecha... Los Oficiales Reales en ningún tiempo quedan libres si no es satisfaciendo la hacienda que fuere a su cargo»; los contadores de cuentas «por la obligación de sus oficios, procuren la cobranza»¹²⁸.

C) Comisos

La legislación sobre contrabando es muy abundante, lo que refleja por sí sólo la importancia del problema y su persistencia, a pesar del rigor de las penas establecidas. Como es sabido, desde el primer momento del descubrimiento se estableció la práctica del registro de las mercancías que pasaban a Indias, tanto en los puertos andaluces—Sevilla, Cádiz—como en los de Canarias¹²⁹. En los puertos de Indias se estableció práctica análoga, tanto para las mercancías como para el oro y plata que se embarcaba en ellos. Los preceptos legales eran rigurosos: las mercancías de tráfico prohibido o simplemente las que se hallaren fuera del registro, y el oro y plata que fuere hallado sin «quintar» sufrirá la pena de comiso (pena legal cierta y determinada por el Derecho, que no admite moderación como, por ejemplo, las penas de cámara que imponen los Tribunales de justicia); los navíos extranjeros sin licencia, se tomarían junto con las mercaderías, aun cuando éstas fueran de naturales de Castilla y sus tripulantes quedarían presos¹³⁰. Una R. C. dirigida a las autoridades de la Espa-

128. Ordenanzas para los Tribunales de Cuentas de 1609, cap. 21 y 1617 (*Rec. I.*, VIII, 76).

129. R. C. 23 agosto 1494 al municipio sevillano, extracto en *Codoin I*, 21, 534. R. C. 10 diciembre 1508 a Casa de Contratación de Sevilla permitiendo el embarque de mercancías y bastimentos desde Canarias, con tal de que sean registrados previamente (*Codoin II*, 5, 159).

130. Reales Cédulas de 18 junio 1540, 19 junio 1558, 8 agosto 1558, 22 septiembre 1560, 27 noviembre 1560, 12 abril 1562, 25 mayo 1563, 6

ñola, más explícita, señala que los navíos extranjeros «fingen que van al Brasil y que con temporal arriban a esas partes para se reparar, todo a fin de poder vender sus mercaderías libremente, y que vosotros, por la necesidad que algunas veces suele haber de mantenimientos en esa tierra, les daís licencia para descargar lo que llevan y venderlo»; reitera la prohibición de esos tratos y amenaza con la pena de privación de los oficios y 1.000 ducados a cada uno de los Oficiales Reales si hubiere malicia y si faltara ésta, se limita a prohibir la descarga ¹³¹.

Con la unión de Portugal, el contrabando de los navíos portugueses se intensifica. Se impone la creación de un procedimiento especial para los «descaminos y arribadas forzosas», que, aprobado por el Rey, entre en vigor en 1591. Se nombraron también Jueces de Arribadas para Andalucía y, al parecer, también en Indias ¹³².

El procedimiento es sumario y ejecutivo. En tanto se sustancia el pleito, las mercancías quedarán bajo la custodia de personas de confianza, y si se cree que este depósito va a oca-

agosto 1571, 6 octubre 1571 (ENCINAS, I, 442-447 y III, 398). La *Rec. Ind.* dedica 17 leyes a los «descaminos, extravíos y comisos» (VIII, 17, 1-17); la primera de ellas establece el principio general de comiso para todo lo que fuere sin registro, aunque no se haya desembarcado; cita R. C. de 16 abril 1550, 23 julio 1604, 25 enero 1605, 22 agosto 1607, 5 junio 1610, 12 julio 1614, 20 agosto 1615 y 16 diciembre 1628. En la *Nueva Recopilación* de Castilla se recoge también la prohibición general a los extranjeros para tratar en Indias por sí o por otro, so pena de la pérdida de bienes (VI, XVIII, 5).

131. R. C. 25 mayo 1563 a Presidente y Oidores y a los Oficiales Reales de la Española (ENCINAS, I, 445).

132. Ordenanzas para remedio de los daños e inconvenientes que se siguen de los descaminos y arribadas maliciosas de los navíos que navegan a las Indias occidentales, San Lorenzo del Escorial, 29 octubre 1590 (Bibl. Nac., Madrid, ms. 2.987, núm. 20, fol. 363). SCHAEFER: *Consejo Indias*, I, 331, dice que fueron publicadas el 17 enero 1591; alude a los jueces de arribadas creados con tal ocasión. En Codoin II, 17, 423-425 se recogen unas ordenanzas para reprimir y castigar la contratación sin registro y se da la fecha 7 julio 1593. Fuera ya de los límites cronológicos de nuestro trabajo, cabe citar la instrucción sobre el modo de sustanciar las causas de fraudes y contrabandos de 22 julio 1761 (Ms. 19259, fol. 149 de la Biblioteca Nacional de Madrid).

sionar merma o deterioro, se venderán inmediatamente. Una vez que en el proceso se demuestra la infracción de las leyes, se da auto ordenando la pérdida de las mercancías y su venta en almoneda pública¹³³. Para la probanza, dada la gravedad del delito, bastan testigos singulares¹³⁴. La pena no se muda ni se perdona por la manifestación. Los Oficiales pueden hacer escrutinio en los bienes del reo¹³⁵. Se prohíbe hacer conciertos o igualas¹³⁶.

Para estimular las denuncias, las leyes concedían un tercio de las mercancías caídas en comiso para el denunciador en el caso de que fuera moderado (sacando primero la sexta parte de los jueces); si fuera grande su importe, los jueces señalarían el premio, dándole siempre satisfacción¹³⁷. En una carta al Rey de los funcionarios del Fisco en el puerto de Veracruz del año 1596, alegan que los Oficiales Reales han gozado «desde tiempo inmemorial» de la tercera parte de lo que condenaban;

133. Reales Cédulas de mayo 1535 para Tierra Firme; noviembre 1552 para San Juan de Puerto Rico; agosto 1546 y febrero 1561 para Nueva España (*Copulata*, V, 135-137). En noviembre 1560 una R. C. dirigida a los Oficiales de Nueva España ordena que «brevemente hagan justicia» (*Copulata*, V, 136). R. C. 11 marzo 1591 a Oficiales de Panamá para que obren con rigor en los registros de navíos del Perú y ejecuten puntualmente las penas (*Codoin* I, 17, 441). La *Rec. I.* (VIII, 17, 6) dispone que hagan justicia con brevedad y no se depositen los géneros aprehendidos en los interesados, aunque afiancen (cita R. C. 16 noviembre 1560, 29 agosto 1606 y 19 agosto 1627). La VIII, 17, 12, dispone la venta en pública almoneda (cita R. C. 20 noviembre 1569). La VIII, 17, 13, establece el depósito durante el pleito y la posibilidad de la venta si se teme deterioro (cita R. C. 25 noviembre 1552, 20 febrero 1561, 14 marzo 1572, 11 octubre 1615, 14 agosto 1620, 12 abril 1626, 19 agosto 1627). La VIII, 17, 14, que la sentencia se lleva «a pura y debida ejecución». (Cita R. C. 9 septiembre 1606.)

134. *Rec. I.*, VIII, 17, 17 (cita R. C. 30 diciembre 1640, 13 diciembre 1660, 4 noviembre 1651 y Carlos II).

135. R. C. 31 diciembre 1604 y 6 abril 1629 (cit. *Gazophilatium*, I, II, 6).

136. *Rec. I.*, VIII, 17, 1.

137. *Rec. I.*, VIII, 17, 7, que cita R. C. 31 enero 1619 y 3 diciembre 1630. No se pueden aplicar más que la sexta parte como el comiso no sea de plata por quintar (R. C. 24 agosto 1563 y 23 enero 1570, en ENCINAS, III, 295, cit. *Gazophilatium*, I, II, 6).

hacia diez años que se les ha suprimido, «cosa que sólo se hace en esta Caja y no en ninguna otra de V. M.»¹³⁸.

En la Recopilación de 1680 se resolvió la multiplicidad y diferencias en la legislación en cuanto al reparto del importe de los comisos, concediendo a los jueces que los impusieran la sexta parte, sacando primero los derechos del Fisco y revocando las leyes anteriores incluso las de la Nueva Recopilación castellana. Después de retirar los derechos reales, se hacen seis partes, de la cual se entrega, una a los jueces; si hay denunciador, se dividen las cinco partes restantes en tres, dándole una de ellas a aquél y si no la hay, esas cinco partes pasan al Fisco¹³⁹.

Se faculta a los Oficiales Reales a proceder de oficio en las causas de comiso. En Cartagena de Indias, cuando llegan los navíos con mercaderías y negros, visitan los navíos sin admitir denunciador previo, que reclamaría la tercera parte hasta después de realizada; sólo entonces reciben denuncias de lo ocultado. Si el denunciador no sigue la causa hasta la sentencia definitiva, la han de proseguir de oficio los funcionarios del Fisco¹⁴⁰.

La intensidad del contrabando en el Río de La Plata exigió para su represión la colaboración de las demás autoridades. Ya en las ordenanzas para los Oficiales Reales de Buenos Aires, dadas por el Visitador Alfaro en 1611, al declararles «jueces para conocer de cualquiera descaminos», permite que «pueda conocer dellos el gobernador o su teniente o cualquier al-

138. *Epistolario Nueva España*, XII, 202. Una nota marginal indica: «Tráigansè los papelès que en esto obiere y lo q. escribió el marqués de Villamanrique cerca dello». Los Oficiales del Callao piden en 1602 que se les permita ser jueces en los descaminos y denunciaciones o fuera de registro y que las condenaciones se apliquen conforme a las leyes «por tercias partes como se acostumbra en Cartagena y Panamá» (Carta del 8-XII-1602 al Rey, en AGI, Lima 112).

139. *Rec. I.*, VIII, 17, 11. Vid. también IX, 38 (navíos arribados, derrotados y perdidos) y *Nueva Rec.* de Castilla, III, 9, 21.

140. *Rec. I.*, VIII, 17, 9 y 10 (la primera cita R. C. a Oficiales de Cartagena de 5 julio 1610).

calde ordinario»¹⁴¹. Según ZORRAQUÍN, Hernandarias sustanció multitud de procesos contra los vecinos de Buenos Aires y aun contra los mismos Oficiales, complicados en el comercio ilícito¹⁴². En 1622 se dispone que dichos litigios deben resolverse conjuntamente por el Gobernador y los Oficiales Reales, ya se trate de entrada clandestina de pasajeros, ya de la introducción ilegal de esclavos o mercaderías. Poco después (1625, 1630) se reitera la obligación de determinar dichas causas conjuntamente en el puerto de Buenos Aires, pero no en tierra adentro—Tucumán—, donde la jurisdicción corresponde a los Oficiales Reales. Así queda fijado en la Recopilación de 1680¹⁴³. Excepcionalmente, señala ZORRAQUÍN, la represión del contrabando de esclavos y la visita a los navíos del asiento se reserva a jueces de comisión nombrados a petición del asentista¹⁴⁴.

La extensión y gravedad del delito de contrabando en Indias llevó a establecer en 1680 como principio general la intervención conjunta de los funcionarios. «En el conocimiento de las arribadas, descaminos y comisos—se lee en la ley VIII, 13, 3 de la Recopilación—se hallan muy diversas resoluciones¹⁴⁵, según los accidentes de los tiempos pasados, de que se ha ocasionado confusión, porque en algunas Cédulas y Provisiones está cometido a los Oficiales Reales y en otras acumulativamente con los Gobernadores, y por otras se concede este reconocimiento a prevención, de que resultan dilaciones en las causas que requieren mayor brevedad y presta resolu-

141. Ord. de Alfaro, art. 35 (E. DE GANDÍA: *Francisco de Alfaro y la condición social de los indios*, Buenos Aires, 1939, 429, cit. ZORRAQUÍN: *Ob. cit.*, 84).

142. ZORRAQUÍN: *Op. cit.*, 84. Sobre contrabando en el río de La Plata, R. C. 24 noviembre 1601 al Virrey del Perú; 20 agosto 1602 a Audiencias de Charcas y 20 agosto 1602 a ciudad de Buenos Aires, en *Codoin I*, 19, 149; 18, 326, y 323.

143. R. C. febrero 1622, 2 enero 1625 y 11 octubre 1630 (*Rec. I.*, VIII, 17, 4, y IX, 35, 49).

144. ZORRAQUÍN: *Op. cit.*, 85.

145. Cita las de 5 noviembre 1598, 23 julio 1604, 25 enero 1605, 9 diciembre 1608, 12 junio 1614, 20 agosto 1615, 2 febrero 1625, 14 mayo 1628 y 9 abril 1631.

ción» Se dispone que procedan juntos el Gobernador o Corregidor con los Oficiales del Fisco y el premio que corresponda se divida entre ellos en partes iguales. Todo ello bajo la pena de privación de los oficios y el interés de los que fueran defraudados y otras mayores ^{145 bis}.

Hasta aquí la frondosa legislación sobre la represión de los comisos. El Libro de Acuerdos de los Oficiales Reales de Venezuela nos permite atisbar algo sobre su verdadera aplicación en Indias. Se distingue entre las arribadas forzosas de navíos extranjeros—son frecuentes las de barcos portugueses a las costas venezolanas por recibir vientos contrarios en el viaje entre los territorios africanos y el Brasil—y las maliciosas, con fines comerciales. De las primeras, el Libro de Acuerdos menciona tres casos: un navío portugués en viaje desde el Brasil a la isla Tercera; otro, con negros y marfil llevados de Guinea a Cabo Verde, y otro con negros de Angola. Los Oficiales les dan por bien arribados—falta de mala voluntad—y sentencian que se paguen los derechos pertenecientes al Rey y que den fianza de que se presentarán ante la Casa de Contratación de Sevilla o ante el Consejo de Indias. En la apelación ante el Gobernador, éste limita la sentencia al juramento de que harán su presentación en España, ante la Casa sevillana o el Consejo. En otro de los casos, dan fianza de pagar lo sentenciado, pero el Gobernador ordena por su cuenta el embargo de lo obtenido con la venta de esclavos, sin que los Oficiales Reales puedan cobrar lo correspondiente al Fisco ¹⁴⁶.

En 1596 se vió un pleito criminal ante dichos Oficiales de Venezuela: de una parte, el Alguacil Mayor de la Gobernación actuaba de promotor fiscal; de otra, figuraba el maestro y piloto de un navío portugués arribado «maliciosamente» a

^{145 bis}. La R. C. de 6 junio 1688 disponía que en los puertos de mar el corregidor asistiría como juez, junto con los Oficiales Reales, a la visita de los navíos, determinando juntos las causas de comiso y percibiendo la sexta parte de la mercancía que se interviniera (LOHMANN: *El corregidor*, 292).

¹⁴⁶. *Orígenes de la Hacienda en Venezuela* (Libro de Acuerdos de los Oficiales Reales de aquella Gobernación, publicada por el Ministerio de Relaciones Interiores). Caracas, 1942, 79-83.

La Guaira en viaje de Pernambuco a Río de Janeiro. La sentencia de los Oficiales Reales es durísima: pérdida del navío con todos los aparejos, y condena al maestro y al piloto del navío a seis años de galeras, a cumplir en las galeras de Cartagena de Indias, al remo y sin sueldo. Los pasajeros y marineros serán embarcados en el primer navío que salga para España, anotando en el registro de dicho barco que han venido derrotados. Se les exige fianza de que no saldrán de Santiago de León hasta ser embarcados, bajo multa de 100 pesos de oro fino, y si se ausentaren, se irá a su costa a buscarles. A un padre que iba, se le enviará a Santo Domingo, para que su Prelado le castigue por haberse derrotado de su voluntad a aquellas tierras. Finalmente, las costas procesales irán a cargo del piloto y el maestro. En la apelación llevada al Gobernador, éste mitiga la sentencia: en cuanto a la pérdida del navío, la sentencia fué justa y conforme a derecho. Respecto al piloto revoca la decisión de los Oficiales Reales, y lo da por libre de la condenación hecha contra él. Únicamente deberá pagar antes de salir de la cárcel la condena en costas, cuya cuantía se reserva, debiéndosele hacer notificación de que si de nuevo vuelve a aquellas tierras, le serán aplicadas las penas contenidas en las Ordenanzas reales ¹⁴⁷.

D) *Las apelaciones.*

Constituía una norma general, señalada expresamente en las concesiones de jurisdicción a Oficiales Reales de Hacienda, la existencia de apelación ante la Audiencia del distrito ¹⁴⁸. Cuando no había Audiencia en la sede de los Oficiales Reales y existía en cambio un Gobernador—es el caso de Venezuela, por ejemplo—las apelaciones se planteaban ante él. Su senten-

¹⁴⁷. *Orígenes de la Hacienda en Venezuela*, 86. Entre los pleitos que a la llegada del contador de cuentas Fernando de Sierraalta (1578) están tratando los Oficiales Reales de la provincia de Cartagena se mencionan varios referentes a comisos: negros sin licencia, viño de la Magdalena y bizcocho; ropa y velas de Santo Domingo, corderos y ollas de Santa Marta (AGI, Contaduría, 1382, núm. 8).

¹⁴⁸. Por ejemplo, en la concesión a los Oficiales de Panamá, R. C.

cia era, como en el caso de la Audiencia, definitiva ¹⁴⁹. Los Oficiales podían asistir, si lo creían conveniente, cuando se viera la apelación ante la Audiencia, sobre todo en casos de importancia, precediendo consulta y orden del Virrey o Presidente, pero sin poder actuar entonces como jueces ¹⁵⁰. Naturalmente, de lo proveído para la Audiencia en negocios de Hacienda, se les debe dar testimonio a los Oficiales Reales, si lo piden ¹⁵¹. El Fiscal debe asistir a los pleitos que se presentan ante la Audiencia en grado de apelación ¹⁵². Ante el temor de que la Audiencia demore con exceso la resolución del pleito, los Oficiales Reales de México solicitaron que durante la apelación no cesara la vía ejecutiva ¹⁵³.

En materia de comisos por razón de contrabando, en los

18 mayo 1572, se dice: «Las apelaciones que de vosotros se interpusieren, mandamos que vayan ante el Presidente y Oidores de la dicha vuestra Audiencia y no ante otro juez alguno» (ENCINAS, III, 293). Lo mismo para Charcas, R. C. 23 enero 1570 (ENCINAS, III, 294). El principio es recogido en *Rec. I.*, V, 12, 14 y VIII, 3, 2. Una disposición de 1626 recogida en *Rec. I.*, VIII, 3, 24, establece que si a los Oficiales Reales se les ofrecen dudas acudan a la Audiencia del distrito en primer lugar «y no embarazen al Consejo con relaciones excusadas». Si no dan el expediente necesario y el caso es de calidad, avísenlo al Consejo.

149. En el pleito criminal citado de 1596 por arribada maliciosa a Venezuela de un navío portugués, la sentencia en apelación ante el Gobernador hace constar: «Y en todo lo demás que contra esta mi sentencia la que pronunciaron los dichos Oficiales Reales, la debo revocar y revoco, y por esta mi sentencia definitiva juzgando así la pronuncio y mando.»

150. *Rec. I.*, V, 12, 14, que cita R. C. 21 marzo 1567, 23 enero 1570 y 2 septiembre 1621. La Recopilación, al fijar la apelación ante la Audiencia, señala la «pena de vuestra merced y 500.000 mrs. para nuestra Cámara» (VIII, 3, 2).

151. *Gazophilatium*, I, II, 6, donde se citan R. C. 4 agosto 1620 y 8 abril 1618.

152. R. C. 11 noviembre 1580 al Fiscal de la Audiencia de Charcas (Codoin I, 18, 464).

153. Los Oficiales Reales de México, Irigoyen, Legazpi y Mendoza, escriben al Rey el 28 octubre 1584: «Es ya costumbre que tienen las personas que ejecutamos por deudas que deben a S. M. apelar y presentarse ante la Real Audiencia, con lo cual pretenden que se im-

puertos de Indias, la apelación iba al Consejo de Indias¹⁵⁴. Se prohíbe expresamente a las Audiencias el advocar causas de «descaminos» de mercaderías pendientes en primera instancia ante el Gobernador, Corregidor, Alcalde Mayor, Alcaldes ordinarios y Oficiales Reales, ya que éstos sentencian definitivamente¹⁵⁵. En las causas de tierra adentro, en las que pueden las Audiencias conocer en apelación (salvo las de contrabando de esclavos, cuya apelación va siempre al Consejo), para evitar dilaciones, las Audiencias han de enviar antualmente al Consejo de Indias relación de las causas¹⁵⁶.

pidida y cese la cobranza, y si a esto da lugar en apelando no siguen la causa o la dilatan, de manera que se sigue dello gran dilación y perjuicio a vuestra Real Hacienda, para que esto cese, suplicamos a V. M. se nos mande enviar Cédula para que durante la apelación no cese la vía ejecutiva que con esto quien apelaré abreviará y excusará dilaciones.» (AGI, México, 324).

154. R. C. 9 septiembre 1606 (*Recop. I.*, VIII, 17, 14). En las Ordenanzas del Consejo de 1571 se especifica que los viernes se verán los pleitos fiscales (Ord. 28). El Fiscal tiene obligación especial de defender los intereses del Fisco (Ord. 51). Ha de haber libro y memorial de todos los pleitos fiscales que hubiere y del estado de ellos. Conforme a la ley, lo refiera en Consejo pidiendo que se vean el viernes, como está mandado, prefiriendo siempre aquellos en que el Fisco fuere actor a todos los otros (Ord. 57). Se prohíbe dilatar los pleitos en que el Fisco fuere reo y retener los procesos (Ord. 58). (ENCINAS: *Cedulario*, I, 6 y 16-17).

155. R. C. 19 agosto y 20 octubre 1627 (*Rec. I.*, VIII, 17, 5). El tesorero de Veracruz, Pedro Coco Calderón, escribe al Rey el 20 abril 1595 quejándose de que la Audiencia de México modera las condenaciones hechas por los Oficiales de aquel puerto en cosas fuera de registro cuando apelan (*Epistolario N. España*, XII, 190).

156. R. C. 9 abril 1631 (*Rec. I.*, VIII, 17, 4) y R. C. 19 agosto y 20 octubre 1627 (*Rec. I.*, VIII, 17, 5). Todavía a fines del siglo XVIII se insistía en que las apelaciones de las causas de comisos sobre comercio fraudulento deberían ir al Consejo, excepto las de contrabando de extranjeros, que deberían fenecer en Indias (R. C. 6 octubre 1783 a la Audiencia de Buenos Aires, en *Cedulario R. Audiencia Buenos Aires*, I, La Plata, 1929, p. 10, cit. ZORRAQUÍN: *Op. cit.*, 97). En AGI se hace mención de pleitos de comisos en Indias vistos en el Consejo (por ejemplo, en Papeles de Justicia, leg. 1.017)

VII. JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES DE CUENTAS DE INDIAS

Para completar el estudio de la jurisdicción de Hacienda en Indias durante los siglos XVI y XVII es preciso aludir, aunque sea someramente, a la jurisdicción de los Tribunales de Cuentas creados en 1605 en las ciudades de México, Lima y Santa Fe. Su establecimiento, que buscaba la solución del fallo principal durante el siglo XVI de la administración de la Hacienda, la rendición de cuentas por parte de los Oficiales Reales, suponía la aparición en el campo de la jurisdicción de la Hacienda indiana de unos Tribunales distintos a los de los Oficiales Reales, que subsisten con sus anteriores atribuciones ¹⁵⁷.

Los Tribunales de Cuentas reciben en el momento de su creación Ordenanzas, completadas con otras posteriores. Son recogidas todas ellas y ampliadas en la Recopilación de 1680 (VIII, I). Su examen nos permite dar un esquema legal del ejercicio de esta jurisdicción en el siglo XVII.

Las Contadurías de México, Santa Fe y Lima tienen por principal ocupación la toma de cuentas a los Oficiales Reales y al contador de tributos y azogues donde hubiere este oficio y también la ejecución de los alcances de los comisarios despachados por los Oficiales Reales o el contador de tributos o azogues. Tienen también la facultad de imponer penas en los casos de comercio prohibido de ropa de China.

Las Contadurías despachan por autos «pues son jueces legítimos y competentes de estos artículos, cuenta y cobranza» y su Tribunal, auténtica Audiencia; sus provisiones han de ser obedecidas por Audiencias, Gobernadores, Corregidores, etcétera, y envían relación al Consejo de Indias de las autoridades que no cumplan sus órdenes. Las dudas y dificultades se han de resolver en las propias Contadurías, sin plantearlo ante otro Tribunal.

De los pleitos de cuentas, conoce una Junta compuesta de tres oidores de la Audiencia, nombrados expresamente por

¹⁵⁷. En la Recopilación de Indias se les llama, respectivamente, «Tribunales de Cuentas» y «Tribunales de Oficiales Reales». A estos últimos también se les designa con el nombre de «Tribunales de Hacienda». (Vid. VIII, 1, 101 y rúbrica del VIII, 3.)

el Virrey para cada pleito, asistiendo dos contadores con voto consultivo y el Fiscal. Existe un día fijo a la semana para la vista de estos pleitos. El mismo Tribunal juzga en segunda instancia. Si se remite en discordia, el Virrey o Presidente nombra un oidor, que con los demás jueces determina el asunto. Los tres oidores no conocen antes de la ejecución, excepto en causas de remisión. No se acepta apelación de los Oficiales Reales ante otro Tribunal. Se admite segunda suplicación ante el Rey.

La ejecución de las sentencias corresponde al portero de cada Tribunal de Cuentas que para ello trae vara de justicia. Si hay que enviar jueces para el cobro de los alcances o para la averiguación de cuentas pendientes, el despachar las comisiones corresponde al Virrey y a los Contadores, pero el nombramiento de personas y fijación de salario, al Virrey y Presidente solo. El alguacil mayor de la ciudad o sus tenientes han de cumplir las diligencias que les ordenen los Contadores ¹⁵⁸.

Las posibles competencias con las Audiencias se determinan por el Virrey o Presidente, un oidor y uno de los Contadores. Pueden, desde luego, pedir a las salas de lo civil o criminal de las Audiencias los papeles o procesos que necesiten.

Se les prohíbe dar esperas por ninguna deuda ni soltar a ningún preso, siendo líquida y averiguada, sin orden del Virrey.

Ya se aludió a la Junta de Hacienda, que en el siglo XVII solía reunirse para el fomento de los ingresos fiscales y, desde 1626, con facultad de intervención en los pleitos fiscales. Pues bien: se estableció que en el caso de que fueran recusados to-

158. Se planteó la consabida cuestión de las precedencias. El alguacil mayor se negó a acudir al Tribunal de Cuentas a recibir mandamientos referentes al cobro de la Hacienda, alegando debía preferir en el asiento a los Contadores. Se dispuso que cuando acudiera al Tribunal de los Contadores le precedieran los Contadores y que cuando acompañare a la Audiencia, que ocupara el lugar que acostumbra. Siempre que no vayan en Cuerpo de Audiencia tienen preferencia los Contadores «como personas que ejercen oficios más preeminentes» (Ord. 14 y 25 de 1609; Felipe IV, 16 agosto 1642 y 31 diciembre, 19 mayo 1645. *Rec. I.*, VIII, 1, 70).

dos los Contadores de Cuentas, las causas se vieran en la Junta de Hacienda, a la que asisten el Virrey más antiguo, el fiscal, un contador de cuentas y el Oficial Real más antiguo.

* * *

La concesión de jurisdicción propia, elevó al máximo el rango social de los Oficiales Reales de Hacienda. Durante bastante tiempo se les denominará con el título de «Jueces Oficiales»¹⁵⁹ y como tales Jueces tendrían tribunal y dosel¹⁶⁰. En 1621 se dispondrá que aun cuando siguiera designándose como Tribunal la Sala de su despacho cuando concurrieren juntos, sólo podrán llamarse en adelante «Oficiales Reales» y «Oficiales de la Real Hacienda»¹⁶¹. Pero ni la supresión del título de «jueces» ni la creación de los Tribunales de Cuentas mermó su jurisdicción, que continuaría ejerciéndose con carácter autónomo durante todo el siglo XVII.

ISMAEL SÁNCHEZ BELLA.

159. En el Libro de Acuerdos de los Oficiales de Venezuela y en la toma de posesión de sus oficios se les designa constantemente con el título de Jueces. Los escribanos de su Tribunal se titulan también «Escribanos de registro y del Juzgado de Oficiales reales».

160. El Contador y el Tesorero del Callao solicitan en 1602 «tribunal y dosel en la forma que los demás Oficiales Reales de aquellas provincias» (Callao, 8 noviembre 1602, AGI, Lima, 112).

161. R. C. 11 junio 1621 (Rec. I., VIII, 3, 1).

Dedicatoria: A mis padres

EL RANGO HIPOTECARIO EN EL DERECHO ROMANO CLASICO *

SUMARIO *: 1. INTRODUCCIÓN.—CAPÍTULO I: CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA SEGUNDA HIPOTECA. 2. Los negocios hipotecarios antes de Juliano. 3. Condicionalidad de la segunda hipoteca. D. 20, 4, 9, 3.—4. Significado de la cláusula de afección del *superfluum*. D. 20, 1, 15, 2. 5. La acción hipotecaria del segundo acreedor. D. 44, 2, 19.—6. El problema del *ius distrahendi* del segundo acreedor. 7. Los límites objetivos de la autonomía de la voluntad.—CAPÍTULO II: FIJACIÓN DEL RANGO. 8. El principio *prior tempore potior iure*. 9. El privilegio del fisco. 10. El privilegio de la *versio in rem*.—CAPÍTULO III: MODIFICACIÓN DEL RANGO HIPOTECARIO. A) Casos de sucesión hipotecaria. 11. *La successio in locum*. 12. Negocio de subrogación hipotecaria. 13. *Ius offerendi* del segundo acreedor hipotecario. 14. Novación. 15. Sucesión del comprador. B) Casos en los que no hay una sucesión hipotecaria. 16. Modificaciones del rango por sentencia judicial. 17. Renuncia al rango. 18. CONCLUSIONES.

* Citamos abreviadamente las siguientes obras:

ALBERTARIO = Emilio Albertario, *Studi di diritto romano*, 6 vol., Milán, 1933-53.

AHDE = *Anuario de historia del derecho español*. Madrid.

ARANGIO = Vincenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 13 ed., Nápoles, 1957.

ATTI ROMA = *Atti del Congresso internazionale di diritto romano in Roma*, 2 vol., Pavía, 1934-35.

ATTI VERONA = *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia di diritto*, 4 vol., Verona, 1948.

B = *Basilicorum libri LX*, edd. C. E. Heimbach, Leipzig, 1833.

BESLER = Gerhard von Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 5 vol., Tübingen, 1910, 20, Leipzig, 1931.

BISCARDI = Arnaldo Biscardi, *Il dogma della collisione alla luce del diritto romano*. Città del Castello, 1935.

BOLLA = Sibylle von Bolla-Kotek, *Die Entwicklung des Fiskus zum Privatrechtssubjekt*. Praga, 1938.

BULL = *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*. Roma; desde 1940, Milán.

- BURDESE = Alberto Burdese, *Lex commisoria e ius vendendi nella fiducia e nell pignus*. Turín, 1949.
- C. = *Codex Iustinianus (Corpus iuris civilis, vol. II, ed. Paul Krüger, 16 ed. Berlín, 1954)*.
- DERNBURG = Heinrich Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*. Leipzig, 1860-64.
- D. = *Digesta (Corpus iuris civilis, vol. I, ed. Mommsen-Krüger, 16 ed. Berlín, 1954)*.
- D'ORS = Alvaro D'Ors Pérez-Peix, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*. Salamanca, 1943.
- EBRARD = Friedrich Ebrard, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam*. Leipzig, 1917.
- FEHR = Martin Fehr, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht*. Upsala, 1910.
- FERRINI = Contardo Ferrini, *Opera*, 5 vols. Milán, 1929-30.
- HERZEN = N. Herzen, *Le concours du plusieurs hypothèques*, en Mel, Gerardin. París, 1909.
- HEUMANN-SECKEL = *Heumann's Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht*, 9, ed. refundida por Emil Seckel. Jena, 1926.
- INDEX = *Index interpolationum quae Iustiniani digestis inesse dicuntur*, 3 vol. Weimar, 1929-35.
- KASER = Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, Munich, 1955.
- KNIEP = Ferdinand Kniep, *Societas publicanorum*, I, Jena, 1896.
- KOSCHAKER = Paul Koschaker, fr. 9, 3, D. 20. 4. *Ein Beitrag zur Lehre vom Nachpfandrecht und bedingten Rechtsgeschäft*, en *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*. Milán, 1948.
- KUNKEL = Wolfgang Kunkel, *Römisches Privatrecht auf Grund des Werkes von Paul Jörs*, 3 ed. Berlín-Göttingen-Heidelberg, 1949.
- LENEL EP = Otto Lenel, *Das Edictum perpetuum*, 3 ed. Leipzig, 1927
- LENEL Paling. = Otto Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 2 tomos. Leipzig, 1889.
- LEVY = Ernst Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*. Weimar, 1956.
- MANIGK = Alfred Manigk, *Pfandrehtliche Untersuchungen. I. Zur Geschichte der römischen Hypothek*. Breslau, 1904
- MITTEIS = Ludwig Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*, I. Leipzig, 1908.
- PETERS = Hans Peters, *Die Oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*. Leipzig, 1913.
- PRINGSHEIM = Fritz Pringsheim, *Kauf mit fremdem Geld*. Leipzig, 1916.
- RABEL = Ernst Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrecht*, 2 ed. Darmstadt, 1955.
- RE = *Pauly's Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, nueva refundición a cargo de Georg Wissowa. Stuttgart.

- REGELSBERGER = Ferdinand Regelsberger, *Zur Lehre vom Altersvortrag der Pfandrechte*. Erlangen, 1858.
- SZ = *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, römianistische Abteilung*. Weimar.
- SCHULZ = Fritz Schulz. *Classical roman Law*. Oxford, 1951.
- SCHULZ, History = Fritz Schulz, *History of the roman legal Science*. Oxford, 1946.
- SDHI = *Studia et documenta historiae et iuris*. Roma.
- St. = *Studi*.
- VOLTERRA = Edoardo Volterra, *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano*. Roma, 1930.
- WEISS = Egon Weiss, *Institutionen des römischen Privatrechts*, 3 ed. Basilea, 1955.
- WIEACKER = Franz Wieacker, *Protopraxie und ius pignoris im klassischen Fiskalrecht*, en *Festschrift Paul Koschaker I*. Weimar, 1939
- WINSCHIED-KIPP = Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 ed. refundida por Theodor Kipp, 3 tomos. Frankfurt/Main, 1906.

INTRODUCCIÓN ¹

§ 1. El punto de partida de nuestras consideraciones será situar la segunda hipoteca ² en el cuadro total de los medios de reforzar una obligación, con el fin de destacar el modesto papel que le correspondió en Roma.

El acreedor puede reforzar su crédito mediante garantía personal o mediante garantía real. Ambas instituciones persiguen la misma finalidad: procurar la seguridad de que el cré-

1. Bibliografía: a) Sobre la distinción entre garantías personales y reales en Roma: PERNICE. SZ, 19 (1898), págs. 120 y sigs.; SCHULZ, 402; KASER, 383. b) Sobre garantías reales: KUNKEL, 152, KASER, 383 y autores allí citados. c) Origen de la hipoteca: MANIGK: RE, 9, págs. 346 y sigs.; ARIAS RAMOS: *Revista de Derecho Privado*, 27 (1943), págs. 213 y sigs.; KRELLER: SZ, 64 (1944) pág. 334; D'Ors: AHDE, 13 (1936-41) y 14 (1942), pág. 638, y sobre esto, KRELLER: SZ, 63 (1943), pág. 501. d) Sobre la palabra *hypotheca*: FEHR, ERMAN: *Mél. Girard* (1912), 1, 4, págs. 19 y sigs.; EBRARD, KUNKEL, 150; SCHULZ: *History*, 202; KASER, 389; LEVY, 181. Para una amplia exposición del problema con abundante bibliografía, MANIGK: RE, 9, 364 y sigs., y RE, 20, págs. 1243 y sigs.

2. En el texto hablamos, normalmente, de segunda hipoteca por ser este el caso que más frecuentemente aparece en las fuentes. Lo que decimos de la segunda hipoteca es, naturalmente, aplicable a la hipoteca de rango inferior.

dito será satisfecho ; en la garantía real mediante la afección de una cosa al cumplimiento de la obligación, en la personal mediante la designación de una persona contra la que el acreedor puede dirigirse en el caso de no ser satisfecha su deuda por el deudor. Los romanos prefirieron siempre la garantía personal. Esta preferencia se manifiesta de diversos modos. Así, las *cautiones* exigidas por el pretor eran dadas mediante una *stipulatio* y garantizadas con fiadores, no con garantía real³. La *lex Malacitana* (Cap. LX) requería garantías reales tan sólo en el caso en que las personales fuesen insuficientes⁴. En la fórmula Serviana, con la cláusula *neque eo nomine satisfactum esse*, se presuponia que también la dación de fiadores extinguía la hipoteca⁵. En la época de los Severos un significativo texto de Escévola dice: Δανεισάμενος παρά σοῦ δηνάρια πεντακόσια παρεκάλεσά σε μὴ βεβαιωτήν, ἀλλ' ὑποθήκην παρ' ἐμοῦ λαβεῖν. (D. 20, 1, 34, 1), donde parece darse por supuesto que la forma normal de garantizar una obligación sea la fianza. Todo ello son muestras de la preponderancia de la garantía personal y explica el escaso desarrollo del Derecho hipotecario romano. No obstante, dice Kaser⁶, se acostumbra a exagerar esta deficiencia.

Respecto a las garantías reales hemos de mencionar tan sólo las tres fundamentales: fiducia, prenda e hipoteca.

A las tres debía hacer referencia el conocido texto de Ulpiano (28. Ed.).

D. 13, 7, 9, 2: *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio < nec proprietas > ad creditorem*⁷.

La supresión de las palabras *nec proprietas* ha venido siendo reconocida desde Wissenbach⁸. En la *fiducia* se constitu-

3. SCHULZ, 402 ; KASER, 383.

4. SCHULZ, 402 ; KASER, 383.

5. D. 13, 79, 3 ; sobre la fórmula Serviana vide LENEL : EP, 474.

6. KASER, 384.

7. Sobre el texto, FEHR, 70, cuya reconstrucción no aceptamos por ser demasiado forzada.

8. WISSENBACH : *Emblemata Triboniani* (1642), 40. Vide también MANIGK : RE, 9, 343, y LENEL : SZ, (1881), 106, ambos de acuerdo con WISSENBACH.

ye la garantía con transmisión de la propiedad, en la prenda con transmisión de la posesión y en la hipoteca sin la transmisión ni de la propiedad ni de la posesión.

Muy interesante para nuestro objeto es destacar el hecho de que los romanos concibieron prenda e hipoteca como una institución unitaria englobando ambas con el nombre de *pignus*⁹. Ello se debe al modo como aparece la hipoteca en Roma. Partiendo de la prenda, en que era necesaria la transmisión de la posesión, se admitió, no obstante, que, en ciertos casos, en los que el pignorante necesitaba la cosa, por razones de tipo económico, bastara un simple contrato sin entrega de la posesión. Con ello quiere decirse que la hipoteca no sólo no nace en Roma como una institución autónoma, sino que la distinción entre transmisión o no transmisión de la posesión no se considera que sea tan esencial como para caracterizar instituciones distintas. Por eso en las fuentes se habla, la mayoría de las veces, de *pignus*, tanto en los casos en que hay transmisión de la posesión como en los que no la hay.

El origen de la hipoteca lo encontramos en un caso muy concreto: en los arrendamientos rústicos era frecuente la costumbre de que el arrendador conviniera con el arrendatario que los *invecta et illata*, de éste garantizaran el pago de la renta. En los formularios catonianos encontramos ya tal convención.

Cap. 146, 5: *Donicum solutum erit aut ita satisdatum erit, quae in fundo inlata erunt, pignerit sunt; nequid eorum de fundo deportato; si quid deportaverit, domini esto*¹⁰.

Como advierte D'Ors si bien este es el punto de arranque de la hipoteca, no hay aquí un verdadero derecho real de hipoteca. Con razón señala este autor el hecho de que el interdicto Salviano, concedido al arrendador, sólo en época posterior se estima de adquirir la posesión: originariamente, añade, era de retener la posesión, puesto que el hecho de introducir los aperos en el fundo equivalía, en cierto modo, a una *traditio*. De ahí que no se tratase de una verdadera prenda sin

9. KUNKEL, 156; KASER, 488.

10. Vide también cap. 149, 7, 8.

posesión¹¹. Muy discutida es la fecha de aparición de la acción Serviana. Nosotros creemos todavía con Kübler¹² que la cuestión debe de quedar, por ahora, sin decidir por falta de fuentes, porque si bien es cierto que puede referirse el nombre de la acción al jurista Servio Sulpicio, tal como opina Kreller¹³ (aduciendo que en la literatura jurídica romana suele referirse tal nombre al famoso amigo de Cicerón), nada obsta a que como cree Schulz¹⁴, la acción haya sido creada por un pretor desconocido llamado Servio. En un principio se restringía a los *invecta et illata* y se extendió posteriormente a todos los casos en que existía una *conventio pignoris*. En todo caso hay que admitir con Schulz¹⁵ que con toda seguridad esta acción es anterior a Juliano y tener cuidado, por otro lado, con argumentos *ex silentio* extraídos de las fuentes. De otra parte, es de relevancia también el destacar, como lo hace D'Ors¹⁶, que en la época de Labeón la hipoteca aparece aún restringida al caso de los *invecta et illata*.

Muy importante es la determinación de cuándo y cómo se operó la recepción de la palabra *hypotheca* en las fuentes. No se trata aquí de una recepción de instituciones jurídicas griegas. Porque hubo un tiempo¹⁷ en que partiendo de la base de que en nuestro terreno nos encontramos con un número de acostumbrado de expresiones griegas (*hypotheca, hyperocha, antichresis*), se pensó en tal recepción ya en la época clásica y quizá aún antes. Hoy día este punto de vista está totalmente desacreditado¹⁸, porque la crítica moderna ha determinado que la hipoteca griega parte de la pura responsabilidad real¹⁹

11. D'ORS : AHDE, 14 (1942), pág. 638.

12. KÜBLER, cit. ; KRELLER : SZ, 64 (1944), pág. 334.

13. KRELLER, vide nota anterior.

14. SCHULZ, 408.

15. SCHULZ, 408.

16. D'ORS : AHDE, 14 (1942), 638.

17. DERNBERG, 1, 67. KUNTZTE, *Zur Geschichte des römischen Pfandrechts* (1893), I, 4.

18. Ya MANIGK, 3, hizo una crítica certera de esta doctrina. Vide también las consideraciones del mismo autor en RE, 9, pág. 346; KUNKEL, 156; SCHULZ, 409; KASER, 389.

19. KUNKEL, 156; KASER, 389.

Por el contrario, lo que aquí se trata de fijar es cuándo penetra el término *hypotheca* en el lenguaje jurídico romano. Desde que Fehr publicó en 1910 su fundamental tesis doctoral²⁰, defendiendo la interpolación de la palabra por los compiladores, la cuestión ha sido muy debatida, habiéndose logrado llegar a algunos resultados seguros²¹. En contra de Fehr se pronunciaron decididamente, Erman²², Manigk²³, Rabel²⁴, y otros²⁵. En favor, Mitteis²⁶. Tanto Fehr como sus detractores partían de la falsa ecuación no justiniano=clásico, esto es, consideraban que las únicas interpolaciones que había en el Digesto eran las de Justiniano. Así recondujo Fehr todas las interpolaciones a los compiladores, y sobre esta base se montaba también toda la argumentación contraria. Se decía por ejemplo, que los *emblemata Triboniani* tenían siempre el carácter de constituir verdaderas modificaciones jurídicas (*Deo auctore*, 2 y 7) y que, por tanto, hubiera ido contra el sentido de la reforma justiniana el haber realizado el cambio²⁷. Se alegaba también que hubiera sido absurdo que los compiladores cambiaran el título *ad formulam hypothecariam*, sustituyendo *Serviana(m)* por *hypotecaria(m)* y dejando en cambio *formula(m)* que se refería a un sistema procesal desaparecido²⁸; esto iba, además, contra la tendencia de Justiniano a conservar el título de las obras clásicas²⁹. Beseler³⁰ y Schulz³¹, siguiendo en parte una intuición de Ebrard³², afirmaron que el cambio se verificó en la época postclásica, toda

20. Vide abreviaturas.

21. Compárese KUNKEL, 156, n. 3 y KASER, 309, con SCHULZ: *History*, 203.

22. ERMAN: *Mél. Girard* (1912), I, 419.

23. MANIGK: RE, 9, pág. 364.

24. RABEL, 161, n. 1.

25. ARANGIO, 263 n.; KUNKEL, 156.

26. MITTEIS: SZ, 31 (1911), pág. 489.

27. MANIGK: RE, 9, pág. 388.

28. WLASSAK, cit.; KUNKEL, 156, que se adhiere a su opinión, así como antes Jörs.

29. MANIGK, Loc. cit.

30. BESELER, 3, 48.

31. SCHULZ, *History*, 203.

32. EBRARD, 122 sigs.

vez que el título *ad formulam hypothecariam* aparece ya en los Escolios Sinaíticos ³³. No obstante lo acertado de esta apreciación, esta crítica fué demasiado radical por cuanto que consideró que la palabra *hypotheca* es siempre espuria en los escritos de los clásicos. Schulz ³⁴, con evidente optimismo, dice que el problema puede considerarse hoy día completamente resuelto y que los ataques a Fehr deben de considerarse en la actualidad pasados de moda. Nosotros, por el contrario, estimamos con Kaser ³⁵ que la cuestión de cuándo penetró la palabra en el lenguaje jurídico romano sigue siendo, por ahora, un dilema insoluble. La conclusión que nosotros creemos poder sacar es que si bien la palabra *hypotheca* fué empleada por los juristas clásicos lo fué muy raramente. Es decir, la palabra fué poco más o menos que extraña al lenguaje jurídico clásico. De ahí que pueda decirse que casi siempre está interpolada en el Digesto y que la mayoría de estas modificaciones sean debidas a la época postclásica y precisamente a Oriente por cuanto que no aparece ni una sola vez en las fuentes jurídicas occidentales ³⁶.

Tras esta breve introducción que nos ha servido tan sólo para tomar posición ante algunos problemas que se nos presentaban y que no pretendíamos ni podíamos ayudar a esclarecer, pasamos a exponer lo que propiamente constituye el tema de nuestro trabajo.

CAPÍTULO I

CONSTRUCCION JURIDICA DE LA SEGUNDA HIPOTECA

El propietario puede constituir varias hipotecas sobre una misma cosa ³⁷. Esta constitución puede hacerse simultánea o

33. Esc. Sin.

34. SCHULZ, *History*, 203.

35. KASER, 389.

36. LEVY, 181.

37. Distinto es el caso de la subhipoteca, donde el que hipoteca es el acreedor hipotecario, donde, naturalmente, recaen las hipotecas sobre objetos distintos. D. 44, 3, 14, 3 (Scaev. quest. pup. trac.) D. 20, 1, 13, 2 (Marcian. form. hyp.) y C. 8, 23, 1 pr.

sucesivamente³⁸ Este segundo supuesto plantea el problema de cuál de las hipotecas tendrá preferencia sobre las demás y será el objeto de nuestro estudio. Comenzaremos por estudiar cómo y cuándo aparece la segunda hipoteca.

§ 2. La aparición de la segunda hipoteca³⁹ debe ser constatada empíricamente, desde las fuentes. Por eso, para juzgarlas sin prejuicio, evitaremos, por lo pronto, toda consideración apriorística sobre el concepto de segunda hipoteca. Los textos más antiguos en los que se ha querido encontrar una segunda hipoteca son los siguientes:

D. 20, 4, 13 (Paul. 5 Ad Plaut.): Insulam tibi vendidi et dixi prioris anni pensionem mihi, sequentium tibi accessuram pignorumque ab inquilino datorum ius utrumque secuturum. Nerva Proculus, nisi ad utramque pensionem pignora sufficerent, ius omnium pignorum primum ad me pertinere, quia nihil aperte dictum esset, an comuniter ex omnibus pignoribus summa pro rata servetur: si quid superesset, ad te. PAULUS: facti quaestio est, sed verisimile est id actum, ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur⁴⁰.

D. 20, 4, 14 (Paul. 14 Ad Plaut.): Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.

El caso contemplado en el primero de estos textos es el siguiente: V. vende a C., y ambos convienen que la pensión

38. Sobre el problema de las hipotecas simultáneamente constituidas sobre una misma cosa, vide *Dernburg*, II, págs. 406 y sigs. En este caso cada hipoteca se encuentra en la misma situación que las demás. Cada acreedor puede reivindicar la cosa de los terceros, en tanto que entre los acreedores hipotecarios decide la posesión. Las fuentes no nos dicen nada sobre *ius distrahendi* de los acreedores hipotecarios. Es posible que este derecho sólo lo tuviera el que poseía la cosa, teniendo los demás una acción contra el que vendió para reclamar su parte del precio de venta. También es muy posible que exista aquí un *ius offerendi*. En las fuentes hay unos pocos textos que nos hablan de esta cuestión: D. 13, 7, 20, 1 (Paul. 29 ed.); D. 20, 1, 10 (Ulp. 73 ed.); D. 20, 1, 16, 8 (Marcian. Form. hyp.); D. 46, 3, 96, 3 (Pap. II res.).

39. Bibliografía: *DERNBURG*, II, págs. 479 y sigs.; *MANIGK*, 46, 112; y también en *RE*, 9, págs. 302 y sigs. y *RE*, 20, págs. 1279 y sigs.; *HERZEN*, 301 y sigs.; *KOSCHAKER*, 231 y sigs.

40. Según *RICCOBONO*: *Bull.*, 6 (1894) 167 [quia-servetur] itp.

del primer año será para V. y la de los siguientes para C., debiendo de corresponder a ambos el derecho de las cosas hipotecadas ⁴¹ por el inquilino. Según Nerva y Proculo el reparto en cuanto a las cosas hipotecadas se hará del siguiente modo: Primero se satisfará V. y luego, si algo sobrase, C., dando como fundamento que no se ha dicho claramente que las cosas hipotecadas se repartan a prórrata entre ambos. Paulo aclara en su nota que se trata de una cuestión de hecho, pero lo lógico es que, dado semejante pacto, las cosas hipotecadas correspondan a la primera pensión.

El otro fragmento nos ofrece el siguiente supuesto del hecho: Un no propietario pignora ⁴² dos veces sucesivamente una cosa. En este caso da el jurista la preferencia al primero de los acreedores, añadiendo que en el caso de que se pignorase una cosa a dos personas distintas por dos no propietarios tiene preferencia el poseedor.

Según Manigk ⁴³, de acuerdo con el primero de los textos en cuestión, Nerva y Próculo conocían ya la fórmula *si quid superesse*, y la gradación de acreedores hipotecarios en una misma cosa. No considera que en este texto se encuentre una verdadera segunda hipoteca, sino que acentúa el valor de la expresión *si quid superesset* en la historia de las sucesivas hipotecas, porque de acuerdo con la opinión dominante ⁴⁴ cree que la segunda hipoteca nace recayendo sobre el *superfluum*. Del modo de hablar del texto, en conexión con que Plaucio, según D. 20,4 14, conoce ya la segunda hipoteca, concluye Manigk que ya era conocida, también, por Nerva y Próculo. Por otra parte, teniendo en cuenta los escasos fragmentos del tiempo de la república llegados hasta nosotros, habría que suponer que la segunda hipoteca apareció realmente antes de lo que parecen indicar los fragmentos contenidos en el Digesto.

Hasta aquí Manigk. No obstante, creemos que ni del D. 20,

41. MANIGK, 40. Sobre la ecuación *ius pignorum = pignoris causa*, D'ORS: *St. Albertadio*, 2, 289.

42. Se trata aquí de una hipoteca y de una prenda.

43. MANIGK: RE, 9, pág. 302, aclarando su postura ya expuesta en 1904 (MANIGK, 41).

44. Vid. infra, § 4.

4, 13, ni del D. 20, 4, 14, puede inferirse la existencia de una segunda hipoteca para el siglo I de nuestra era.

Respecto al primero de los textos en cuestión ya es sintomático que Manigk⁴⁵, aclarando su postura, tenga que reconocer que no nos encontramos aquí ante *una verdadera segunda hipoteca*. Como muy bien dice Herzen, no hay en nuestro texto más que un pacto entre dos acreedores hipotecarios en el que el deudor no toma parte. No aparece aquí un deudor que hipoteque una cosa dos veces; y es evidente que una hipoteca puede constituirse por el deudor o por un tercer hipotecante, en todo caso no por el acreedor hipotecario⁴⁶. Por otra parte, la solución dada por Nerva y Próculo es bien lógica: es natural que vencida la primera pensión pueda el vendedor reclamarla y no obteniendo satisfacción cobrarse con cargo a las cosas hipotecadas y es natural que el vencimiento de la segunda pensión en nada altere la situación jurídica de ambos. Por todas estas razones Manigk concentra sus argumentos en el *si quid superesset* y trata de encontrar un paralelismo con la fórmula de la segunda hipoteca en que se cita expresamente como objeto de la misma el *superfluum*⁴⁷, afirmando que en nuestro caso adopta la forma de una condición. Pero, como dice Herzen, el modo como los juristas abordan la cuestión indica claramente que la frase *si quid superesset* no ha sido pronunciada por las partes; de otro modo no habría necesidad de recurrir al argumento puramente negativo de que un reparto proporcional no habría sido estipulado expresamente⁴⁸. De este fragmento, por tanto, no puede concluirse nada.

El segundo de los textos aducidos por Manigk pertenece también a la obra de Paulo *Ad Plautium*. Se trata de un comentario de Paulo a la obra del conocido jurista del siglo I de nuestra era, Plaucio, obra que tuvo epitomadores y comentaristas numerosos⁴⁹. Pero si del fragmento examinado anteriormente es posi-

45. MANIGK: RE, 9, pág. 302.

46. HERZEN, 308.

47. MANIGK: Loc. cit., cita el paralelo con D. 22, 2, 6 (Paul. 25 quaes.). Sobre este texto vide infra, págs. 43 y sigs.

48. HERZEN 308.

49. Sobre este punto, FERRINI, II, págs. 205 y sigs.; BERGER: RE, 10, pág. 710; SCHULZ: *History*, 215.

ble discernir con claridad lo que pertenece a Plaucio y lo que pertenece a Paulo, no sucede lo mismo con éste, por no existir ningún indicio que nos permita establecer la separación. Tanto Lenel⁵⁰, como Ferrini⁵¹, han logrado separar en algunos textos del comentario lo que pertenece a Plaucio de lo que es de Paulo⁵². En nuestro texto resulta imposible, evidentemente, emplear cualquiera de los criterios que estos autores señalan. Por eso, el texto no puede servir para probar que Plaucio conociera ya la segunda hipoteca. Por otra parte, la clasicidad del fragmento no está tampoco fuera de dudas. El supuesto de hecho es, por lo pronto, incompleto, por faltar la mención de que el hipotecante ha adquirido, cuanto menos, la propiedad bonitaria de la cosa en cuestión. Según Lenel⁵³, Paulo trató en el libro 14 *Ad Plautium* de las excepciones y en nuestro texto concretamente sobre la *exceptio rei venditae et traditae*. Koschaker⁵⁴ ha mostrado el paralelismo que nuestro texto ofrece con la decisión de Ulpiano-Juliano, contenida en el D. 6, 2, 9, 4, sobre la procedencia de la *actio publiciana* y recuerda incluso al D. 20, 1, 18, donde se dice que el pretor protege en la pignoración hecha por un propietario publiciano al acreedor, del mismo modo que al propio pignorante. El texto contiene probablemente, profundas interpolaciones que impiden conocer de qué trató⁵⁵. En todo caso es imposible concluir que lo que en el estado actual se lee fuera de Plaucio o de Paulo e inferir, por tanto, que el primero de estos juristas conociera la segunda hipoteca. Ninguno de ambos textos de Paulo pueden servir, por tanto, en apoyo de la tesis de Manigk.

Pasemos ahora a examinar el

D. 20, 3, 3, Paulus 3 Quaes.: Aristo Neratio Prisco scripsit:
[etiam]si ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur [non
aliter] <alter> in ius pignoris succedet [n]isi convenerit ut

50. LENEL: *Paling.*, 1194, núm. 8.

51. FERRINI: *Loc. cit.*

52. Vide también SCHULZ: *Loc. cit.*

53. LENEL: *Loc. cit.*

54. KOSCHAKER, 238.

55. Según SCHULZ: *History*, 215, la copia usada por los compiladores contenía profundas interpolaciones y tergiversaciones del original.

sibi eadem res esset obligata: [neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur.] denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit [non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere,] videamus, an dici possit huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat: quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.

La oscuridad del supuesto de hecho ha dado lugar a una viva discusión en la doctrina y también se ha querido ver aquí una segunda hipoteca. Ahora procuraremos enfocar el texto desde un punto de vista diferente. Comenzaremos con un análisis filológico del mismo. Por lo pronto destacaremos el hecho de que *succedet* carezca de sujeto. Ferrini⁵⁶ añade *posterior* detrás de *aliter* y Mommsen⁵⁷ *alter*, probablemente por suponer su caída por error del copista, al ver seguido *aliter alter*. Anotemos también que la frase *neque enim de pignore*, repetición y generalización de la anterior presenta todas las trazas de una glosa⁵⁸, en cuyo caso caería también la frase siguiente *quo casu-efficietur*, por estar ambas en conexión inmediata. Por otra parte, siguiendo el curso del texto, vemos el pensamiento central de la primera parte del mismo es: el segundo acreedor no sucede en el derecho del primero; en cambio, en la segunda parte, desde *denique*, se parte implícitamente del hecho de que el segundo ha sucedido en el derecho del primero, puesto que plantearse el problema de si el segundo tiene el *ius distrahendi*, presupone que ha adquirido la cualidad de acreedor hipotecario. La consecuencia es que el fragmento de la falsa impresión de tratar dos casos distintos. La hipótesis que proponemos con nuestra reconstrucción tiene la ventaja de explicar todas estas anomalías⁵⁹. No pretende ser

56. FERRINI: *Digesta*, ed. ital. Milano.

57. MOMMSEN: *Digesta*, ed. crít.

58. MANIGK, 30, destacó la tautología que la frase supone. No obstante, la atribuía a Paulo, colmándole de reproches.

59. El motivo de la alteración sería, de este modo, dar en el texto a los glosa [*neque-efficietur*]. Sobre la manera cómo penetra una glosa en el texto, vide la interesante observación de KASER: SZ, 69 (1952), pág. 71, n. 30.

una reconstrucción exacta del texto clásico ⁶⁰, sino enunciar simplemente una de las posibilidades de explicación de que el texto se encuentre en tan lamentable estado. Con más claridad aparece la interpolación de la frase *non per oblivionem-vendere*. El absurdo fué señalado por Dernburg ⁶¹. Como dice Burdese ⁶², la cuestión de si al ocupar el segundo lugar del primero pasa a él el *ius distrahendi*, está planteada sobre la base de la necesidad del *pactum de vendendo* y por otro lado aparece clara la superposición de una idea distinta en el inciso *non per oblivionem vendere*. Si en tiempos de Paulo ⁶³ el *ius distrahendi* no era institucional y en una época posterior, en cambio, sí, era necesaria la interpolación para que el supuesto del hecho siguiera siendo el mismo.

Ahora ya podemos pasar a ver el caso de que trata el fragmento. La primera cuestión que se plantea es ver si el fragmento trata un solo caso o dos distintos. Ya hemos visto como el hecho que ha dado lugar a dudas ha sido la contradicción interna entre las dos partes del fragmento. Se ha considerado que la primera parte del texto trataría de un pacto entre un tercero y el deudor, pacto por el que el tercero adelantaría dinero al deudor para que éste pagara al acreedor hipotecario. Por eso se exigiría la constitución de una nueva hipoteca, en tanto que en la segunda parte del fragmento, desde *denique* estaríamos ante

60. Una censura contra el intento de reconstruir exactamente los textos en vez de limitarse a una búsqueda del Derecho clásico puede verse en SCHULZ: *History*, 144.

61. DERNBURG, II, 510. Contra esta apreciación, HERZEN, 301, cuyos argumentos, no obstante, no nos sirven por estar montados sobre la base de que las únicas alteraciones que se encuentran en el Digesto son las justinianeas.

62. BURDESE, 145.

63. Muy discutida ha sido la cuestión de dónde termina de hablar Aristo y dónde empieza Paulo. LENEL: *Paling.*, fr. 26, adscribe el fragmento hasta *officietur* a Aristo, en tanto que MANIGK, 43, cree que el *admitten dum existimo* presupone que hasta entonces Paulo ha tenido ante sí una opinión ajena. El tenor del texto parece dar la razón a LENEL. También aquí se aprecia la tendencia de MANIGK a datar las instituciones hipotecarias lo más pronto posible.

un caso de ejercicio del *ius offerendi* ⁶⁴. Ambos casos son totalmente diferentes: en el primero paga el deudor con el dinero de un tercero; en el segundo caso, paga el acreedor inferior en rango con su propio dinero. En el primer caso se requiere la voluntad del deudor, en el segundo no se necesita para nada. Teniendo en cuenta eso, ¿es razonable que el fragmento trate de dos casos distintos?. Tanto Herzen ⁶⁵, como Manigk ⁶⁶, contestan a la pregunta de modo negativo. Y con razón: como dice Manigk, sería anormal el confundir dos casos tan esencialmente distintos, que se encuentran en conexión inmediata, en tanto que una lectura sin prejuicios muestra que en la segunda parte se continúa el caso propuesto.

Una vez determinado que el fragmento trata de un caso único, vamos a ver cuál es éste.

Schmidt ⁶⁷ vió en el fragmento un caso de ejercicio del *ius offerendi* por un acreedor inferior en rango. Esta opinión totalmente aislada, no sólo no encuentra ningún apoyo en el texto, sino que además está expresamente contradicha por el tenor literal del mismo. ¿Qué sentido tendría el exigir, como requisito para la sucesión, como se hace en la primera parte del fragmento, la constitución de una hipoteca a un acreedor hipotecario? Esta opinión debe quedar, por tanto, totalmente descartada.

Manigk ⁶⁸ afirma que nuestro texto trata de un préstamo, hecho al deudor por un acreedor hipotecario inferior en rango, para así pagar al primer acreedor. No se trata, por tanto, de un ejercicio del *ius offerendi*. El que la frase *ita contractum sit* se refiera a un contrato del deudor con un acreedor inferior en rango, le parece a Manigk indudable, dadas las expresiones *antece-*
dens: in ius primi succedere y *transire ad eum ius prioris*. Pero, en realidad, estas expresiones no prueban nada, se refieren, sencillamente, al acreedor precedente en el tiempo y no al precedente en el rango, es decir, no implican necesariamente una coexis-

64. DERNBURG-SOKOLOWSKY: *System des römischen Rechts* (1911), I, pág. 521, n. 2.

65. HERZEN: *Loc. cit.*

66. MANIGK, 45.

67. SCHMIDT: *Grundlehren der Cession* (1866), I, pág. 319.

68. MANIGK, 46.

tencia de acreedores hipotecarios sobre una misma cosa. Por otra parte, la única vez que aparece la expresión *creditor antecedens*, es en el D. 24, 3, 49, 1, texto que se refería originariamente a la fiducia, como muestra el cotejo con los frag. Vat. 94⁶⁹. Por tanto, el término *antecedens* no puede tener el significado que Manigk le otorga⁷⁰. Por otra parte, tampoco aparece claro para qué necesitaría un acreedor hipotecario hacerse constituir una hipoteca, tal como lo exigen las palabras [*ni*] *si con- venerit, ut sibi eadem res esset obligata*. Manigk fuerza increíblemente el tenor literal del fragmento para demostrar que en la época de Aristo ya era conocida la segunda hipoteca.

La opinión dominante desde la Glosa y Cuyacio⁷¹ ha visto en nuestro fragmento un cambio de acreedores hipotecarios. Lo que hay aquí es un acreedor hipotecario que es satisfecho, extinguiéndose como consecuencia su hipoteca, y otro que ocupa su lugar, haciéndose constituir una nueva hipoteca. Una hipoteca que se extingue y otra que nace. Se trata, por tanto, de una subrogación hipotecaria de un tercero en el puesto de un acreedor hipotecario único⁷². En todo caso, no hay dos hipotecas gravando simultáneamente una misma cosa.

De gran interés, para nuestro objeto, es el examinar lo que este texto significa en la historia de las sucesivas hipotecas. La autonomía de la voluntad tiene, como veremos, un gran valor en el campo del derecho hipotecario romano. Aquí hemos de ver primeramente las formas que adopta y luego los límites objetivos a que se sujeta. El caso contemplado en nuestro fragmento no fué un caso aislado, sino que por el contrario, debió de ser muy frecuente en la práctica negocial. Buena muestra de ello son los textos que se nos han conservado en el Digesto y en el Codex.

69. HERZEN, 314, y FEHR, 132, n. 24.

70. HERZEN: Loc. cit.

71. GLOSA y CUYACIO, ad h. 1. Vid, Además HERZEN: Loc. cit.; BURDESE, 145, y autores allí citados en n. 1.

72. HERZEN: Loc. cit.

D. 13, 7, 2 (Pomp. 6 Sab.)⁷³: Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit tuque ei nummos credidisti, quos ille solvit ei creditori cui pignus dederat, tibi que cum eo convenit, ut ea res, quam iam vendiderat, pignori tibi esset, nihil te egisse constat, quia rem alienam pignori acceperis: ea enim ratione emptorem pignus liberatum habere coepisse neque ad rem pertinuisse, quod tua pecunia pignus sit liberatum.

C. 8, 18 (19), 1, pr. (Severus et Antonius, 209): Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. hoc enim tunc observatur, cum is, qui pecuniam dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur et in locum eius succedat.

D. 16, 1, 17, 1 (Afr. 4 Quaes.)⁷⁴.

D. 20, 4, 12, 8 (Marc. Ad. form. hyp.).

En la lex 2 vemos cómo el deudor había vendido y entregado la cosa, pagando posteriormente al acreedor hipotecario, con dinero acreditado y extinguiendo, por tanto, la hipoteca de éste. El mutuante se había hecho constituir una hipoteca, pero por no estar la cosa ya en el patrimonio del deudor, recibió en hipoteca cosa ajena. Por la misma razón el comprador comenzó a tener la cosa sin ningún gravamen. El mismo caso lo encontramos en la constitución arriba citada: igual que en texto de Aristo se exige la constitución de hipoteca. Oscuro aparece, como tantas otras veces, el supuesto del hecho en el texto de Africano. De todos modos, es posible determinar con seguridad que nos encontramos ante un caso parecido. El acreedor procura que se pague a la mujer el dinero de la dote para que se le dé en prenda la cosa que a ésta ha sido hipotecada⁷⁵.

Textos todos ellos que nos hablan, en diferentes épocas, de que la autonomía de la voluntad ha revestido una forma determinada. Este negocio hipotecario aparece, por tanto, frecuentemente, en la práctica. Lo encontramos ya en la época de Aristo y a partir de entonces, con regularidad, en las fuentes. Hay aquí un acreedor que quiere una garantía, y para ello paga

73. Sobre el texto DERNBURG, II, 499.

74. Sobre D. 16, 1, 17, 1 infra, § 17 y sobre D. 20, 4, 12, 8 infra, § 5.

75. *Qui-acciperet*, oración final

al acreedor hipotecario, haciéndose constituir una hipoteca sobre la cosa que antes estuvo hipotecada a éste, al dejar de estarlo. Las finalidades que persigue este negocio hipotecario pueden ser distintas: el deudor tiene oportunidad de buscar a alguien que le preste dinero con garantía, en el caso de que el acreedor hipotecario amenace con la venta de la cosa. Pero su mayor importancia estriba en haber sido el punto de arranque de la segunda hipoteca. Recordemos que también el origen de la primera hipoteca lo encontramos en un caso muy concreto. Aquí ha sucedido lo mismo: la autonomía de la voluntad ha creado la segunda hipoteca. El pretor y los juristas ayudan, como veremos, a este alumbramiento. Pero el punto de partido es, como decimos, el caso que examinamos. Aquí se encuentra ya la segunda hipoteca en germen. En el momento en que se reconozca que no es necesario que el segundo pague al primero sino que es posible que la cosa le sea hipotecada, con la condición de que sea liberada del primer acreedor, bien sea el segundo acreedor el que pague al primero o el propio deudor, habrá nacido la segunda hipoteca ⁷⁶. Por fortuna las fuentes nos han conservado textos en los que podemos seguir muy de cerca esta evolución. D. 20, 4, 4, nos permite determinar que Pomponio ya conoció la segunda hipoteca y la frase *antequam a priore creditore pignus liberasset* nos indica que estamos sobre la verdadera pista de la segunda hipoteca. Ahora bien: ¿cuándo se verificó esta transición de un estadio a otro? Ello nos lleva a la consideración del célebre texto de Africano, D. 20, 4, 9, 3. De su examen resultará que fué Juliano el inventor, por así decirlo, de la segunda hipoteca. La peculiar configuración jurídica que reviste quedará plenamente explicada por la línea de desarrollo que acabamos de exponer.

§ 3. D. 20, 4, 9, 3 (Afr. 8 Quaes.): Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina eius pignoris facta marito suo in dotem [aestimatum] dedit. si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus,

76. Sobre el problema de la suerte que corre el dinero pagado al primer acreedor, infra págs. 166 y sigs.

cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem [maritus emptoris loco est: atque ideo], quia neque tunc cum Maevio obligaretur neque cum Titio solveretur in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. [haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est si ignoravit Maevio obligatum esse].

Evidentemente el fragmento, en su estado actual, no puede proceder de Juliano-Africano. Esto es, además, *communis opinio* ⁷⁷. Ahora bien, hay que discernir lo que a ciencia cierta puede ser atribuído a Juliano-Africano, de lo que procede de la época postclásica o de los compiladores.

Rabel ⁷⁸ señala la glosa *haec tamen-fin* y con razón, por introducir un elemento subjetivo en la solución del caso. El que el marido sepa o no sepa que la cosa estaba hipotecada a Maevio no tiene nada que ver con la convalidación de la hipoteca de éste.

Beseler ⁷⁹ hizo una crítica radical del fragmento que no podemos pasar por alto. La pignoración de cosa ajena, dice este autor, se convalida por la adquisición posterior de la propiedad por el pignorante, tan sólo en el caso de que éste tuviera en el momento de la pignoración una expectativa de adquirir la cosa. Referente a la palabra *domina* no depende de que Ticia haya devenido propietaria civil sino que basta que sea bonitaria. Señala que *pignoris* se encuentra en vez de *predii*. *Aestimatum* e *in proposito*, de acuerdo con Albertario ⁸⁰, proceden de Justiniano toda vez que según el Derecho justiniano pertenece a la mujer la *res non aestimata in dotem data*. *Placebat* no concuerda con *soluta sit*. *Cum res* en vez de *si res*. *Obligaretur, solveretur, fuerit*, carecen de un sujeto expreso, sigue Beseler, y en cambio tienen distintos sujetos elípticos. En la frase *quia-possit* se toma como punto de referencia para la convalidación *cum Maevio obligaretur*. Sobre el resto del fragmento se remite Beseler a la observación de Rabel ya expuesta. Por todas estas

77. Abundante bibliografía sobre el texto en KOCHAKER, 231 y sigs.

78. RABEL, 161.

79. BESELER: SZ, 45 (1925), pág. 440.

80. ALBERTARIO, I, 402.

razones concluye Beseler que el fragmento se referiría originalmente a la fiducia.

La crítica de Beseler nos muestra, una vez más, que el método filológico corre el peligro al ser empleado por juristas de convertirse en un instrumento extremadamente abstracto y absoluto ⁸¹. Por eso peca la crítica de Beseler de ser demasiado radical. El que la pignoración de cosa ajena sólo se convalide por la adquisición posterior de la propiedad por el pignorante en el caso de que éste tuviera en el momento de la pignoración una expectativa de adquisición es muy discutible. Aun admitiéndolo para la época de Papiniano ⁸², no hay por qué concluir que en la época de Juliano fuera así también. Por otra parte, la mención inmediata de la adquisición de la propiedad por Ticia explicaría la anomalía que supone el hablar de cosa ajena ⁸³. Respecto a *domina*, aunque baste que Ticia sea propietaria bonitaria, nada se opone a que, precisamente en nuestro caso, haya devenido propietaria civil. Nada de extraño tiene el que se emplee *pignoris* en vez de *predii*, puesto que en las fuentes *pignus* aparece en muchas ocasiones para designar el objeto pignorado o hipotecado ⁸⁴. Respecto a la observación de que *placebat* y *soluta sit* no siguen la *consecutio temporum* diremos que carece de valor. En las *Quaestiones* de Africano es frecuente la enálage, por tratarse de una obra que ha sufrido varias refundiciones en la época postclásica ⁸⁵. Por eso, mostraba Lenel su escepticismo, precisamente en un trabajo palingénico sobre las *Quaestiones* de Africano, frente al criterio de la *consecutio temporum* como medio para descubrir la existencia de interpolaciones. Respecto a *aestimatum* es muy probable que esté interpolado. En el Derecho clásico la propiedad de

81. NIEDEMAYER: *Atti Roma*, I, pág. 359.

82. Sobre este problema, KOSCHAKER, en *Iura*, 4 (1953), págs. 52 y sigs.

83. En este sentido, VOLTERRA, 32.

84. HEUMANN-SECKEL, voz *pignus*. Ejemplos de metonimia *efficientis pro effecto* pueden verse en la obra de KALB: *Wegweiser in die römische Rechtsprache* (1912), pág. 18.

85. Sobre las alteraciones en las *Quaestiones*, de Africano, vid. SCHULZ: *History*, pág. 231.

la dote pertenece al marido y como en el derecho justiniano pertenece a la mujer, era necesaria la interpolación para que el supuesto de hecho siguiera siendo el mismo. Esta es, además, la opinión dominante⁸⁶. En este punto tan sólo disentiríamos de ella en la apreciación de la época en que se realizó la alteración. Sabido es que ya en la época postclásica comenzó a considerarse la dote como propiedad de la mujer⁸⁷. Por eso, ya de antemano, parece posible que en nuestro texto haya sucedido esto también. Aunque hoy día es de sobra conocido que las alteraciones de los textos no sólo fueron debidas a los compiladores, no obstante, sigue la crítica aplicando muchas veces los mismos módulos para el descubrimiento de alteraciones postclásicas que para las justinianas⁸⁸. En nuestro texto es concebible que los compiladores añadieran *aestimatum*, pero con ello hubiera terminado su labor. La equiparación del marido al comprador se encuentra colocada, interrumpiendo un razonamiento, de un modo tan absurdo que dudo que proceda de los compiladores. Da la impresión de una glosa marginal que ha penetrado posteriormente en el texto. Por todo ello, me inclino a creer que la alteración se realizó ya en la época postclásica. En cuanto a la observación de que *obligaretur, solveretur y fuerit* carecen de sujeto y en cambio tienen distintos sujetos elípticos, nosotros diríamos, tratando de precisar, que es extraño el que *fuerit* carezca de sujeto porque *obligaretur y solveretur* no lo necesitan por estar expresados en forma impersonal⁸⁹. Pero con la reconstrucción del texto de Lenel⁹⁰ que no hemos dudado en aceptar, queda explicado la falta de sujeto de *fuerit*. Al suprimir la frase *maritus-ideo* el sujeto de *fuerit* pasa a ser *res*.

86. ALBERTARIO: Loc. cit.; BESELER: Loc. cit.; KOSCHAKER: Loc. cit.

87. GUARINO: SDHI, 5 (1939), págs. 282 y sigs.

88. WIEAKER: SZ, 67 (1950), pág. 363.

89. *Obligaretur = obligatio obligaretur, solveretur = solutio solve-*
tur; vid. KÜHNER-STEGMANN: *Ausführliche Grammatik der lateinischen*
Sprache, (1955), I, pág. 5.

90. LENEL: SZ, 51 (1931), 39, aceptada por ERBE: *Die Fiducia im*
römischen Rechts (1940), 16, nota 4, KRELLER: SZ, 64 (1944), 341.

Con todo esto ya podemos pasar a estudiar el supuesto del hecho que el texto plantea. La mujer había hipotecado una cosa ajena, sucesivamente, a dos acreedores distintos. Luego después de haber adquirido la propiedad de la misma la dió a su marido en dote. Finalmente tuvo lugar el pago al primer acreedor. Extraña resulta para nuestra mentalidad jurídica, en la solución dada por el jurista, el que no se convalide la hipoteca de Maevio ⁹¹, basándose en el hecho de no estar la cosa en el patrimonio de la mujer, ni cuando se obligó la cosa a Maevio, ni cuando se pagó a Titio. Aquí se toman dos puntos para la convalidación: a) Cuando se obligó a Maevio. b) Cuando se pagó a Titio. Es evidente que ambos no pueden ser tomados cumulativamente, porque ello iría contra el supuesto del hecho, sino alternativamente ⁹². Hay un momento en que la cosa está *in bonis* de la mujer. Ese momento es una vez adquirida la propiedad antes de darle la cosa al marido en dote. A primera vista parece como si el jurista tuviera que tomar en consideración ese momento. Señalemos también como notable la ecuación, *convalescere-confirmare*, puesto que *convalescere possit* se refiere también al punto *tunc cum Maevio obligaretur*.

Para los autores que no tengan en cuenta la naturaleza condicionada de la segunda hipoteca, el fundamento de la decisión del jurisconsulto debe ser por fuerza incomprensible ⁹³. Esto ha sucedido con Volterra ⁹⁴. Este autor parte de la imposibilidad de hipotecar el fundo dotal, según la lex Julia, sin el consentimiento expreso de la mujer. En nuestro caso no podía ser admitida la convalidación de la hipoteca de Maevio, ni el consentimiento de la mujer, anterior a la constitución dotal, podía hacer surgir la hipoteca del segundo acreedor, ya que este con-

91. KOSCHAKER, 233, observa exactamente que el jurista no se plantea la cuestión de la convalidación de la hipoteca de Ticio, evidentemente, porque la da por supuesta.

92. KOSCHAKER: Loc. cit.

93. Una exposición y crítica de la doctrina de CARCATERRA: *Il pegno delle cose future*, en «Anali Bari», N. S. 3 (1940), págs. 69 y sigs; puede verse en KOSCHAKER, 233.

94. VOLTERRA, 31 y sigs.

sentimiento no tiene eficacia para superar la prohibición. Desde este punto de vista puede comprenderse la solución dada por Africano. En cambio, los compiladores, preocupados por el hecho de que la *dos aestimata venditionis causa* no perteneciera a la mujer, habrían querido resaltar esta cualidad, de la dote, y, en consecuencia, declarar que el marido está en lugar del comprador, haciendo así depender toda la cuestión del hecho de que la mujer en el momento del pago al primer acreedor, no tuviera la cosa *in bonis*; sin reparar en que con ello implicaban una afirmación que contrasta con cuanto al principio se dijo: *praedium alienum pigori dedit*. Hasta aquí la doctrina de Volterra.

Koschaker⁹⁵, ha destacado el error que supone la invocación, en nuestro caso, de la lex Julia de fundo dotali, puesto que esta lex prohíbe tan sólo la pignoración por el marido, y en cambio, aquí pignora la mujer e incluso, al parecer, antes de la celebración del matrimonio.

La Glosa⁹⁶ parte del supuesto de que se trata de una hipoteca sometida a la condición expresa *si Titio desierit esse obligatum*. La doctrina viene aceptando desde antiguo que la segunda hipoteca es siempre condicionada a la extinción de la primera. Bastaría citar aquí a este respecto a Gesterding⁹⁷, Müller⁹⁸, Löhr⁹⁹, Trosche¹⁰⁰ y Dernburg¹⁰¹. Entre los autores modernos que participan de la misma opinión citaremos a Biscardi¹⁰² y a Koschaker¹⁰³. Este último publicó hace diez años un trabajo sobre nuestro texto, precisando fundamentalmente en el análisis de los conceptos de convalidación y negocio condicionado. Merece la pena exponer aquí sus resultados.

95. KOSCHAKER, 234.

96. GLOSSA, ad h. l.

97. GESTERDING: *Pfandrecht*, Greifswald (1831), pág. 104.

98. MÜLLER: *Archiv für die civil. Praxis*, 11 (1828), 408 cit DERNBURG, I, 264.

99. LÖHR: *Archiv für die civil. Praxis*, 14 (1831), pág. 169.

100. TROSCHÉ: *Linde's Zeitschrift*, 18, 89, cit. DERNBURG, I, 264.

101. DERNBURG, I, 264.

102. BISCARDI, 67 y sigs.

103. KOSCHAKER, 233. y sigs.

Koschaker, que conoce y cita el magnífico trabajo de Apelt ¹⁰⁴ sobre el tema de la nulidad, destaca que las fuentes evitan la palabra *nullus*. En cambio, dicen, refiriéndose a la hipoteca de cosa ajena, que *pignori obligari non posse* ¹⁰⁵, *iure pignoris non teneri* ¹⁰⁶, *obligationem pignoris non consistere* ¹⁰⁷ y que el propietario *nexum rei non facere* ¹⁰⁸, *nihil agere* ¹⁰⁹. Las fuentes no emplean el término nulidad, lo cual tampoco es de extrañar, pues el derecho clásico no está aún completamente desenvuelto. Precizando aún más, aconseja Koschaker que se evite el término nulidad referido a un derecho, porque más bien se refiere al negocio jurídico, que persigue el nacimiento de ese derecho. Ahora bien, si, ciñéndonos a la hipoteca de cosa ajena hablamos de nulidad no se ve claro cómo puede ser esto compatible con la convalidación, porque la nulidad es radical e insubsanable. Por eso propone Koschaker el término ineficacia en vez de nulidad. En cuanto a la naturaleza jurídica del negocio condicionado en el Derecho clásico se refiere Koschaker a las fundamentales investigaciones de Mitteis ¹¹⁰ y Vasalli ¹¹¹. Según han demostrado estos autores, la tendencia del derecho clásico es, en general, el no conceder al estado de pendencia la virtualidad de producir efectos antes de la entrada de la condición, al revés de lo que sucede en Derecho justinianeo y en el Derecho moderno. Por tanto, tendremos que tener en cuenta esto y partir de la base de que el favorecido con la condición en principio, no adquiere nada, ni siquiera una expectativa ¹¹². Por eso no debe extrañar que el jurista afirme la no convalidación de la hipoteca de Maevio. Por otra parte, la condición necesita, para cumplirse eficazmente, de un presupuesto y es que la cosa esté *in bonis* de la deudora, lo que en nuestro

104. APELT: *Urteilsnichtigkeit im römischen Recht*. (1935).

105. C. 8, 15, 2, 3, 4, 7; D. 20, 2, 5, 2.

106. D. 14, 6, 7, 2; C. 8, 15, 6.

107. D. C. 8, 16, 6.

108. C. 8, 15, 8.

109. D. 7, 13, 2.

110. MITTEIS, 172 y sigs.

111. VASALLI: *Bull.*, 27 (1914), págs. 192 y sigs.

112. KOSCHAKER, 248.

caso no sucede. Tanto Koschaker como Dernburg¹¹³ se plantean el problema desde el punto de vista del negocio condicionado y llegan a la cuestión de la retroactividad de la condición. Dernburg cree poder afirmarla sin forzar la solución dada por el jurista: la hipoteca de Maevio no puede convalidarse porque, aunque los efectos se retrotraigan al tiempo de hacerse la segunda hipoteca, en ese momento la cosa no perteneció a Titio. Pero lo cierto es, dice Koschaker¹¹⁴, que si al tiempo de hacerse la segunda hipoteca no existían todos los presupuestos, pero éstos se han dado después, también a éstos debe alcanzar el efecto retroactivo. Por tanto, niega Koschaker la retroactividad de la condición. Consecuente con su postura afirma este autor la interpolación de la frase *et ideo=possit*, considerándola como una glosa. Es natural que este autor no admitiera como clásica esta frase, porque toma como punto para la convalidación de Maevio *tunc cum Maevio obligaretur*; lo que iría, naturalmente, contra la no retroactividad de la condición. Koschaker coincide con Beseler en su crítica al fragmento, pero se basa más en motivos jurídicos que en razones filológicas para impugnar su clasicidad. Autor de la alteración fue, según Koschaker, un glosador de la época postclásica que creía ya en la eficacia retroactiva de la condición. Si los compiladores respetaron el fragmento, concluye el ilustre romanista, ello se debe a que consideraron que con esta glosa estaba ya bastante de acuerdo con las nuevas condiciones jurídicas. Puede verse quizá aquí también una muestra del respeto con que los compiladores trataron los textos o de la precipitación con que trabajaron.

A nuestro juicio, el error, tanto de Dernburg como de Koschaker, está en haber enfocado el problema desde el punto de vista de la teoría general de las condiciones. Es cierto que la segunda hipoteca está subordinada a la extinción de la primera, pero no lo es menos que los romanos no le aplicaron la teoría general de las condiciones¹¹⁵. «La mentalidad dogmáti-

113. DERNBURG, I, 265.

114. KOSCHAKER, 248.

115. Sobre D. 20, 4, 12, 8, vid infra § 5 y sigs.

zante de los modernos—escribe D'Ors ¹¹⁶—, tiende a considerar como *condición* todo hecho futuro e incierto que de algún modo afecte a la efectividad del negocio jurídico. Los romanos, sin embargo, no llegaron a tal construcción unitaria y abstracta, sino que para ellos existían ciertas hipótesis que consideraban como condiciones, concretamente, sin estimar que todo hecho futuro e incierto hubiese de ser considerado como condición». Por tanto, para no incurrir en tergiversaciones fáciles será mejor partir del tenor del texto y en lo posible no salirse de él.

Si seguimos la línea de desarrollo que venimos exponiendo, estaremos en condiciones de comprender la solución del jurista. En el negocio de subrogación hipotecaria en el puesto de un acreedor hipotecario único, se exigían como requisitos: a) Satisfacción del *creditor antecedens* (D. 20, 2, 3). b) Constitución de una hipoteca en favor del otro acreedor (D. 20, 3, 3). c) Que la cosa estuviera *in bonis del deudor* (D. 13, 7, 2). Aquí puede decirse que el pago al primer acreedor y la constitución de la hipoteca en favor del segundo coinciden en el tiempo, puesto que ambos forman parte de un mismo negocio hipotecario. Por tanto, el requisito de que la cosa esté *in bonis* del deudor queda referido a un punto de tiempo concreto. Ahora bien, avanzando un paso más, el segundo acreedor no tiene por qué pagar al primero inmediatamente; puede, por el contrario, hacerse constituir una hipoteca y esperar a que el deudor haga el pago al primer acreedor o bien hacerlo él mismo en el momento que más convenga. En este estadio de la evolución ya no coinciden el instante de hacer el pago y el de la constitución de la hipoteca. Con lo cual aparece un nuevo problema: ¿cuál de estos dos momentos debe ser tomado en consideración al exigir que la cosa esté *in bonis* del deudor? Y este es precisamente el problema que se plantean Juliano-Africano, respondiendo que basta que la cosa esté *in bonis* en cualquiera de ellos, bien al constituirse la hipoteca o bien al hacerse el pago. Como, por otra parte, no es necesario que el derecho de hipoteca despliegue su eficacia inmediatamente, y el segundo

116. D'ORS: AHDE, 16 (1945), pág. 203.

acreedor puede en todo momento, satisfaciendo al primero, *actualizar* su derecho, queda también explicado que los juristas romanos consideran esta figura jurídica, para nosotros tan extraña, como una verdadera segunda hipoteca. Por eso pueden decir Juliano-Africano *Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio* (D. 20, 4, 9, 3), al igual que Pomponio: *Si debitor, antequam a priore creditore pignus liberaret, idem illud ob pecuniam creditam alii pignori dedisset* (D. 20, 4, 4), precisamente porque consideran que ahí se encuentra una verdadera segunda hipoteca. Por otra parte, Juliano, con su decisión, admite que en el caso de haber estado la cosa *in bonis* de la deudora, al tiempo de constituirse la segunda hipoteca, se confirme ésta, aunque el pago se realice estando ya la cosa fuera del patrimonio del deudor, precisamente por adquirir cualquier tercero la cosa *cum sua causa*. Con lo que encontramos otra contradicción más de Koschaker¹¹⁷: desde el momento en que consideraba interpolada toda la frase *et ideo-possit* ya no tenía derecho a hablar de una segunda hipoteca como tal.

En definitiva, Juliano, al plantearse la cuestión de cuándo debe de estar la cosa *in bonis* de la deudora, está enfocando el problema desde el punto de vista de la acción. No podía ser de otro modo: En vez de partir de una teoría abstracta de las condiciones, que los romanos nunca tuvieron, el jurista está pensando en si concurren los presupuestos necesarios para poder otorgar una acción a Maevio¹¹⁸.

Al poner en relación el texto con la época histórica a que pertenece hemos podido comprender el fundamento de la decisión del jurisconsulto. La segunda hipoteca nace, por otra parte, reducida a unos límites muy modestos. Juliano fué su creador partiendo del supuesto de subrogación en el puesto de un acreedor hipotecario único. Luego, la evolución se va orientando en el sentido de ir concediendo cada vez más derechos al segundo acreedor en tanto en cuanto los del primero no su-

117. KOSCHAKER: Loc. cit.

118. En la época de Juliano el segundo acreedor no tiene la acción hipotecaria hasta que el primero no ha sido satisfecho, infra, 95.

Iran menoscabo ¹¹⁹. Hemos procurado acomodar nuestra exposición, en lo posible, a este proceso histórico ¹²⁰.

§ 4. Si la segunda hipoteca arranca, no de la afección del *superfluum*, como creen Dernburg ¹²¹, Manigk ¹²² y otros ¹²³, sino del negocio hipotecario de subrogación, tal como hemos expuesto, es lógico que se nos plantee el problema del papel que desempeña el *superfluum* ¹²⁴ en la historia de las sucesivas hipotecas. Ello nos lleva a la consideración del siguiente texto de Gayo:

D. 20, 1, 15, 2 (Gaius. de form. hyp.): Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata [ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est:] aut <in> solidum, cum primo debito liberata res fuerit. de quo videndum est. utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit ut sit hypothecae? et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata [an adhuc pars?. sed illud magis est, quod prius diximus].

Gayo nos ofrece aquí la fórmula de constitución de la segunda hipoteca. El primer problema que se presenta es el determinar si ésta la forman tan sólo las palabras *rem alii nulli obligatam esse quam forte Lucio Titio*, o, por el contrario la fórmula termina con las palabras *liberata res fuerit*. Lo seguro es esto último porque, de lo contrario, no tendría sentido el plantearse, tal como lo hace el jurista el problema de si, una vez satisfecho el primer acreedor, ha de quedar afecto al se-

119. DERNBURG, II, 479.

120. Distinta es la exposición que DERNBURG, II, 479 y sigs. presenta sobre la que se ha basado la opinión dominante.

121. DERNBURG, II, 480.

122. MANIGK: RE, 9, págs. 302 y sigs., y RE, 20, págs. 1279 y sigs.

123. WEISS, 255; VAN OVEN: *Leerboek van Romeinsch Privatrecht*. Leiden, 1948, pág. 181.

124. Compárese la exposición de DERNBURG, II, 479 y sigs y la de MANIGK: RE, 9 págs. 302 y sigs.

gundo el total de la cosa o simplemente una parte de la misma ¹²⁵. El texto de las Basílicas confirma, como veremos, nuestra interpretación.

Por otra parte, el texto ha llegado hasta nosotros en un lamentable estado y por eso, ha sido frecuentemente mal interpretado ¹²⁶. Intentaremos separar lo que verdaderamente procede de Gayo de lo que es obra de escoliastas o glosadores posteriores. Ello nos va a permitir, conocer, tanto el pensamiento de Gayo, como el modo como se trabajó sobre el texto.

Al hacer el análisis del fragmento salta inmediatamente a la vista la glosa *ut sit pluris est*. Señalada ya por Haloandro ¹²⁷, aparece en la edición del Digesto de Mommsen reconocida por Krüger y ha sido admitida unánimemente ¹²⁸. Por eso será el punto de partida de nuestra investigación. En un principio parece que esta glosa carece de importancia y así lo destaca Dernburg ¹²⁹. Pero esto es erróneo. Más aún, esta glosa ha roto de tal modo el sentido del texto que ha impedido su recta inteligencia. Por lo pronto, al suprimir la frase *ut sit pluris est*, como glosa, hemos de añadir un «in» delante de *solidum*, porque *solidum* ya no puede ser el sujeto de la frase suprimida ¹³⁰. Llega el momento de plantearse el motivo de la alteración, es decir, de ver si tiene la misión de aclarar simplemente algo o, por el contrario, busca alterar el sentido del texto. En realidad, aunque esta frase cambia el sentido del texto, su autor no lo pretendió, sino que intentó tan sólo explicar algo que por otra parte no entendía. Por eso, hemos empleado la palabra glosa y no la de interpolación ¹³¹. El texto fué objeto de deforma-

125. DERNBURG, II, 481.

126. MANIGK: RE, 20, pág. 1279, y FEHR, 77, que añade *non* delante de *solida res*.

127. Edición de HALOANDRO. Nuremberg, 1529.

128. DERNBURG, II, 481; FEHR, 77.

129. DERNBURG, II, 481, no nos explica el porqué de que la cláusula del *superfluum* se haya convertido en cláusula de estilo. Partiendo de su exposición, el problema que se plantea Gayo, en la segunda parte del fragmento, debía de haberse referido no a la condicionalidad de la segunda hipoteca, sino, precisamente, al *superfluum*.

130. Vid. FEHR, 77.

131. NIEDERMAYER: *Atti Roma*, I, pág. 355.

ción por un escoliasta que dudó largamente sobre el mismo y lo que creyó comprender lo entendió mal. Huellas de estas vacilaciones las encontramos en las interrogaciones que recorren el texto ¹³² y sobre todo en esa absurda coletilla final *an adhuc diximus*.

La frase *sed prius diximus* nos da una idea clara de la categoría del escoliasta con quien tenemos que habérmolas: de su nula categoría y de su poca habilidad para el rétoque de los textos. No puede comprender, porque Gayo considera que, en el caso en que se convenga que tan sólo el *superfluum* quede afecto, al ser liberada la cosa del primer acreedor haya de quedar obligado el total de la misma. Entonces exterioriza su duda *an adhuc pars?* y comprende que cuando Gayo lo dice alguna razón debe de haber. Por eso añade *sed magis est quod prius diximus*. Quedan aún muchos cabos sueltos y muchas afirmaciones insuficientemente probadas. Por otra parte, es necesario que concretemos más y contestemos a las interrogantes que se nos van abriendo sobre la personalidad y concepciones jurídicas de nuestro escoliasta.

Comencemos explicando el texto. Hemos visto cómo la fórmula completa de la segunda hipoteca la formaban las palabras: *rem aliam nulli liberata res fuerit*. Relacionando todo esto con lo dicho anteriormente (§ 3) en las consideraciones expuestas a propósito del texto de Juliano-Africano resulta que no es que en nuestro texto haya dos fórmulas para la constitución de la segunda hipoteca, según una de las cuales se hipoteque el *superfluum* y según la otra la cosa condicionalmente; sino que condicionalidad de la segunda hipoteca y afección del *superfluum* pertenecen a la misma fórmula. Se trata, sencillamente, de ofrecer garantía al segundo acreedor en las dos coyunturas posibles, es decir, tanto si el primer acreedor es satisfecho, como si no lo es. La hipoteca con la condición de que el primero sea satisfecho, debía de plantear, necesariamente, el problema de qué sucedería en el caso de que éste no fuera satisfecho. En este caso, el primer acreedor venderá la cosa y se cobrará con cargo al precio que obtenga de ella. Como existe la posibilidad

132. Compárense las distintas ediciones del Digesto de MOMMSEN.

de que exista *superfluum*, (posibilidad que el segundo acreedor puede calcular de antemano) nada obsta a que se hipoteque también ese *superfluum*. Es decir, que es totalmente inexacto el afirmar, como hace la doctrina dominante ¹³³, que la segunda hipoteca surge recayendo sobre el *superfluum*.

La segunda hipoteca, por el contrario, surge condicionando el derecho del segundo a la extinción del derecho del primero. Por eso, vemos cómo este pacto en Gayo se ha convertido en una cláusula de estilo: no es necesario que las partes lo expresen en la fórmula porque ya se sobreentiende. Nuestro escoliasta no lo entendió así. Creyó que unas veces se hipotecaba el *superfluum* y otras la cosa con la condición de que fuera liberada. Por eso, intercaló esa glosa *ut sit-est* para romper las dos partes de la fórmula y aclararnos de este modo el texto. Tampoco es casualidad que luego no entendiera la segunda parte del texto: si consideraba que unas veces se hipotecaba el *superfluum* y otras la cosa con la condición de que fuera liberada del primer acreedor, era lógico que no entendiera el porqué en el caso de que se refiriera la hipoteca al *superfluum* había de quedar el total de la cosa afecto una vez satisfecho el primer acreedor. Hablando en terminología moderna, para él debía de haber ahí algo así como una hipoteca de propietario. Para nuestro escoliasta era absurdo que el hecho de que el primero fuera satisfecho pudiera repercutir en la hipoteca del segundo sin haberse hecho mención expresa a ello. En realidad, él pensaba que cada hipoteca, la del primero y la del segundo, recaía sobre objetos distintos ¹³⁴ y por eso debíale de resultar el texto, necesariamente, ininteligible. De la veracidad de nuestras observaciones terminará de convencer el cotejo con las *Basilicas*.

B. 25, 2, 15, 2: Ὁ τὸ ἤδη ὑποκείμενον ὑποτιθέμενος ἑτέρῳ τὸν ἐνταῦθεν ἐκφεύγει κίνδυνον προλέγων, ὡς ὑπόκειται τὸ πρᾶγμα τῷδε, καὶ ὅτι τὸ πλεόν ὄν ἐν τῷ πράγματι μετὰ τὸ πρότερον Χρέος νῦν ὑποτίθεται, ἢ τὸ πᾶν μετὰ τὸ πληρωθῆναι τὸν πρῶτον. εἰ δὲ καὶ ῥητῶς συμφωνήσῃ τὸ περιττὸν ὑποκείσθαι, ὅμως ἐὰν τοῦ πρώτου ἐλευθερωθῇ, εἰς ὁλόκληρον ὑπόκειται τῷ δευτέρῳ.

¹³³. Vid., por ejemplo, DERNBURG, II, 480; MANIGK: RE, 9, págs. 302 y sigs. y RE, 20, págs. 1279 y sigs.; VAN OVEN: Loc. cit.; WEISS, 255.

¹³⁴. MANIGK: RE, 20, pág. 1280, cree lo contrario.

El texto procede de la cadena de escolios del Anónimo ¹³⁵, que Peters ¹³⁶ data entre los años 570 y 612. La divergencia entre el texto del Digesto y la versión del Anónimo nos lleva, forzosamente, a una toma de posición ante la problemática que plantea la utilización de las Basílicas en la reconstrucción del Derecho clásico. Hace ya medio siglo Riccobono ¹³⁷, observando que el texto del Anónimo contenía muchas veces elementos del Derecho clásico, que no aparecían en la Florentina, explicaba estas divergencias reconduciéndolas a una utilización de escritos jurídicos prejustinianos, afirmando con ello el valor de las Basílicas para la crítica interpolacionista. Esta impresionante tesis encontró una acogida unánime y sigue hoy día en pie. Peters ¹³⁸ intentó desmentirla pensando que las divergencias había que explicarlas con la utilización de un ejemplar del Digesto por el Anónimo divergente, en parte, con el de la Florentina. Esta conjetura, desprovista de fundamento, en tanto que multitud de detalles parecen darle la razón a Riccobono, fué unánimemente rechazada ¹³⁹. Ya Mitteis ¹⁴⁰ había señalado, en su recensión al libro de Peters, la extraña casualidad que supondría el que el texto del Digesto utilizado por el Anónimo errase por doquier, coincidiendo con las interpolaciones tan exactamente. Otro ataque mucho más fuerte a Riccobono fué debido a J. M. Sontis ¹⁴¹. Este autor intentó demostrar una tendencia epitomadora e interpretativa del Derecho justiniano. Debido a la tendencia a resumir del Anónimo se explicaría que muchas veces no aparecieran en sus textos las interpolaciones de los compiladores. La crítica de Sontis a la doctrina de Riccobono no hizo sino afianzar más a la opinión dominante en la tesis del sabio italiano. Nuevos descubrimientos vinieron a con-

135. PETERS, 28.

136. PETERS, 24.

137. RICCOBONO: *Mel. Fitting* (1908), II, págs. 465 y sigs.

138. PETERS, 20.

139. MITTEIS: SZ, 34 (1913), pág. 406.

140. MITTEIS: *Loc. cit.*

141. SONTIS: *Die Digestensumme des Anonymos. I. Zum Dotalrecht. Ein Beitrag zur Frage der Entstehung des Basiliken textes.* Heidelberg (1937).

firmarla cada vez más ¹⁴². Hoy día puede decirse que ha sido generalmente aceptada. Este debe ser, por tanto, nuestro punto de partida.

A simple vista se advierte la claridad del texto del Anónimo, que contrasta con la oscuridad del Digesto. En el texto del Anónimo se ve claramente que lo que dicen los que hipotecan sus cosas por segunda vez es, tanto que la cosa está hipotecada ya a otro, como que ahora queda hipotecado bien el *superfluum* o bien la cosa cuando sea liberada del primer acreedor. Esto permite ver la unidad de la fórmula, favorecida también por la supresión de la glosa *ut sit-est* que inducía a separar ambas partes ¹⁴³ y a considerarlas como dos fórmulas distintas. Como respuesta a esa vacilante glosa *an adhuc — diximus*, indica ὅπως una exacta comprensión del texto por el Anónimo.

Llega el momento de resolver toda una problemática que se nos plantea. Todas las consideraciones que se han hecho sobre el valor de las Basílicas para el descubrimiento de interpolaciones, se refieren a interpolaciones justinianeas. Ahora bien, en nuestro texto parece que los compiladores nada tuvieron que ver con estas glosas. Guarino ¹⁴⁴ demostró con el cotejo entre D. 37, 6, 4, y B. 41, 7, 4, que en las Basílicas aparecía a continuación del texto una glosa que, en cambio, estaba incorporada al texto del Digesto. En nuestro caso parece evidente que la labor de los compiladores se redujo a transcribir el texto tal como se encontraba en el ejemplar de Gayo que poseían, porque de no ser así tendríamos que aplicar a los compiladores todo cuanto sobre la incomprensión del texto por el escoliasta dijimos. Tampoco parece probable que el Anónimo tuviera a la vista en este punto alguna traducción griega del texto de Gayo en una versión mejor que la que tuvieron los compiladores ¹⁴⁵.

142. Vid. D'ORS, 141; GUARINO: SDHI, 5 (1939), págs. 282 y sigs.

143. El modo como se suele puntuar el texto confirma esta idea. Vid. MOMMEN y *Digesto Milano*. Por otra parte, la simetría *in ... in* tiende a favorecer la unidad.

144. GUARINO: Loc. cit.

145. Un ejemplo de cómo utilizaron los propios compiladores distintos ejemplares de una misma obra puede verse en WIEACKER: *Festschr. Schulz*, II (1951), 101.

Creo, por tanto, que lo más razonable es suponer que el Anónimo, conocedor (como discípulo de Estéfano) del Derecho anterior a la compilación, interpretó el texto rectamente en el sentido del Derecho clásico.

Confirmada, con el cotejo de las Basílicas nuestra interpretación, queremos entrar aún a estudiar la mentalidad jurídica de nuestro escoliasta. Para ello es necesario observar que el fragmento de que tratamos procede de la obra de Gayo de *fórmula hypothecaria*, obra de la que sabemos que fué editada en Oriente en la época postclásica con alteraciones¹⁴⁶. Importante es el empleo de la palabra *hypotheca* por nuestro escoliasta. Como esta palabra sólo aparece en las fuentes jurídicas orientales podemos concluir de un modo seguro que la persona que realizó la alteración, el escoliasta de quien tanto hemos hablado, perteneció al Imperio de Oriente¹⁴⁷. La época tardía de la alteración lo hacía ya sospechar. Por otra parte, la concepción de un rango de puestos fijos que el escoliasta posee, nos lleva a acercarnos al círculo jurídico griego. En Derecho griego existe la hipoteca del *superfluum* al segundo acreedor¹⁴⁸. En la ley de Efeso se habla de *δανείζεσθαι ἐπὶ τοῖς ὑπερέχουσι* (§ 10). La hiperoja venía generalmente determinada mediante la venta de la cosa, pero según Hitzig¹⁴⁹ es también posible pensar en una estimación. Fuente muy interesante es la ley de Efeso. Aquí aparece que, después que al primer acreedor se le ha asignado la parte correspondiente de un fundo, recibe el segundo la parte correspondiente a su crédito, siempre que quede aún algo. Por eso, queda al segundo hipotecada tan sólo la hiperoja¹⁵⁰. Refiriéndose al derecho hipotecario griego escribe Hitzig¹⁵¹ juiciosamente: «Allí donde al segundo desde un principio le es hipotecada la hiperoja y no el total de la cosa la sucesión en caso de satisfacción del primer acreedor, no está,

146. EBRARD, 75 y sigs.

147. Sobre el empleo de la palabra *hypotheca*, LEVY, 181.

148. HITZIG: *Das griechische Pfandrecht* (1895).

149. Op. cit., 125.

150. HITZIG: Op. cit., 127.

151. HITZIG: Op. cit., 127.

«cuando menos, sobrentendida.» He aquí la razón bien clara de que nuestro escoliasta no pudiera comprender el texto. El paralelismo es demasiado grande como para que deje lugar a dudas ¹⁵². Podemos concluir que nos hallamos ante un escoliasta griego.

La separación entre lo dicho por Gayo y lo dicho por el escoliasta nos ha ayudado a ver el modo cómo se trabajó en los textos. Quedan aún por enjuiciar las concepciones jurídicas de Gayo en este punto. Vaya por delante que en Gayo nos encontramos con un prepostclásico ¹⁵³. Gayo aparece como un precursor de la obra de simplificación que se acomete en el Derecho postclásico. Esto hay que tenerlo en cuenta al examinar nuestro texto. Aparece aquí previsto claramente tanto el caso en que el primer acreedor es satisfecho, como en el caso en que no lo es. Reconózcase que esta vez Gayo ha sido más afortunado que en otras ocasiones en su labor de simplificación y sistematización del Derecho clásico. Obsérvese, por otra parte, que no se trata un caso concreto sino que enuncia directrices generales para la constitución de la segunda hipoteca. Hasta que punto puedan reducirse las formas de constitución de ésta al esquema que él presenta es cosa que veremos en las páginas siguientes. En líneas generales es cierto que la autonomía de la voluntad cristaliza del modo como dice Gayo.

Ahora debemos pasar a examinar los textos que tratan del *superfluum* con respecto a la segunda hipoteca. Muchos de ellos son de autenticidad muy dudosa. Esto sucede con el siguiente fragmento de Papiniano (II Res.):

D. 46, 3, 96, 3: ... quod si temporibus discretis [superfluum pignorum] <eadem pignora> obligari placuit, prius debitum pretio pignorum iure solvetur, secundum superfluo compensabitur.

152. No advertimos, en cambio, el paralelismo que BISCARDI, 85, trata de presentar entre el texto en cuestión y la inscripción contenida en DITTENBERGER: *Sylloge inscriptionum graecarum* (1915), núm. 364, 1, pág. 15.

153. Así le ha llamado D'ORS en varias ocasiones. Ultimamente en SZ, 74 (1957), pág. 74, y sus trabajos citados en nota 4.

La frase *superfluum obligari placuit* ha sido reconocida, desde Mommsen, como interpolada. A lo dicho por los autores ¹⁵⁴ añadiremos tan sólo que puesta en relación con la frase *temporibus discretis* resalta aún más el absurdo, porque el *superfluum* se ha hipotecado tan sólo una vez y precisamente al segundo acreedor. Por eso hemos sustituido *superfluum* por *eadem pignora*. Respecto al resto del fragmento hemos de decir tan sólo que Papiniano trata aquí del modo cómo se libera el deudor una vez que ha vendido la cosa hipotecada ¹⁵⁵.

Interesante por la problemática que plantea es un texto de Trifonino que ha sido objeto de viva discusión:

D. 20, 4, 20 (Tryph. 8 Disp.): Quaerebatur, si post primum contractum tuum, antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitore Seius credidisset quinquaginta et hyperocham huius rei, quae tibi pignori da esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta: quod plus est in pretio rei quam primo credidisti utrum Seio ob quinquaginta an tibi in quadraginta cederet pignoris hiperocha, finge Seium paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam. dixi consequens esse, ut Seius potior sit in eo quod amplius est in pignore, et oblata ab eo summa primo ordine credita usurarumque eius postponatur primus creditor in summam, quam postea eidem debitori creditit.

Se trata del único texto en el Digesto en que aparece la palabra *hyperocha*, siendo muy posible que la segunda vez se trate de un glosema. Esta es la opinión de Mommsen ¹⁵⁶ y Beseler ¹⁵⁷. El que las palabras *pignori hyperocha* se encuentren al final de la frase después que toda idea está ya perfectamente expresada, las hace aparecer como superfluas, pues el sujeto está ya en la frase *quod plus=credidisti*. En cambio, para Manigk ¹⁵⁸ ambas palabras no tienen por qué ser un glosema: basta añadir detrás de *forte quadraginta* una coma para que el sentido quede claro. De este modo viene a ser la frase *quod plus...*

¹⁵⁴. SIBER: SZ, 45 (1925), pág. 181; BESELER, 4, 138 y SZ, 51 (1931), pág. 62.

¹⁵⁵. Compárese el texto en cuestión con todas las *lex* 96.

¹⁵⁶. *Digesto*.

¹⁵⁷. BESELER, 4, 138.

¹⁵⁸. MANIGK: RE, 9, pág. 293.

apuesto de *forte quadraginta* y *pignoris hyperocha* aparece, necesariamente, como el sujeto de *cederet*. De este modo, sigue Manigk, se da además la circunstancia favorable de que el valor de la hipoteca que sobrepasa a la primera deuda hipotecaria cubre la segunda hipoteca del *tu* en cuarenta, pero no la de Seyo en cincuenta. Nosotros queremos aquí tan sólo llamar la atención sobre lo peligroso que resulta querer sacar consecuencias del hecho de que éste sea el único texto del Digesto en que se encuentra la palabra *hyperocha*; entre otras razones porque nada sabemos sobre el lenguaje de Trifonino ¹⁵⁹. Por eso, hemos enfocado el problema desde otro punto de vista. Veamos, por lo pronto, el supuesto de hecho. El deudor después de haber hipotecado ya la cosa, la volvió a hipotecar a Seyo por cincuenta, luego recibió del primer acreedor otra vez cuarenta. Se trata aquí de determinar si la hiperocha corresponde al primer acreedor por los cuarenta o a Seyo por los cincuenta. Entra ahora en escena un nuevo elemento: el ejercicio del *ius offerendi* hecho por Seyo para satisfacer al primer acreedor. Dado este ejercicio del *ius offerendi*, concede el jurista la preferencia a Seyo. Aparecen aquí superpuestos dos problemas: el problema de la hiperocha y el problema del *ius offerendi*. Beseler ¹⁶⁰ destacó, certeramente, que una vez ejercitado el *ius offerendi* desaparece todo problema. Por otra parte, resulta algo extraño el empleo de la palabra *cederet*, desde el momento en que el segundo acreedor no tiene acción contra el primero para reclamar el *superfluum*, tal como veremos. Todo ello induce a pensar en profundas modificaciones llevadas a cabo por los compiladores.

En las Basílicas aparece el mismo texto en una versión totalmente diferente: B. 25, 5, 18. Ἐὰν πρὸ σοῦ καὶ μετὰ σέ το αὐτὸ ὑποτεθῆ μοι εἰς μόνον τὸ πρῶτον ποσὸν προτιμῶμαι σοῦ, καὶ ἄδειαν ἔχεις προσφέρειν μοι αὐτὸ μετὰ τῶν τόκων αὐτοῦ.

Aunque aquí no se diga una palabra de la hiperocha, no se pueden sacar consecuencias por la tendencia epitomadora del Anónimo.

159. KUNKEL: *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1952), 232, n. 464.

160. BESELER, 4, 138.

Otro texto en que aparece también clara la mano de los compiladores es:

D. 20, 4, 12, 5 (Marcian. Ad Form. hyp.): Papinianus libro undecimo respondit, si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere: sed si secundus non offerat pecuniam, posee priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam qua postea creditit [et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat].

Las palabras *et quod-restituat* han sido unánimemente reconocidas como interpoladas¹⁶¹. El enfoque del problema desde el punto de vista del Derecho material delata a una mentalidad ajena al Derecho clásico¹⁶². La opinión dominante¹⁶³ reconoce que el segundo acreedor no tiene acción contra el primero para reclamar el *superfluum*.

Pasemos ahora a estudiar D. 22, 2, 6 de Paulo,

Paul. 25 Quaes.: Faenerator pecuniam usuris maritimis mutuum dando quasdam merces in nave pignori accepit, ex quibus si non potuisset totum debitum exsolvi, aliarum mercium aliis navibus impositarum propriisque faeneratoribus obligatorum si quid superfuisset, pignori accepit. quaesitum est [nave propria perempta, ex qua totum solvi potuit, an id damnum ad creditorem pertineat], intra praestitutos dies amissa nave, an ad ceterarum navium superfluum admitti possit. respondi: alias quidem pignoris deminutio ad damnum debitoris, non etiam ad creditoris pertinet: sed cum traiecticia pecunia ita datur, ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit, ipsius crediti obligatio non existente condiciones defecisse videtur, et ideo pignorum quoque persecutio perempta est etiam eorum, quae non sunt amissa. [si navis intra praestitutos dies perisset, et condicionem stipulationis defecisse videri, ideoque sine causa de

161. BESELER, 4, 138; KRELLER: SZ, 62 (1942), pág. 174; KASER: *Quanti ea res est* (1935), n. 8; SCHULZ, 424. Los tres primeros autores señalan la interpolación ya desde *sed si*. Como fundamento alega BESELER que *expensam ferre* no viene a cuento. Pero, en realidad, esta frase se refiere a la imputación de pagos, que tuvo su origen en la *expensilatio*. Sobre *expensam ferre* en este sentido, HEUMANN-SECKEL, s. v. *expendere*.

162. Sobre el problema, D'ORS, 58.

163. Vid. n. 161.

pignorum persecutiones, quae in aliis navibus fuerunt, quaeri. quando ergo ad illorum pignorum persecutionem creditor admitti potuerit? scilicet tunc cum condicio exstiterit obligationis et alio casu pignus amissum fuerit vel vilius distractum vel si navis postea perierit, quam dies praefinitus periculo exactus fuerit].

Nos encontramos ante un texto que sustancialmente reproduce Derecho clásico, si bien está recorrido de arriba abajo por una porción de glosas aclaratorias. Para la crítica del texto nos remitimos a Schulz¹⁶⁴. Aquí ya no encaja tan bien el esquema expuesto por Gayo. Este texto ha sido utilizado por la doctrina para demostrar que la segunda hipoteca nace mediante la afección del *superfluum*¹⁶⁵. Pero es necesario tener en cuenta la época a que el texto pertenece. Por otra parte, es muy interesante el observar que se trata de un contrato de los que se solían celebrar según la *lex Rodia de iactu*, contrato de transporte marítimo de cierta influencia griega¹⁶⁶, por lo que no es extraño que a la recepción del contrato fundamental por el Derecho romano se añadiera la de las cláusulas usuales. En este sentido debe ser entendida la obligación del *superfluum*.

Llega el momento de sacar conclusiones de todo lo dicho hasta aquí. Claramente quedó demostrado que la segunda hipoteca no surge a través del *superfluum*, sino por el expediente de condicionar la hipoteca del segundo acreedor a la extinción del Derecho del primero; por otra parte, que la cláusula de afección del *superfluum* reviste un valor simplemente accesorio. Sólo en esta forma es genuinamente romana. También hemos visto una tendencia de los compiladores, en consonancia con las exigencias de la vida práctica, a ampliar el ámbito de aplicación de la cláusula de afección del *superfluum*. La dificultad de recoger todas las formas que revistió la autonomía de la voluntad quedó también de manifiesto. Con la sola excepción del texto de Gayo, en que el malentendido llevó a

164. SCHULZ: *Einführung in das Studium der Digesten* (1916), 31.

165. MANIGK: RE, 9, pág. 301.

166. KASER, 477, con bibliografía.

una vulgarización¹⁶⁷, las demás modificaciones llevan un sello unitario. El cotejo con la cadena de escolios del Anónimo nos ha servido para asegurar nuestros resultados y para convencernos de la labor de los compiladores en la segunda hipoteca: un intento de recoger todas las formas en que cristalizaba la autonomía de la voluntad en la época de la compilación. El reproche de ser demasiado liberal en materia hipotecaria vuelve a alcanzar en este punto a Justiniano.

§ 5. En los textos de Juliano-Africano (D. 20, 4, 9, 3), Gayo (D. 20, 1, 15, 2) y Pomponio (D. 20, 4, 4), ya examinados, no se decía nada de una acción hipotecaria del segundo acreedor. Respecto al texto de Juliano-Africano mostramos incluso la incompatibilidad de una acción hipotecaria en favor del segundo acreedor con la solución dada por el jurista. Más claro todavía se nos muestra Gayo en el siguiente texto:

D. 20, 4, 11, 4 (Gayus de form. hyp.): Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere quod ei debetur, videndum est, an competat ei hypothecaria actio nolente priore creditore pecuniam accipere, et dicimus priori creditori inutilem esse actionem, cum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur.

Sólo en el caso de que el primer acreedor no quiera aceptar el pago de la deuda hecho por el segundo, concede el jurista la acción hipotecaria a éste. Por tanto, la acción hipotecaria del segundo acreedor aparece condicionada al ejercicio del *ius offerendi*. Marcelo, en cambio, conoce ya la acción hipotecaria del segundo acreedor. Fundamental, a este respecto, es el siguiente texto:

D. 44, 2, 19 (Marcel. 19 Diges.): Duobus diversis temporibus eandem rem pignori dedit: egit posterior cum priore pignoratitia et obtinuit: mox ille agere simili actione instituit: quaesitum est, an exceptio rei iudicatae obstaret, si opposuerat exceptionem rei sibi ante pignoratitiae et nihil aliud novum et validum adiecerit, sine dubio obstabit: eandem enim quaestionem revocat in iudicium.

El deudor había pignorado una misma cosa a dos acreedores distintos. Luego acciona el segundo contra el primero que

¹⁶⁷. Sobre el tema de vulgarización, LEVY, 1-16.

le opone la *exceptio rei sibi ante pignoratæ*, que no prospera. Ahora es el primero el que acciona contra el segundo. A la pregunta de si podrá el segundo oponer al primero la excepción de cosa juzgada, contesta el jurista afirmativamente en caso de que el primero no aduzca nada nuevo. A tenor de este texto podemos, pues, afirmar que Marcelo es el primer jurista que concede al segundo acreedor la acción hipotecaria¹⁶⁸. Herzen¹⁶⁹ afirma como consecuencia que éste es el primer texto donde se encuentra una segunda hipoteca digna de tal nombre. Pero ya hemos demostrado que tanto Juliano-Africano, como Pomponio, como Gayo, hablan de una segunda hipoteca y señalamos también su carácter de derecho real.

Después de Marcelo sigue apareciendo la acción hipotecaria en las fuentes. Así en el siguiente texto de Marciano:

D. 20, 4, 12, pr. (Marcian. Ad form. hyp.): Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est si non mihi ante pignori hypothecave nomine sit res obligata: sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione et ille excipiat si non convenit, ut sibi res sit obligata, hic in modum supra relatum replicabit. sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget et adiudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.

Aquí se distingue si el segundo reclama contra el primero o contra cualquier otro poseedor. Sólo en el segundo caso será eficaz su acción hipotecaria. El primero puede, por su parte, defenderse de la acción hipotecaria del segundo con la excepción de que antes le fué hipotecada la cosa.

La concesión de la acción hipotecaria al segundo acreedor, debía, necesariamente, de conducir a la conclusión de que su derecho era ya un derecho actual y no condicional. Así, insensiblemente, se pasó a la idea de que el derecho del segundo era un derecho que no dependía de la extinción del derecho del primero. No obstante, la autonomía de la voluntad siguió por sus cauces y la práctica se siguió sirviendo durante largo

168. HERZEN, 307.

169. HERZEN: Loc. cit.

tiempo de los mismos moldes contractuales ¹⁷⁰. De este modo coexistieron ambos sistemas. Es interesante el comparar los dos textos de Marciano:

D. 20, 4, 12, 8 (Marcian. Ad form. hyp.): A Titio mutuatus pactus est cum illo, ut ei praedium suum pignori hypothecaeve esset: deinde mutuatus est pecuniam a Maevio et pactus est cum eo, ut, si Titio desierit praedium teneri, ei teneatur tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres, et paciscitur tecum, ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit et locum eius subeat: num hic medius tertio potior est, qui pactus est, ut Titio soluta pecunia impleatur condicio, et tertius de sua negligentia queri debeat? sed tamen et hic tertius creditor secundo praefendus est. eod. 7.: Si simpliciter convenisset secundus creditor de hypotheca, ab omni possessore eam auferre poterit praeter priorem creditorem et qui ab eo emit.

El deudor había hipotecado la cosa a Ticio. Luego, con la condición expresa *si Titio desierit praedium teneri*, la volvió a hipotecar a Maevio. Finalmente, un tercero prestó dinero al deudor para que pagara a Ticio, haciéndose constituir una hipoteca, con el fin de ocupar el lugar de aquél. Al problema planteado de si debe ser preferido a Maevio o el tercero, contesta el jurista certeramente ¹⁷¹ que el tercero debe de tener la preferencia frente a Maevio. El fundamento de la decisión hay que verlo en que Ticio fué pagado con el dinero del tercero ¹⁷².

En el fragmento inmediatamente anterior, en cambio, vemos cómo se conviene *simpliciter* sobre la segunda hipoteca y cómo el segundo acreedor tiene acción contra cualquier poseedor excepto contra el primer acreedor y el que de éste compra.

La contraposición entre ambos textos es de importancia, en cuanto que nos ayuda a ver el cambio operado entre los dos estadios de evolución de la segunda hipoteca que hemos descrito. En el párrafo octavo vemos condicionado el derecho del segundo acreedor a la extinción del derecho del primero, pero para ello ha sido necesario conyenirlo expresamente. He aquí una

¹⁷⁰. RABEL, 164.

¹⁷¹. La solución del jurista evita los inconvenientes que puede tener un sistema de rango elástico.

¹⁷². DERNBURG, II, 495.

diferencia muy importante que explica tanto que no pueda ser equiparado este caso a los que hemos descrito al hablar del origen de la segunda hipoteca, como se emplee en el texto la palabra *condicio*. Por lo demás ofrece el caso un ejemplo de sucesión hipotecaria que hemos de volver a examinar ¹⁷³.

§ 6. Ya hemos dicho que la evolución de la segunda hipoteca se orienta en el sentido de ir concediendo cada vez más derechos al segundo acreedor en tanto en cuanto los derechos del primero no sufran con ello menoscabo. Ahora bien, un derecho que el segundo acreedor no llegó a tener nunca en Roma fué el *ius distrahendi* ¹⁷⁴. En 1897 se podía aún escribir una tesis doctoral con el título *Hat der nachstehende Pfandgläubiger das Recht des Verkaufs der Pfandsache?* ¹⁷⁵. Hoy día la pregunta no tendría ningún sentido, pues no hay ni un solo autor que afirme que el segundo acreedor tuvo el *ius distrahendi* ¹⁷⁶. «Hubiera sido posible, dice Schulz ¹⁷⁷, otorgar al segundo acreedor el derecho de vender la cosa (naturalmente, gravada con la primera hipoteca), pero los juristas romanos no tuvieron en cuenta tal posibilidad». En este punto las fuentes son muy claras y no dejan lugar a dudas. Algunos textos del Digesto y del Codex tratan del problema:

D. 20, 5, 1 (Pap. 26 Quaes.): Creditor qui praedia pignori accepit et post alium creditorem, qui pignorum conventionem ad bona debitoris contulit, ipse quoque simile pactum honorum [ob alium aut eundem contractum] interposuit, ante secundum creditorem dimissum nullo iure cetera bona [titulo pignoris] vendidit, sed ob eam rem in personam actio contra eum creditori, qui pignora sua requirit, non competit nec utilis danda est: nec furti [rerum mobilium gratia] recte convenietur, quia propriam causam ordinis errore ductus persecutus videtur, prae-

173. Infra 159 y sigs. y supra 29 y sigs.

174. Entendemos por *ius distrahendi* la facultad de vender la cosa hipotecada *con efectos reales*.

175. Aún en la época en que MANIGK escribió su tesis podía considerarse opinión de BOPP (cit. MANIGK: Ob. cit., págs. 6, 11, 11, 14 y sigs., 29, 39 y sigs.), según la que el segundo acreedor hipotecario tuvo en Roma el *ius distrahendi* como totalmente aislada.

176. Compárese: KUNKEL, 160; SCHULZ, 403; WEIS, 256; KASER, 383; RABEL, 164.

177. SCHULZ, 423.

sertim cum alter creditor furto possessionem, quae non fuit apud eum, non amiserit. ad exhibendum quoque frustra litem excipiet, quia neque possidet neque dolo fecit, ut desineret possidere. sequitur, ut secundus creditor possessores interpellare debeat.

C. 8, 17, 8 (Diocletianus, 293): Diversis temporibus eadem re duobus iure pignoris obligata eum, qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorum haberi certi ac manifesti iuris est, nec alias secundum distrahendi potestatem huius pignoris consequi, nisi superiori creditori debita fuerit soluta quantitas. a. 293.

D. 20, 5, 5 (Marcian. Ad form. hyp.): Cum secundus creditor oblata priori pecunia in locum eius succederit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit.

D. 20, 4, 12, 9 (Marcian. Ad form. hyp.): Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta in aliud pignus priori succedat, succedendum eum Papinianus libro undecimo responsorum scripsit. et [omnino] secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat.

El caso planteado en el primero de estos textos es el siguiente: Un deudor hipoteca unos predios, después a otro acreedor todo su patrimonio y, finalmente, al primero, por segunda vez, su patrimonio. El acreedor a quien primero se hipotecó vende, no sólo los predios que le fueron hipotecados en primer lugar, sino también, llevado por un error sobre el rango, otros. Se plantea el problema de la acción que al segundo compete. Niega el jurista que proceda cualquiera de estas acciones: una *actio in personam*, la *actio furti* o la *actio ad exhibendum*. Respecto a la *actio in personam* porque no se puede otorgar al acreedor que pide las cosas hipotecadas; respecto a la *actio furti* porque existió un error sobre el rango y porque, además, el otro acreedor no perdió la posesión que nunca tuvo, por un hurto; y respecto a la *actio ad exhibendum* porque ni poseyó ni dejó de poseer dolosamente. Por todo ello, concluye Papiniano, que el segundo acreedor debe dirigirse contra los poseedores. Para nuestro objeto interesan tan sólo las palabras *ante secundum creditorem dimissum nullo iure cetera bona titulo pignoris vendidit*, donde se ve claramente que el segundo no tiene el *ius distrahendi*. La misma idea se encuentra expresada en la lex 8 del Codex; el

segundo no tiene más remedio que satisfacer al primero si quiere vender ¹⁷⁸.

En D. 20, 5, 5, se encuentra expresado lo mismo que en la lex 1 eod., sólo que de modo distinto: en la lex 1 se dice que el segundo, antes de la satisfacción del primero *nullo iure vendidit* y en la lex 5, en cambio, que tras haber satisfecho al primero, el segundo *venditionem recte facit*.

D. 20, 4, 12, 9, plantea el problema de su autenticidad, sobre todo la frase final, que es precisamente la que nos interesa ¹⁷⁹. Se trata de un tercer acreedor que permite que se vendan algunas cosas que le están hipotecadas para que con ese dinero se satisfaga al primer acreedor y ocupar él su lugar. Papiniano dice que este acreedor debe de suceder y Marciano añade que el segundo no tiene otro derecho más que pagar al primer acreedor y ocupar su lugar. La palabra *omnino*, probablemente post-clásica, da una generalidad a la frase de Marciano que la hace caer en la inexactitud. ¿Cómo podría decir Marciano en términos tan generales, que el segundo no tiene más que el *ius offerendi*? Esto está, evidentemente, en contradicción con lo dicho en eod. pr. Manigk ¹⁸⁰ dice que nuestro texto excluye que el segundo acreedor tenga, antes de pagar cualquier derecho que no sea el derecho de suceder. El derecho a la hiperoja se torna eficaz, sigue Manigk, tan sólo desde el momento en que la cosa ha sido liberada del primer acreedor ¹⁸¹. Y en cuanto a la acción hipotecaria sólo le sirve el segundo para adquirir una posesión de la que puede ser privado por el primero por tener una *actio* hipotecaria más fuerte. Pero en realidad este argumento no nos sirve. El que el segundo acreedor tenga una acción hipotecaria que puede ser vencida por la del primero no quiere decir que no tenga ningún derecho sino tan sólo que el derecho del primero es más fuerte.

De todos modos, está fuera de dudas que en Roma el segundo acreedor no tuvo el *ius distrahendi* ¹⁸². Consecuencia de

178. Vid. MANIGK: Op. cit., págs. 3 y sigs.

179. Compárese *Index* a. h. 1.

180. MANIGK: Op. cit., pág. 10.

181. Compárese lo dicho supra, págs. 54 y sigs.

ello es que si vende no lo hace *iure pignoris*. Su venta no produce, por tanto, efectos reales y, además, responde frente al comprador de evicción ya que tanto el propietario con la acción reivindicatoria como el acreedor hipotecario con la hipoteca pueden privar a este de la cosa vendida.

§ 7. Analizadas las formas concretas en que cristaliza la autonomía de la voluntad, corresponde ahora examinar los límites objetivos a que se sujeta.

De sobra conocida es la censura que se hace al Derecho hipotecario romano, tanto clásico como justiniano, por su falta de publicidad¹⁸². Por otra parte hay que destacar que los presupuestos económicos en que se basaba el Derecho romano eran muy distintos de los de hoy día¹⁸⁴, por lo que no se llegó a alcanzar, en este punto, más que un escaso desarrollo. La censura, no obstante, alcanza más al Derecho justiniano que al Derecho clásico por la inseguridad que en el tráfico jurídico van introduciendo, en la época postclásica, el número cada vez más creciente de hipotecas generales, legales y tácitas¹⁸⁵. En la época que estudiamos la situación es mucho mejor. De lo contrario, no se comprendería cómo se pudo vivir hasta la constitución del emperador León del año 469¹⁸⁶.

Al ver los surrogados de la publicidad hay que examinar, en primer lugar, las fórmulas de que se sirvió la práctica comercial¹⁸⁷. Frecuente era que el hipotecante declarara, si se trataba de una primera hipoteca, que la cosa no estaba obligada a ningún otro. Así en el D. 20, 1, 34, leemos: οἶδας γὰρ ἀκριβῶς ὅτι καὶ ἡ ταβέρνα καὶ οἱ δούλοι μου οὐδενὶ κατέχονται ἢ σοί, donde el acreedor hipotecario sabe que la cosa no está hipotecada a ningún otro por el hipotecante, por la declaración que éste hace, como se comprende claramente del párrafo siguiente: καὶ ὡς εὐσχήμονι

182. Una excepción de este principio en favor del fisco puede encontrarse en D. 49, 14, 22, 1.

183. SCHULZ, 404; RABEL, 139; RABEL: Seminar., 1 (1943), pág. 47; KASER, 383.

184. PERNICE: SZ, 19 (1898), págs. 120 y sigs.; SCHULZ, 404.

185. KUNKEL, 159.

186. MANIGK: RE, 20, pág. 1278.

187. MANIGK: Loc. cit.

ἀνθρώπων ἐπίστευσας. En D. 20, 6, 9, 1, encontramos también la siguiente declaración: *fundum nulli alii esse obligatum*. En el caso de que la cosa estuviera ya hipotecada a otro, el hipotecante lo hacía notar así. En D. 20, 1, 15, 2, declara el hipotecante que: *rem alii nulli obligatam esse quam forte Lucio Titio*. Los textos aquí citados pertenecen, como se ve, a épocas distintas; Gayo, Escévola y Modestino. La práctica comercial se sirvió de estas fórmulas durante mucho tiempo¹⁸⁸ y fueron siempre frecuentes desde la aparición de la segunda hipoteca¹⁸⁹.

Ahora bien: ¿Cuál era la consecuencia de la falsedad de tales declaraciones? ¿Qué acciones tenía el acreedor hipotecario en este caso?

La falsedad de la declaración, el hipotecar una cosa ya hipotecada anteriormente es, ciertamente, un caso que puede darse también perfectamente antes de la aparición de la segunda hipoteca. Pero cuando estos casos se hacen más frecuentes es, naturalmente, cuando existe la posibilidad de hipotecar una cosa sucesivamente a varios acreedores. Por ello, incluso de antemano, parece plausible que, en un principio estos casos no fueran tipificados en un delito, sino que estuvieran comprendidos en la acción de dolo. Quien, a sabiendas, hipoteca una cosa ya hipotecada como libre, quebranta la *bona fides*, por ello puede ser perseguido con la acción de dolo. Este parece ser el peligro a que se refiere Gayo en D. 20, 1, 15, 2¹⁹⁰.

Esta acción se tipifica posteriormente cuando los casos se van haciendo más frecuentes, apareciendo, entonces, la figura del estelionato. Difícil es determinar, según las fuentes, cuándo se verificó este cambio. Casi seguro podemos decir que en la época de los Antoninos el que maliciosamente hipotecaba una cosa que ya estaba gravada con otra hipoteca, respondía con

188. RABEL, 164.

189. Respecto a la fiducia, vid. la llamada tablilla de Popea, línea 3 (*Corpus inscriptionum latinarum*, IV, 3340 CLV; ARANGIO: *Negotia*, 292). Entre los documentos del Egipto romano es muy interesante el papiro B. G. U., III, 741 línea 36 y sigs, donde leemos: *παρέχεσθαι δὲ αὐτὸν τὴν [ὑπ]οθήκην καθαρὰν καὶ ἀνέπαφον καὶ ἀνεπιδά/νειστον. ἀλλ[λ]οῦ δαν[είου] καὶ πάσ[η]ς ὀφειλ[ῆ]ς καὶ / μεδένα αὐτῆς ἐμποιοῦμενον τρόπ[ῳ] μη[δ]εν[ί]*

190. Sobre este texto, supra, § 4.

la acción de dolo. Esta parece ser la opinión dominante ¹⁹¹. Es completamente posible, escribe Schwartz ¹⁹², que, en un principio, en *res aliena* y *res alii obligata* se haya visto casos de la *actio de dolo*. Las primeras consideraciones de la hipoteca de cosa ya hipotecada como libre, como estelionato, las encontramos en la época de los Severos ¹⁹³.

Al lado de la acción de dolo aparece en las fuentes la acción contraria. Como la acción de dolo era de carácter subsidiario, aplicándose tan sólo en defecto de otra acción, no se plantean aquí problemas de concurrencia. El problema es de si la acción de dolo y acción contraria tienen distintos campos de aplicación en el Derecho clásico. Textos fundamentales a este respecto son ¹⁹⁴:

D. 13, 7, 16, 1 (Paul. 28 Ed.): *Contrariam pigneraticiam a creditori actionem competere certum est: proinde si rem alienam vel alii pigneratam, vel in publicum obligatam dedit tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat. sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, ut Marcellus libro sexto digestorum scribit. sed si sciens creditor accipiat vel alienum vel obligatum vel morbosum, contrarium ei non competit.*

D. 13, 7, 36, 1 (Ulp. 11 Ed.): *Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque vel si quis alii obligatam mihi obligavit nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. plane si ea res ampla est et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debet cesare non solum stellionatus crimen, sed etiam pigneraticiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.*

Respecto al último de estos textos la crítica ha reconocido unánimemente la falsificación desde *plane*. Es posible, como cree Heldrich ¹⁹⁵, que el texto hablara en esta segunda parte

191. SCHWARTZ: SZ, 71 (1954), pág. 140, con bibliografía.

192. SCHWARTZ: Loc. cit.

193. Vid. D. 47, 20.

194. Vid. también D. 46, 1, 54 (Paul. 3 Quas.).

195. HELDRICH: *Das Verschulden beim Vertragsabschluss in klassischen römischen Recht und in der spätere Rechtsentwicklung* (1924), pág. 33.

de la *actio de dolo*. Curioso es notar, como hace, por ejemplo, D'Ors¹⁹⁶, que aquí la acción contraria no haya sustituido a la acción de dolo sino que se haya añadido a ella. En cuanto a la frase *eodem crimine plectetur*, si bien existen indicios formales contra su autenticidad¹⁹⁷, es posible, no obstante, que se trate solamente de una forma utilizada por los mismos compiladores de soldar el texto con lo dicho anteriormente, porque no hay indicios de fondo para rechazar la idea que ahí está encerrada¹⁹⁸. El caso que trata el fragmento no es, por otra parte, una segunda hipoteca propiamente porque el segundo a quien se hipoteca desconoce que hay otro a quien también está hipotecada la cosa¹⁹⁹.

En cuanto al primero de estos textos poco nos pueden ayudar los corchetes. Por eso, afirma D'Ors²⁰⁰ que se trata de un texto totalmente interpolado. Voltetra²⁰¹ y Schwarz²⁰², en cambio, defienden la autenticidad del mismo. Todo esto va ligado a las concepciones que estos autores tienen respecto al campo de aplicación de la acción contraria en el caso del *pignus*. Estos dos últimos autores creen que en el derecho clásico la acción contraria se utilizaba en el caso de que el pignorante actuara de buena fe. En este supuesto, naturalmente, no tendría aplicación la acción de dolo. Con mejor criterio afirma D'Ors la necesidad del dolo para la legitimación pasiva en la acción contraria y como consecuencia su interpolación por los compiladores. Si los compiladores procuraron sustituir la acción del dolo por la acción contraria a favor del acreedor pignoraticio en el supuesto del *crimen stellionatus*, escribe D'Ors²⁰³, ello

196. D'ORS: SDHI, 19 (1953), 190.

197. Referente a *crimen plecti*. GUARNERI CITATI: *Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione* (1927), pág. 24.

198. Compárese lo dicho por SCHWARTZ: *Ob. cit.*, 143, respecto a D. 13, 7, 16, 1.

199. En este sentido, SCHWARTZ: SZ, 71, pág. 139.

200. D'ORS: Op. 19, 2.

201. VOLTERRA, 36.

202. SCHWARTZ: Op. cit., 144.

203. D'ORS: *Loc. cit.*; 192.

se debe a que la responsabilidad del pignorante se consideraba como contractual y, por tanto, regida por los principios generales del sistema de culpa contractual.

CAPÍTULO II

FIJACION DEL RANGO

A) Según normas generales.

§ 8. Dada la estructura de la hipoteca de rango inferior, que hemos explicado, se comprende fácilmente que se estableciera el orden entre acreedores hipotecarios siguiendo un criterio de prioridad. La hipoteca posterior nace condicionada a la extinción de la anterior, de modo que ahí ya va implícito el principio *prior tempore potior iure* ²⁰⁴. Luego, cuando la segunda hipoteca, tal como hemos expuesto ²⁰⁵, deja de estar condicionada a la extinción de la primera y se convierte en un derecho actual, el principio juega un papel más importante ²⁰⁶.

De relevancia es la fijación del momento que se toma en consideración para la determinación de la prioridad. Advertamos, por lo pronto, que en este punto de poco nos va a servir la crítica de interpolaciones. Las pocas modificaciones que se encuentran en los textos pueden reconducirse a glosas sin importancia, y responden, por tanto, más a la casualidad y al deseo de explicar los textos que al de alterarlos en una determinada dirección. Bastaría consultar el Índice de interpolaciones, respecto a los textos citados en esta sección, para darnos cuenta de la veracidad de esta afirmación. La explicación del fenómeno es bien sencilla: no se alteraron los textos porque no hubo necesidad. La necesidad de interpolar se produce allí donde el progreso histórico hace que los textos no sólo no sirvan a las necesidades que van surgiendo, sino que estén en contradicción

²⁰⁴. Sobre el principio *prior tempore potior iure*, REGELSBERGER; WINSCHIED-KIPP, I, págs. 1129 y sigs.; BISCARDI, 49 y sigs.

²⁰⁵. Supra 86.

²⁰⁶. Sobre este punto, BISCARDI, 49 y sigs.

con la vida misma ²⁰⁷. El que recibamos poca ayuda de la crítica interpolacionística tiene la grata contrapartida de que podemos utilizar, aunque siempre con precauciones, la literatura jurídica alemana del siglo XIX, en mayor medida que hasta ahora. La labor de armonización, llevada a cabo por los pandectistas nos va a ser de gran utilidad, en tanto en cuanto sepamos separarnos de lo que tengan sus construcciones de artificiosas y acercarnos a la mentalidad romana.

La opinión dominante ²⁰⁸ consideraba que la prioridad se fijaba en el momento en que nacía el derecho de hipoteca. Para que naciera el derecho de hipoteca se exigía que concurrieran los siguientes tres elementos: crédito, objeto y un fundamento que diera origen al derecho de hipoteca, fuera éste legal, judicial o contractual ²⁰⁹.

Contra esta opinión se dirigió Regelsberger ²¹⁰. Comienza este autor señalando, acertadamente, el olvido frecuente en que se incurre cuando no se tiene en cuenta que el Derecho hipotecario romano surge configurado por tres factores: el Derecho honorario, la actividad de los juristas y la autonomía de la voluntad ²¹¹. La jurisprudencia romana no partió en este punto de un concepto apriorístico, sino del contenido de la fórmula hipotecaria ²¹². Según Marciano ²¹³ la excepción que el acreedor hipotecario anterior tenía contra el posterior decía así: *si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata* ²¹⁴. Es decir, se habla de una constitución de hipoteca anterior, no de un derecho de hipoteca anterior.

Hasta aquí nos parece acertada la crítica de Regelsberger a la opinión dominante. A partir de aquí ²¹⁵, desenvuelve un sis-

207. Compárese con lo dicho por KASER: SZ, 74 (1957), pág. 155.

208. Vid. los autores citados por REGELSDERGER, 12, nota a), como excepciones.

209. PUCHTS: *Pandekten* (1852), págs. 307 y sigs.

210. REGELSDERGER: *Das Altervortrag der Pfandrechte*.

211. REGELSDERGER, 10.

212. REGELSDERGER, 10.

213. D. 20, 4, 12, pr.

214. REGELSDERGER, 10.

215. REGELSDERGER, 14 y sigs.

tema tan artificioso que difícilmente puede haber pertenecido a los juristas romanos ²¹⁶.

Es muy interesante hacer un examen de las fuentes con el fin de tratar de penetrar en el pensamiento genuinamente romano.

El derecho de hipoteca significa la sujeción de unos bienes determinados al cumplimiento de una obligación. Con las expresiones *obligatio rei*, *obligare rem* y otras semejantes ²¹⁷ quiere decirse esto precisamente. Por tanto, el momento decisivo, el momento que se toma en cuenta para la determinación de la prioridad es el momento de constitución de la hipoteca y se considera que la hipoteca se constituye precisamente cuando unos bienes del deudor quedan afectos al cumplimiento de la obligación, esto es, cuando ya están en una situación tal que la voluntad de éste ya no puede desvincularlos. Por tanto, *obligatio rei* y constitución de la hipoteca se identifican ²¹⁸

D. 20, 4, 9, pr (Afr. 8 Quaes.): Qui balneum ex calendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur: idem ante calendas Iulias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem locatorem praetor tueri deberet, respondit deberet; licet enim eo tempore homo pignori datus est quo nondum quicquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potioem eius causam habendam.

D. 20, 4, 11, pr (Gaius. de form. hyp.): Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit: poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.

D. 20, 3, 4 (Paul. 5 Resp.): Titius cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavil ei et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit: deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam: quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur. respondit, cum in potestate

216. DERNBURG, I, 521.

217. Vid. BACHOFEN: *Das römische Pfandrecht*, I (1847), 226.

218. Contra, REGELSBERGER, 14.

fuerit debitoris post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit.

D. 20, 4, 1, pr (Pap. 8 Quaes.): Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit: subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit: mox residuae quantitatis numeratio impleta est: quaerebatur de pignore, cum ex eausa promisionis ad universae quantitatis exsolutionum qui dotem promisit compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis, nec probe dici in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur.

En el fr. 9, pr. de Africano el deudor había tomado en arriendo un balneario a partir del primero de julio constituyendo hipoteca sobre un esclavo hasta que se pagara el canon arrendaticio. Luego volvió a hipotecar el esclavo a otro acreedor. El jurisconsulto, Juliano indudablemente, concede la prioridad al primer acreedor, dando como fundamento el que la cosa estaba ya sujeta de tal forma que sin la voluntad del acreedor no se podría ya librar de esta sujeción.

El mismo razonamiento lo encontramos en D. 20, 4, 1, pr. El promitente de una dote en favor de la mujer se había hecho constituir una hipoteca para asegurarse de que la dote le había de ser restituída. Después tuvo lugar la entrega de parte de la dote y el marido antes que se verificara la entrega del resto volvió a hipotecar la cosa a otro. Otra vez se plantea la cuestión de la prioridad y vuelve a aparecer el mismo razonamiento: el marido se obligó a entregar en total, por tanto, hay que atender no al tiempo en que se verificó la *solutio* sino al tiempo en que se contrajo la obligación, sin que quepa argumentar en contra que el promitente pudo muy bien no entregar el resto del dinero. Aquí es importante el tener en cuenta que nos hallamos ante una *dotis promissio* que tiene el valor de una verdadera constitución de la dote ²¹⁹.

En la lex II, pr., concede Gayo la prioridad al primero que

219. KUNKEL, 225.

acreditó y recibió hipoteca frente al que convino antes que le quedara la cosa obligada si recibía dinero el deudor. El fundamento es otra vez el mismo: aunque hubiera convenido antes el deudor, pudo siempre, si quería, no recibir el dinero.

Otro tanto sucede con el fr. 4, de Paulo. Ticio tenía intención de recibir dinero en mutuo de Mevio, convino con aquél y determinó dar ciertas cosas en hipoteca ²²⁰. Luego vendió el deudor alguna de esas cosas. Se plantea aquí el problema de si las cosas vendidas estarán hipotecadas al acreedor. El jurista responde en sentido negativo, alegando que el deudor pudo muy bien no recibir el dinero. ¿Qué clase de vinculación existiría si el deudor pudiera, a su antojo, liberarse de ella? ¿Qué pasaría en el caso de que el mutuuario no quisiera recibir el dinero? El jurista nos ofrece también una interpretación del momento en que ha de considerarse concluida la *conventio pignoris*, a saber: en el momento de la entrega del dinero. De ahí que haya que atender a las cosas que el deudor tuvo *in bonis* en ese momento. En un principio pudiera parecernos extraña la solución dada por el jurista, pero reflexionando un poco vemos cómo el mutuante no puede, en modo alguno, obligar al mutuuario a aceptar el dinero, y siendo así se considera que la *pignoris conventio* tiene lugar al hacerse la entrega del dinero. Regelsberger ²²¹ pretendió deducir de este texto que *pignoris obligatio* y constitución de la hipoteca no son la misma cosa. Pero esto reposa sobre un evidente error, ya que, precisamente, lo que hace Paulo es fijar el momento en que la *conventio* tiene lugar. En realidad, todos estos textos parten del concepto de afección de la cosa. El momento decisivo para la determinación de prioridad es el momento en que la cosa queda sujeta al cumpli-

220. Evidentemente, la *cautio* de que habla nuestro texto nada tiene que ver con la llamada *cautio stipulatoria* (sobre ésta, D'ORS: *Atti Verona*, 3, págs 281 y sigs.). *Cavere* indica aquí la entrega del recibo hecha por el deudor al acreedor antes de recibir el dinero (en este sentido, VIR, I, 647, pág. 28, y LEVY: SZ, 70 (1953), pág. 223, n. 31). De lo contrario, no tendría sentido la solución dada por el jurista: con la estipulación habría surgido ya una verdadera obligación y con ella una hipoteca.

221. REGELSBERGER, 14.

miento de la obligación. Y en todas estas decisiones queda bien claro que ese momento se da tan pronto como no depende de la voluntad del deudor, esto es, de un acto del mismo, el que la cosa esté afecta o no al cumplimiento de la obligación.

Quedan todavía por tratar dos problemas importantes. Uno de ellos es el de la obligación condicional. Otro el de la determinación de la prioridad en el caso de que la cosa no esté aún *in bonis* del hipotecante.

Respecto a la condición, contra la regla general, se admitió, en este punto, en el Derecho clásico, la retroactividad²²². Por eso, el rango data del momento de la constitución de la hipoteca y no del momento de entrada en la condición.

Los textos son claros en este punto:

D. 20, 4, 9, 1 (Afr. 8 Quaes.): *Amplius etiam sub condicione creditoꝝ tuendum. putabat adversus eum, qui postea quicquam deberi coeperit, si modo non ea condicio sit, quae invito debitore impleri non possit.*

D. 20, 4, 11, 1 (Gaius. de form. hyp.): *Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta hypoteca data sit, qua pendente alius credidit pure et accepit eandem hypotecam, tunc deinde prioris stipulationis existat condicio, ut potior sit, qui postea credidisset. sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quae stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. quod et melius est.*

La frase *cum enim facta esset* que afirma energicamente la retroactividad de la condición, ha sido considerada interpolada por Vasalli²²³, a nuestro juicio sin suficientes razones. Kunkel²²⁴ y Kaser²²⁵, en cambio, afirman su clasicidad.

Respecto a las hipotecas que han sido constituídas en épocas distintas, sobre cosa ajena, se plantea el problema de si datan del momento en que se constituyeron, y, por tanto, tienen distinto rango; o, por el contrario, datan del momento en que estuvo la cosa *in bonis* del deudor, es decir, poseyendo entonces el mismo rango. Nosotros hemos tomado ya posición frente a

222. KUNKEL, 85, n. 11; KASER, 22, 1, n. 15.

223. VASALLI: *Bull.*, 27 (1914), pág. 232, n. 2.

224. KUNKEL, 225.

225. KASER, 286.

este problema al tratar del texto de Juliano-Africano D. 20, 4, 9, 3. Aquí veíamos cómo la hipoteca de Ticio y la hipoteca de Mevio tenían distinto rango. Databan, por tanto, de la época de su constitución ²²⁶. En cambio, si se trataba de una convención sobre los bienes futuros, se considera que la hipoteca data del momento en que pasan a encontrarse *in bonis* del deudor. En este sentido hay que explicar D. 20, 4, 7, 1 ²²⁷ y D. 49, 14, 28 ²²⁸.

B) *Determinación del rango según normas especiales.* Estudiaremos bajo este apartado tan sólo el privilegio del fisco y el privilegio de la *versio in rem*.

§ 9. Un privilegio hipotecario del que hemos de tratar, porque ordinariamente viene referido por la doctrina al Derecho clásico, es el privilegio del fisco ²²⁹. Nosotros, por el contrario, creemos que el fisco no rompe el principio de prioridad que acabamos de estudiar.

En Roma se perfila claramente la distinción entre *aerarium* y *fiscus* ²³⁰. En tanto que el *aerarium* es propiedad del *Populus Romanus*, el *fiscus* pertenece al *princeps* ²³¹. Por eso, el *aerarium* está fuera del ámbito del derecho privado ²³² y el fisco se rige según las normas de éste. A pesar de estar sometido a las normas del derecho privado, disfruta el fisco de algunos privilegios en su trato con los particulares, que es imposible explicar, exclusivamente, desde el punto de vista de éste ²³³.

²²⁶. Sobre el problema, KOSCHAKER, 234 y sigs.; contra, CARCATER, en *Annali della facoltà di giurisprudenza dell'Università de Bari*, N. S., 3 (1940), págs. 147, 157, 163; trabajo este último que no nos fué accesible.

²²⁷. *Infra*, 148.

²²⁸. *Infra*, 137.

²²⁹. Bibliografía: DERNBURG, I, 33, 4 y sigs.; KNIEP, 215 y sigs.; MITTEIS, 370 y sigs.; WIEACKER, 238 y sigs.

²³⁰. Vid. sobre este punto la bibliografía citada por KUNKEL, pág. 74, n. 3.

²³¹. MOMMSEN: *Römisches Staatsrecht*, nueva impresión (1952) pág. 1102; MITTEIS, 347.

²³². Vid. PERNICE: *Labes*, I, (1873), pág. 163; MOMMSEN: *Op. cit.*, I, pág. 169.

²³³. BOLLA, 79.

Para garantizar sus créditos utiliza el fisco los medios ordinarios: fianza e hipoteca²³⁴. Además se ofrecen a nuestra consideración dos instituciones: La hipoteca legal del fisco y el privilegio hipotecario del mismo.

Tradicionalmente viene considerándose que el fisco escapa al principio *prior tempore potior iure*. Se suelen estudiar conjuntamente hipoteca legal y privilegio del fisco, adscribiendo ambas instituciones a la época clásica. En realidad, la confusión proviene de la diversidad de las noticias que encontramos en las fuentes. Diversidad que procede ya de la época clásica y que se acentúa en la época justiniana con las reformas que en éste punto introducen los compiladores²³⁵. Se encuentra en las fuentes tanto una hipoteca legal como hipotecas contractuales. Esta dualidad se explica porque, como el fisco es sujeto de derecho privado, el uso que hace de sus privilegios es discrecional²³⁶ y la diversidad de las situaciones y la propia diversidad local debía de dar lugar a que unas veces se aplicara el privilegio y otras no. Todo esto nos lleva a explicar lo que nosotros entendemos por privilegio del fisco. En virtud de este privilegio goza el fisco, en la época clásica, de una equiparación a los acreedores hipotecarios. No se trata de una verdadera hipoteca.

Lo decisivo es aquí la afección de los bienes al fisco «como si le hubieran sido hipotecados». Luego, con el tiempo, se va abriendo paso la idea de que existe aquí también una auténtica hipoteca, dando lugar a la confusión cuando se habla, por una parte, de hipoteca legal, y, por otra parte, de privilegio. Si es cierto lo que afirmamos, se impone la consecuencia de que el fisco entra, en la época clásica, en la jerarquía hipotecaria, como un acreedor hipotecario más. Por tanto, está sometido al principio *prior tempore potior iure*; como, por otra parte, el fisco, según lo que venimos diciendo, se hace constituir hipoteca contractual cuando no disfruta de su privi-

234. Sobre los fiadores, Gayo, 3, 125; también D. 46, 1, 68, 1 D. 39, 4, 16, 12.

235. En general se muestra una tendencia de los compiladores dirigida a transformar los simples privilegios concursales en hipotecas tácitas y privilegiadas.

236. WIEACKER, 252.

legio, es lógico el pensar que tampoco en este caso rompe el principio de prioridad. Las diferencias entre ambos casos, derivadas de que en uno usa el fisco de privilegio y en otro no, serían tan sólo constitución o no de la hipoteca y como consecuencia el que en un caso se determinaría la prioridad por la fecha de constitución de la hipoteca y en el otro por la de la *relatio inter debitores fisci* ²³⁷.

La doctrina dominante ²³⁸ sitúa el origen de la hipoteca legal del fisco en la época de los Severos. Kniep ²³⁹ adoptó una postura radical afirmando que la hipoteca legal surge después del siglo IV. No obstante, su intento de querer ver en las fuentes un simple *privilegium exigendi* es poco afortunado por no explicar cómo es posible, en tal caso, una agresión contra tercero ²⁴⁰.

Corresponde a Wieacker ²⁴¹ el mérito de haber expuesto acertadamente esta materia, explicando agudamente las fuentes. Siguiendo en este punto a Kniep, niega la existencia de una verdadera hipoteca legal del fisco en la época clásica, pero en vez de sustituirla por un *privilegium exigendi* identifica *ius pignoris* con la *πρωτοπραξία* ²⁴². Ello le lleva a una revisión de la época en que aparece el *ius pignoris* del fisco, y partiendo del fr. de iur. fisc. 5, y del Edicto de Tiberio Alejandro para Egipto del año 68, concluye que ya en los comienzos del principado se encuentra el *ius pignoris*. Muy importante es el destacar, como lo hace muy bien Wieacker ²⁴³, que cuando las fuentes dicen que los bienes están sujetos al fisco *velut pignoris iure*, el punto de referencia que se toma para establecer la comparación es el concepto de afección.

Corresponde ahora hacer un análisis de las fuentes. Los textos pueden dividirse, para su exposición, tal como lo hace

237. Contra, MITTEIS, 372.

238. DERNEBURG, I, 334; MITTEIS, 370; BOLLA, 82; KUNKEI, 159. Contra, KNIEP, 215.

239. KNIEP, 215.

240. WIEACKER, 239.

241. WIEACKER, 238 y sigs.

242. WIEACKER: Loc. cit.

243. WIEACKER, 239 y 240.

Mitteis ²⁴⁴ en a) textos interpolados, b), textos en los que se encuentra una protopraxia y c) textos en los que hay una hipoteca contractual.

a) D. 2, 14, 10 (Ulp. 4 ed.): Rescriptum autem divi Marci sic loquitur, quasi omnes creditore debeant convenire. quid ergo si quidam absentes sint? num exemplum presentium absentes sequi debeant? sed an et privilegiariis absentibus haec pactio noceat, eleganter tractatur: si modo valet pactio et contra absentes, et repeto ante formam a divo Marco datam divum Pium rescripsisse fiscum [quoque in his casibus, in quibus hypothecas], et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt.

Aquí se plantea el problema de si la transacción hecha por los acreedores presentes ha de perjudicar también a los ausentes, contraponiendo el jurista los acreedores hipotecarios a los demás ²⁴⁵. Ya Gradenwitz ²⁴⁶ había sospechado la interpolación de la frase *in his casibus in quibus hypothecas non habet*. Kniep ²⁴⁷ advierte que dada la contraposición entre acreedores hipotecarios y acreedores privilegiados—entre los que se cuenta el fisco—no hubiera podido escribir Ulpiano del modo como lo hace, si hubiera creído que el fisco estaba provisto generalmente de una hipoteca legal.

C. 8, 14 (15), 2 (Imp. Antoninus): Certum est eius qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari [quamvis specialiter id non exprimitur]. a. 214.

La interpolación de las palabras *quamvis-exprimitur* ha sido reconocida casi unánimemente ²⁴⁸. Bastaría destacar la estrecha conexión en que está con la rúbrica del título. Por otra parte, resultaría incomprensible la constitución de Severo y Ca-

244. MITTEIS, 373, n. 68.

245. Vid. KNIEP, 218.

246. GRADENWITZ: *Interpolationen inden Pandekten* (1887), 20, 89.

247. KNIEP, 2, 18.

248. Compárese *Index a. h.* 1; contra la interpolación, BOLLA, 83; vid. también WIEACKER, 241.

racala del año 209, contenida en el C. 7, 8, 2, donde se lee *qui (sc. servus) pignori non est ex conventione speciali, sed tantum privilegio fisci obligatus*. Por lo demás es de interés el texto por la expresión que emplea (*veluti pignoris titulo*) para designar la afección de los bienes, por marcar una fina distinción con una verdadera hipoteca ²⁴⁹.

D. 49, 14, 46, 3 (Hermog. 6 iuris epit.). *Fiscus semper habet ius pignoris*.

La crítica ha señalado la palabra *semper* que da al texto una generalidad inexacta, como espuria. Por lo demás nada tiene de extraño el empleo de la expresión *ius pignoris* que se encuentra en otros textos clásicos.

b) Otro grupo de textos hay que explicarlos desde el punto de vista de una protopraxia sin que en ellos se encuentre tampoco, propiamente, una hipoteca ^{249 bis}.

D. 40, 1, 10 (Paul. 2 imp. sent.): *Aelianus debitor fiscalis Eumeriam ancillam ante annos multos emerat hac lege, ut manumitteret, eamque manumiserat: procurator cum bona debitoris non sufficientia quaereret, etiam Eumeriae status quaestionem faciabat. placuit non esse iure fiscali locum, quae omnia bona debitorum iure pignoris tenerentur, quae ex lege empta est et, si non manumitteretur, ex constitutione divi Marci ad libertatem perveniret.*

Eliano, deudor del fisco, había comprado, hacía ya algunos años, la esclava Eumeria, con la cláusula de que había de manumitirla, y así lo hizo. El procurador imperial plantea el problema de si la esclava es verdaderamente libre o, por el contrario, está sujeta al fisco *pignoris iure*. El jurisconsulto responde que el fisco no tiene ningún derecho, porque la esclava ha sido comprada con una cláusula tal, que, en virtud de una constitución de Marco Aurelio, hubiera alcanzado de todos modos la libertad.

²⁴⁹. WIBACKER, 241.

^{249 bis}. Entendemos aquí la *πρωτοπραξία*, no en el sentido de un *privilegium exigendi*, sino como un verdadero derecho real. Sobre este punto, acertadamente, MITTEIS, 371 y sigs.

Kniep²⁵⁰ afirma que podemos tachar tranquilamente las palabras *quo-tenerentur* sin que el texto sufra con ello. Con razón protesta Schulz²⁵¹ enérgicamente contra esta apreciación. No hay aquí, en efecto, ninguna razón para tal supresión²⁵² Mitteis²⁵³ y Wieacker²⁵⁴ han visto en este texto una aplicación de la protopraxia del fisco. Realmente sería muy difícil de explicar desde el punto de vista de un *privilegium exigendi* porque el privilegio del fisco comprende no sólo manumisiones fraudulentas sino también toda clase manumisiones²⁵⁵

D. 46, 1, 68, 1 (Paul. 3 Dec.): Pro Aurelio Romulo conductore vectigalis centum/ annua Petronius Thallus et alii fideiusserant: bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat et conveniebat fideiussores tam in sortem quam in usuras: qui deprecabantur lecta subscriptione fideiussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem, decrevit fideiussores in usuras non teneri, sed quidquid ex bonis fuisset redactum, prius in usuras cedere, reliquiam in sortem, et ita in id quod defuisset fideiussores conveniendos exemplo pignorum a creditore distractorum.

En favor de un arrendatario del fisco salieron fiadores Petronio Talo y otros por cien al año²⁵⁶. El fisco ocupó los bienes del deudor *ut sibi obligata* y demandó a los fiadores exigiéndose también intereses. Como éstos no se habían obligado por el total, decreta el jurista que los fiadores no están obligados por los intereses y que lo que se saque de los bienes del deudor se imputara primero a los intereses y luego al capital y lo que faltare se exigirá de los fiadores.

250. KNIEP, 220.

251. SCHULZ: SZ, 48 (1928), pág. 280.

252. WIEACKER, 245.

253. MITTEIS, 373, n. 68.

254. WIEACKER, 245.

255. Como nota muy bien WIEACKER, no se trata aquí de una aplicación de la prohibición de manumisiones fraudulentas, sino del efecto real del pacto *ut manumittatur* que sitúa la expectativa de manumisión en un tiempo anterior al nacimiento de la deuda del Fisco.

256. Vid. DERNBURG-SOKOLOWSKI: *System des römischen Rechts* (1912), II, pág. 712, n. 1 y 2.

Interesante es la consideración de que los bienes estén afectos al fisco, no por convención expresa sino como si le hubieran sido hipotecados. Mitteis²⁵⁷ funda la agresión del fisco en un derecho de embargo en el sentido de una protopraxia.

C. 7, 73, 4 (Antoninus, 215): Si debitor, cuius fundum fuisse et ipse confiteris, prius eum distraxit, quam fisco aliquid debui, inquietandum te non esse procurator meus cognoscet, nam etsi postea debitor extitit, non ideo te tamen ea, quae de dominio eius excesserunt, pignoris iure fisco potuerunt obligari.

Como se ve el procurador imperial no puede molestar al que compró de uno que no era aún deudor del fisco. Otra vez nos encontramos con un empleo del privilegio del fisco que permite un ataque a tercero.

C. 7, 73, 6 (Gordianus, 240): Cum patrem tuum fisci debitorem fuisse demonstrares eumque nubenti tibi possessionem dedisse adleges, procuratorem ius fisci exequentem eam iure pignoris revocare potuisse intellegis.

El padre, deudor del fisco, había transmitido a su hijo al casarse éste la posesión de una cosa. El emperador determina que puede el fisco revocar la cosa, *iure pignoris*.

Como se ve, en ninguna de estas decisiones aparece que el privilegio del fisco tenga una preferencia que no esté basada en una prioridad.

c) Queda ahora por examinar un grupo de textos, en los que el fisco tiene una hipoteca contractual, y fijar con ello que, tampoco en estos casos supone el privilegio del fisco una excepción al principio *prior tempore potior iure*.

D. 20, 4, 21, pr (Scaev. 27 digest.): Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua quae habebat quaeque habiturus esset: postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit: et intulit Seiae partem debiti et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit, quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in:

²⁵⁷. MITTEIS, 373, n. 68.

illis rebus, quas Tilius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur, respondit nihil proponi, cur non sit praeferenda.

Ticio había hipotecado a Seia sus bienes presentes y futuros y posteriormente al fisco todos sus bienes. Luego tuvo lugar el pago de parte de la deuda y, novada por la parte restante la obligación, se volvió a constituir hipoteca sobre las mismas cosas. A la cuestión de la preferencia responde el jurisconsulto que no hay razón para que no sea preferida Seia frente al fisco, tanto en las cosas que Ticio tenía al tiempo de constituirse su hipoteca como en las que éste adquirió después ²⁵⁸.

Distinta es, en cambio, la solución dada por Papiniano.

D. 49, 14, 28 (Ulp. 2 disp.): Si qui mihi obligaverat quae habet habiturusque esset cum fisco contraxerit, sciendum est in re postea adquisita fiscum potioem esse debere Papinianum respondisse: quod et constitutum est, praevenit enim causam pignoris fiscus.

Aquí se concede la preferencia al fisco sobre los bienes que el deudor adquirió con posterioridad. Kniep ²⁵⁹ afirmó que aquí no había una hipoteca del fisco, basándose en la frase final, *praevenit enim causam pignoris fiscus*, donde se contrapone el fisco a la *causa pignoris*. Pero es muy posible que esta frase no sea ni tan siquiera clásica sino que se trate, simplemente, de una glosa. Wieacker ²⁶⁰ explica el texto pensando en que la *προτοπραξία* en favor del fisco comprende el patrimonio adquirido aún antes de que la hipoteca privada se extienda sobre él, de tal modo, que esta hipoteca nace ya con otro gravamen anterior. Por otra parte, corresponde a la concepción romana la idea de que la hipoteca general se considera, para cada objeto, como constituida de nuevo desde el momento de su adquisición. La hipoteca general se extiende a cada objeto adquirido en el momento de su adquisición ²⁶¹.

258. Vid. infra, 171.

259. KNIIEP, 217.

260. WIEACKER, 247.

261. WIEACKER, 247.

Es éste uno de los pocos textos en que se hubiera podido apoyar la idea de que la hipoteca contractual del fisco goza de una preferencia frente a hipotecas privadas anteriores. Pero explicándolo tal como hemos hecho, siguiendo a Wieacker, queda también claro.

Por lo demás, en algunos textos del Codex se pone también de manifiesto que la hipoteca del fisco está sometida al principio *prior tempore potior iure*.

Así en C. 7, 73, 2, se basa la preferencia del fisco en el principio de prioridad y en C. 7, 73, 74, se reconoce que no están afectas al fisco, *iure pignoris*, las cosas que habían salido del patrimonio del deudor antes de contratar con aquél.

Por todas estas razones hemos de concluir con Wieacker²⁶² que la máxima de que a la hipoteca general del fisco corresponde una preferencia frente a hipotecas anteriores, no es demostrable según las fuentes.

§ 10. En virtud del privilegio de la *versio in rem*²⁶³, la hipoteca del acreedor posterior adquiere una primacía de rango sobre la del anterior en el caso de que se hubiese adelantado dinero para adquirir la cosa hipotecada o para conservarla. La expresión *versio in rem*, referida a este privilegio, es extraña a la nomenclatura jurídica romana y viene empleándose, al parecer desde Schweppe²⁶⁴, habiendo tenido general aceptación, por designar abreviadamente y de modo satisfactorio, fundamento y carácter del privilegio²⁶⁵.

Aquí trataremos separadamente el caso en que un acreedor hipotecario posterior adelanta dinero que es empleado en la conservación de la cosa.

a) La creación del privilegio en favor del que adelantó dinero para la adquisición de la cosa se debe a Diocleciano:

C. 8, 17, 7 (Diocletianus, 293): *Licet isdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cuius pecunia praedium comparatum probatur,*

262. WIEACKER, 248.

263. Sobre esto, DERNBURG, II, 427 y sigs.; PRINGSHEIS, 151 y sigs.

264. Cit. DERNBURG, II, 247.

265. DERNBURG, II, 427.

quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri iuris auctoritate declaratur.

Ya Pringsheim²⁶⁶ había destacado que la forma de concepción de este privilegio habla en favor de que ha sido dado aquí por vez primera y de que antes no existía.

Examinemos los textos que parecen estar en contradicción con nuestra tesis.

D. 20, 4, 21, 1 (Scaev. 27 Digest.): *Negotiatori marmorum creditur sub pignore lapidum, quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperant: idem debitor conductor horreorum Caesaris fuit, ob quorum pensiones aliquot annis non solutas procurator exactioni praepositus ad lapidum venditionem officium suum extendit: quaesitum est, an iure pignoris eos creditor retinere possit. respondit secundum ea quae proponerentur posse.*

Uno acreditó dinero a un negociante en mármoles bajo hipoteca de unos bloques de piedra, y con el dinero recibido pagó a los vendedores. El negociante había sido también arrendatario de unos horreos imperiales, y al no pagar las pensiones de unos años, el procurador imperial trató de vender los bloques de piedra para cobrarse con cargo al importe de la venta de los mismos. Se plantea la cuestión de la preferencia y responde Escévola que el acreedor puede retener los bloques de piedra *iure pignoris*. Si el fisco hubiera tenido un derecho de hipoteca sobre la cosa, como su deuda era más antigua, la preferencia del acreedor hipotecario sólo podría apoyarse en nuestro privilegio²⁶⁷. Pero, en realidad, en nuestro texto no se dice una palabra de que los bloques de piedra estuvieran hipotecados al fisco, y en una hipoteca tácita del fisco no hay ni siquiera que pensar, según hemos visto²⁶⁸

266. PRINGSHEIM, 153. No obstante, este autor no es consecuente. Respecto a D. 20, 4, 7, 1, no señala la interpolación y respecto a D. 20, 4, 3, 1, se remite, pág. 135, n. 5, a EISELE: SZ, 10 (1889), 313, quien, no obstante, sólo sospecha la interpolación desde *verum in ea quantitate*.

267. En este sentido, por ejemplo, SINTENIS: *Handbuch des gemeinen Pfandrechts* (1836), pág. 624.

268. *Supra*, § 9.

D. 20, 4, 3, 1 (Pap. 11 Resp.): Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit: post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit. prioris causam esse potiore apparuit [si non creditor secundus praedium ei qui negotium gesserat solvisset: verum in ea quantitate quam solvisset eiusque usuris potiore fore constaret, nisi forte prior ei pecuniam offerat: quod si debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praefendum].

Aquí se trata de un mandante, Ticio, que hipoteca un predio que le es debido por su mandatario, antes de que tenga lugar la tradición y después de la misma, a otro acreedor distinto. Papiniano concede la preferencia al que le fué hipotecada primeramente la cosa. El resto del fragmento contiene una porción de glosas que evidentemente no proceden de los compiladores. La primera de estas glosas contiene una aplicación del privilegio de la *versio in rem* pero inexacta. Aquí tiene lugar la tradición antes de la constitución de la hipoteca del segundo y; por tanto, no hay un nexo de causalidad entre el dinero que entrega el segundo y la eficacia del derecho de hipoteca del primero ²⁶⁹. De otra parte, como advierte Koschaker ²⁷⁰, en la primera parte del texto el predio es debido *ex mandato*, en tanto que en la segunda se aprecia que ha sido comprado por el mandatario por cuenta del mandante, con lo cual se introduce un elemento nuevo no mencionado en el supuesto del hecho. Por lo demás, nos ofrece el texto un magnífico ejemplo de cómo se han ido superponiendo cuatro glosas distintas. El primer glosador piensa en una *versio in rem* y trata de extender la solución de Papiniano en este sentido. El segundo vuelve a repetir lo mismo, pero piensa ya en las *usurae*. El tercero hace una reflexión sobre el *ius offerendi* del primero al segundo, y finalmente, el último generaliza más, y pensando en el supuesto en que el deudor reciba el dinero de otra fuente, concede la preferencia al primero. Como se ve, queda aquí de manifiesto un esfuerzo inútil de intentar prever todos los casos posibles.

²⁶⁹. Véase DERNBURG, II, 430, sobre el requisito del nexo causal.

²⁷⁰. KOSCHAKER: *Iura*, 4 (1953), pág. 56, n. 151.

Algunos textos conceden al pupilo una hipoteca tácita o un privilegio sobre la cosa que con su dinero compró el tutor.

D. 20, 4, 7 pr (Ulp. 3 Disp.): Idemque est, si ex nummis pupilli fuerit res comparata. quare si duorum pupillorum nummis fuerit res comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in praetium rei fuerint expensae. quod si res non in totum ex nummis cuiusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, id est, et antiquioris et eius cuius nummis comparata est.

D. 27, 9, 3, pr. (35 Ed.): Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus isque pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem possit habere is, cuius pecunia sit emptus? et magis est, ut salvum sit ius pignoris secundum constitutionem imperatoris nostri, et divi patris eius ei pupillo, cuius pecunia comparatus est fundus.

C. 7, 8, 6 (Alexander, 222): Si tutor tuus de pecunia tua servos emptos manumisit, quoniam huiusmodi servi sicut ceterae res pupillaribus pecunis emptae iure pignoris ex constitutione divorum parentum meorum obligati sunt favore pupillorum liberi facti non sunt.

Los dos últimos textos se refieren a la misma constitución de Severo y Caracala. Como esta constitución no ha llegado hasta nosotros, pensó Pringsheim²⁷¹ en que quizá no se encuentra aquí un pensamiento genuinamente romano. Pero la referencia de ambos textos a la constitución es tan clara que no parece que se pueda dudar que existió una constitución de Severo y Caracala concediendo una hipoteca tácita en favor del pupilo²⁷². En cambio, en D. 20, 4, 7, pr. la hipoteca legal va paralela al privilegio, por eso no se menciona la constitución de la hipoteca. Aquí los compiladores extendieron el privilegio de la *versio in rem* al pupilo, colocando sencillamente el texto de Ulpiano detrás de otros del mismo jurista que se referían al privilegio²⁷³.

En cambio, no se encuentra ninguna alusión a la *versio in rem* en D. 20, 4, 7, 1.

²⁷¹. PRINGSHEIM, 154.

²⁷². Es posible que esta constitución se refiera a un simple *privilegium exigendi*.

²⁷³. Compárese PRINGSHEIM, 153.

(Ulp. 3 Disp.): Si tibi quae habiturus sum obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in pignore: [non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pigneratis empta non sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat.]

El deudor había hipotecado a un acreedor todos los bienes futuros y a otro un fundo en el supuesto de que adquiriera la propiedad del mismo, lo que efectivamente sucede. El jurista cita la opinión de Marcelo afirmando que concurren ambos acreedores con su derecho de hipoteca ²⁷⁴. Hasta aquí es clásico el fragmento. Sigue luego una glosa tan absurda que causa asombro el que en tan pocas palabras puedan encerrarse tantos desatinos. Intentaremos atisbar simplemente lo que el glosador quiso decir porque es difícil formarse una idea clara de lo que ahí se dice. El curso del pensamiento del glosador parece haber sido el siguiente: aun poniéndonos en el caso extremo de que el deudor hubiera adelantado el dinero, no por ello queda desvirtuada la decisión del jurista; porque aunque pueda parecer, que, como la cosa ha sido comprada con el dinero hipotecado, debe de gozar el primero de la preferencia. (*puesto que la cosa queda ahora hipotecada igual que lo estuvo el dinero*), no obstante hay que tener en cuenta que la cosa ²⁷⁵ también fué hipotecada *specialiter* al segundo. Beseler ²⁷⁶ destacó certeramente que del supuesto de hecho no se desprende no sólo que el deudor hubiera pagado, él mismo y con su propio dinero, antes o después de la adquisición, sino ni siquiera que hubiera adquirido precisamente por compra. Por otra parte, se desconoce en el razonamiento que sólo podría hablarse de una hipoteca del dinero (lo cual es, de todos modos absurdo) en el caso de que el deudor lo hubiera adquirido después de la constitución de la primera hipoteca. Por otro lado, se encuentra aquí una aplicación bien extraña del principio de subroga-

²⁷⁴. Sobre el problema, KOSCHAKER, 238 y sigs.

²⁷⁵. Incluso en este pequeño detalle se ha extendido la generalización del glosador, KOSCHAKER, 238.

²⁷⁶. BESELER, 4 211.

ción real: la idea de la sujeción hipotecaria del precio en lugar de la cosa le parece a Beseler tan absurda como para no merecer ni tan siquiera refutación²⁷⁷. El texto nos da, por lo demás, idea clara del abismo que se abre después de la época clásica. Aparece aquí un glosador preocupado por si la decisión que el clásico da para un caso concreto, puede ser aplicada a todos los casos imaginables. Para convencerse pone el supuesto más extremo que se se ocurre, quedando satisfecho al ver que así sucede. Ello explica la introducción de tantos elementos nuevos que no aparecen en el supuesto de hecho. Por lo demás, la glosa no puede ofrecer la menor duda de que no trata de una aplicación del privilegio de la *versio in rem*.

Con todo ello creemos haber demostrado que el privilegio del que adelantó dinero para la adquisición de la cosa no es clásico.

b) Distinto es el caso que aparece en las fuentes en que un acreedor hipotecario posterior adelanta dinero que es empleado para la conservación de la cosa.

Aparece aquí como un postulado de equidad el conceder la preferencia al que adelantó el dinero²⁷⁸.

Se encuentra por primera vez nuestro privilegio en Ulpiano que lo da por supuesto. De todos modos, es difícil, como dice Dernburg²⁷⁹, que sea anterior a la época de los Severos.

D. 20, 4, 5 (Ulp. 3 Disp.): Interdum posterior potior est priori, ut puta, si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel reficiendam ego credidero.

Eod. 6. (idem. 75 Ed.): huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam quod poterit quis admittere et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat. item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvae fiant vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit: nam et ipsum naulum potentius est. tantundem dicetur, etsi merces horreorum vel areae vel vecturae iumentorum debetur: nam et hic potentior erit.

277. BESELER, 4, 211.

278. DERNBURG, II, 427.

279. DERNBURG, II, 427.

Ulpiano refiere el privilegio a un acreedor hipotecario inferior en rango. De no tratarse de un acreedor hipotecario sería necesaria la constitución de una hipoteca para que el privilegio pudiera tener aplicación. Además se necesita un nexo causal, y así lo exige el primero de estos textos, entre el dinero adelantado y el empleo de que él se hace. También se exige que se acredite con una intención determinada.

En el fr. 6 expone Ulpiano la razón del privilegio, diciendo que gracias a él se salvó la causa de la prenda. Finalmente, cita algunos ejemplos cuya clasicidad no estaría completamente asegurada ²⁸⁰.

CAPÍTULO III

MODIFICACIONES DEL RANGO HIPOTECARIO

A) *Sucesión hipotecaria.*

§ II. Bajo el nombre de sucesión hipotecaria suelen englobarse una porción de casos, que se encuentran en las fuentes que, no obstante su radical diversidad, tienen como característica común la subrogación en los derechos de un acreedor hipotecario, sin que su consentimiento sea necesario ²⁸¹.

Estos casos son: 1. Subrogación de un tercero en los derechos de un acreedor hipotecario. 2. *Ius offerendi*. 3. Novación de un crédito con constitución de una nueva hipoteca. 4. Compra de la cosa hipotecada con la cláusula de que con el precio de venta será satisfecho el primer acreedor ²⁸².

En todos estos casos se extingue la hipoteca precedente ocupando su lugar otra nueva.

Hasta Dernburg se había creído que en la sucesión hipotecaria se transmitía la hipoteca del acreedor anterior al que sucedía. Corresponde a este autor el mérito de haber hecho una crí-

²⁸⁰. Vid. *Index ad h. l.*

²⁸¹. DERNBURG, II, 491. En los tratados de Pandectas suele estudiarse el problema bajo el epígrafe «Adquisición de un derecho de hipoteca».

²⁸². DERNBURG, II, 490; WINSCHIED-KIPP, I, 1973.

tica de la opinión dominante exponiendo, claramente, la verdadera naturaleza del problema. Dernburg comienza explicando el concepto de sucesión originaria y sucesión derivativa. Si bien es cierto que la sucesión corriente consiste en que un derecho ajeno se separe de su anterior titular y se transmita a su sucesor, no lo es, en cambio, el pensar únicamente en tales casos, cuando se habla de sucesión²⁸³. Frecuentemente se da el supuesto de que se constituya un derecho en la persona del sucesor desde un principio y originariamente, pero como consecuencia de su naturaleza interna, después de la extinción del derecho anterior ocupe una posición totalmente idéntica a éste²⁸⁴. Pasando a la sucesión hipotecaria enseña Dernburg que son posibles dos formas de concebir esta relación: o bien se considera que el derecho del acreedor hipotecario anterior se separa de la persona del mismo y pasa a su sucesor, o se puede pensar también que el propio derecho del sucesor mejora, después de la desaparición de su precesor y ocupa la posición jurídica que éste tenía²⁸⁵. Contra la primera forma de considerar la relación se dirige Dernburg, defendiendo la segunda. He aquí sus argumentos: 1) Si se defiende la idea de que se transmite el derecho al sucesor en la sucesión hipotecaria, aparece la anomalía, difícil de explicar, de que sucede sin que sea necesario el consentimiento del titular anterior del derecho. 2) Por otra parte, hay que admitir, en algunos casos, que el derecho de hipoteca se separa del crédito, para cuya seguridad fué constituido, vinculándose a otro nuevo. 3) Y, finalmente, no se puede conservar un concepto unitario de sucesión hipotecaria puesto que en el *ius offerendi* pasaría un derecho de crédito ajeno con su hipoteca al sucesor, mientras que en otros casos se separaría la hipoteca anterior de su crédito originario para vincularse a otro nuevo²⁸⁶. Por todas estas razones cree Dernburg que la sucesión hipotecaria es la transmisión del rango y posición de un derecho de hipoteca que se extingue a un derecho de

283. DERNBURG, II, 491.

284. DERNBURG, II, 491.

285. DERNBURG, II, 493.

286. DERNBURG, II, 494.

hipoteca posterior ²⁸⁷. La doctrina de Dernburg, meritoria por su acercamiento a las concepciones jurídicas romanas fué seguida, en líneas generales, por Fritz Schulz ²⁸⁸

La doctrina moderna ha avanzado mucho en la determinación del concepto romano de sucesión desde las fundamentales investigaciones de Longo ²⁸⁹ y de Bonfante ²⁹⁰. No obstante, el problema de la sucesión hipotecaria no ha sido tratado por los autores más que de pasada ²⁹¹. Los autores modernos están de acuerdo en afirmar la clasicidad de la expresión *successio in locum* aplicada a nuestra relación ²⁹². Ambrosino, considerando la clasicidad de esta expresión, señala que indica un subentrar material de alguno «en el puesto de» o «en vez de» otro ²⁹³. De este modo el que sucede *in locum* no adquiere propiamente uno o más derechos, sino que pasa a ocupar una posición jurídica en la que se resumen estos distintos derechos. Como el rango pertenece también a esa posición jurídica síguese, como consecuencia, que el segundo al ocupar el puesto del primero ocupa con su hipoteca el rango que la hipoteca de aquel tenía. El rango no sería, de este modo, una cualidad interna de la hipoteca, sino que más bien se consideraría que estaba determinado por elementos externos como pudiera ser la existencia de hipotecas anteriores o la de una causa por la que una hipoteca posterior ocuparía una posición más favorable a otra anterior ²⁹⁴. Es muy importante que tengamos en cuenta lo expuesto hasta aquí para poder comprender los casos que a continuación exponemos.

§ 12. El caso más antiguo de sucesión hipotecaria es el contenido en D. 20, 3, 3. Propiamente no se puede hablar en

287. DERNBURG, II, 496.

288. SCHULZ : SZ, 27 (1906), pág. 104.

289. LONGO : Bull., 14 (1902), págs. 127 y sigs., y 15 (1903), págs. 263 y sigs.

290. BONFANTE : Corso di diritto romano, 6 (1930), págs. 4 y sigs.

291. Así, por ejemplo, AMBROSINO, en su fundamental estudio sobre *successio in ius successio in locum-successio*, en SDHI, 11 (1945), pág. 101.

292. Comp. AMBROSINO, pág. 101 ; D'ORS : St. Albertario, 2, págs. 286 y sigs.

293. AMBROSINO : Loc. cit.

294. Véase a este respecto, D. 20, 6, 12, pr. infra.

este supuesto de modificaciones de rango porque lo que hay aquí es una subrogación de un tercero en los derechos de un acreedor hipotecario único ²⁹⁵. A nosotros nos interesa especialmente porque es, como hemos visto, el punto de partida de toda una evolución histórica ²⁹⁶. La extinción de la hipoteca anterior es indiscutible si se piensa que el primer acreedor ha sido satisfecho y, por tanto, al extinguirse su obligación, se extinguen también todos los derechos reales accesorios que ésta llevaba consigo. El que la hipoteca anterior se extinga y no pase a otro acreedor es lógico si se piensa que es absurdo que se separe de su antigua obligación y se vincule a otra nueva ²⁹⁷. Por otra parte, no tendría sentido el exigir la constitución de una segunda hipoteca. En el caso planteado por Pomponio, en D. 13, 7, 2, ²⁹⁸, de uno que adelanta dinero para pagar a un acreedor hipotecario, después que la cosa ha sido ya vendida, y entregada por el deudor, no se comprendería en la solución dada por el jurista el por qué el comprador recibe la cosa libre, verificándose un tránsito de la hipoteca del primero al segundo. Por el contrario, debería aquí haber una subsistencia de la hipoteca y adquirir el comprador la cosa *cum sua causa* ²⁹⁹.

Por todas estas razones, hoy día no puede haber duda de que hay una hipoteca que se extingue y otra que surge, ocupando su lugar. Solamente en una época en que se utilizaba el Derecho romano para hacer construcciones dogmáticas, pudo sostenerse lo contrario.

Ya hemos visto la extraordinaria importancia que este caso reviste en la historia de las sucesivas hipotecas. Ahora conviene tener presente lo dicho anteriormente ³⁰⁰, porque este caso da lugar, tanto a que surja la segunda hipoteca como el *ius offerendi*.

§ 13. Entendemos por *ius offerendi* el derecho que tiene el segundo acreedor hipotecario a satisfacer al primero, ocupan-

295. Supra, § 2.

296. Supra, § 2.

297. DERNBURG, II, 494.

298. Supra, § 2.

299. DERNBURG, II, 499.

300. Supra, § 2.

do de este modo su lugar. Según la línea de desarrollo de la segunda hipoteca que hemos expuesto, el *ius offerendi* surge con ella, por tanto, con Juliano. Partiendo del caso expuesto en el apartado anterior, vemos cómo en el momento en que se reconozca que no es necesario que el primer acreedor sea satisfecho inmediatamente, sino que puede constituirse una hipoteca, con la condición de que el primero sea satisfecho, tendremos que habrá surgido la segunda hipoteca. Ahora bien, el derecho del segundo acreedor nada valdría si no se le concediera el derecho a satisfacer al primero y a ocupar su lugar. En tal caso resulta que si el primero amenaza con vender la cosa ³⁰¹, el segundo tiene siempre la posibilidad de satisfacerle ³⁰², realizando la venta y cobrándose su crédito y lo que al primer acreedor pagó. Por tanto, el *ius offerendi* es en Roma, siempre, un elemento esencial de la segunda hipoteca y surge con ella. Kaser ³⁰³ enuncia la posibilidad de que el *ius offerendi* haya sido introducido por las constituciones imperiales. Cita a este respecto la constitución más antigua contenida en el Codex. C. 8, 17, 1, del año 197. Pero Gayo según D. 20, 4, 11, 4, conoce ya el *ius offerendi* ³⁰⁴ y Africano refiriendo una decisión de Juliano nos dice: *tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus* donde, desde luego, no se distingue si el pago lo hace el deudor o el segundo (D. 20, 4, 9, 3) ³⁰⁵. Queda, pues, claro que Juliano, que es el inventor de la segunda hipoteca, según creemos haber demostrado, lo es también del *ius offerendi*.

Muy importante es la explicación de la naturaleza jurídica del *ius offerendi*. Aquí, desde luego, se pone de manifiesto que no existe una transmisión de la hipoteca del primero al segundo.

301. Es muy posible que el acreedor antes de vender estuviera obligado a avisarlo. *Paul. Sent.* 2, 3, 1: *Creditor si [simpliciter sibi] pignus [depositum] distrahere velit, [ter] ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur.* Corchetes según Levy, 187. Vid. también *Interpretatio, Paul. Sent.*, 2, 13, 3.

302. *Supra*, § 3.

303. KASER, 392, n. 35.

304. *Supra*, § 3.

305. MANIGK: RE, 20, pág. 1280, presupone, erróneamente, que el pago es realizado por el deudor.

Con el pago se extingue la hipoteca del primero³⁰⁶ y la segunda pasa a ocupar el rango de aquélla. De lo contrario no tendría sentido decir que la hipoteca del segundo se confirma con el pago hecho al primero³⁰⁷. Por el contrario, si tenemos en cuenta todo lo dicho a propósito de la condicionalidad de la segunda hipoteca³⁰⁸ estaremos en situación de comprender el pensamiento genuinamente romano. Ya expusimos que la segunda hipoteca estaba condicionada a la extinción de la primera. Con el pago del segundo, al primero se extinguía la hipoteca de éste y la de aquél alcanzaba su amplitud normal. El límite que los juristas romanos pusieron a la segunda hipoteca tenía como finalidad el que no se perjudicara el derecho, anterior, del primero. Ahora bien, una vez extinguida la hipoteca del primero ya no había razón para que la hipoteca del segundo siguiera, aún, comprimida. La extinción de la hipoteca del primero hacía que el segundo gozara ya de acción hipotecaria y *ius distrahendi*. Esto es claro y como consecuencia también lo es el que aquí no pueda hablarse de que pasen estos derechos del primero al segundo. Ahora puede comprenderse, claramente, en qué sentido emplean las fuentes la expresión *confirmare*: con ella quiere simplemente decirse que la hipoteca adquiere toda su extensión. Las fuentes concuerdan con esta interpretación:

Paul. Sent. II, 13, 8: *Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. [sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit.]*

C. 8, 17, 8 (Diocletianus, 293) (309).

C. 8, 19, 3 (Diocletianus, 294): *Quominus creditor, qui ante pignus accepit, distrahat, non offerendo secundus priori debitum interpellare non potest.*

Todas estas consideraciones se refieren al crédito y a la hipoteca del segundo. Ahora bien, ¿cuál es la suerte del dinero pagado al primer acreedor? Las fuentes contestan a esta pre-

306. Sobre este punto, DERNBURG, II, 519.

307. D. 20, 5, 6; D. 48, 13, 12, 12; C. 8, 13, 22; C. 8, 15, 17, 8.

308. Supra, § 3.

309. Supra, § 4.

gunta unitariamente: el segundo al vender puede cobrarse tanto su propio crédito, como lo que pagó al primer acreedor.

D. 49, 15, 12, 12 (Trif. 4 dis.): Si pignori servus datus fuerat ante captivitatem, post dimissum redemptorem in veterem obligationem revertitur, et si creditor obtulerit ei, qui redemit, quanto redemptus est, habet obligationem et in priorem debiti causam et in eam summam qua eum liberavit, [quasi ea obligatione quadam constitutione inducta:] ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa: nisi quod in hoc conversa res est et posterior, quia eum servum, ut apud nos esset, efficit, ab eo, qui tempore prior fuit, ut infirmiore dimittendus est.

D. 20, 4, 12, 6 (Marcian, ad form. hyp.): Sciendum est secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum debitum quam in primi creditoris et in usuras suas et quas primo creditori solvit: sed tamen usurarum, quas creditori primo solvit, usuras non consequetur: non enim negotium alterius gessit, sed magis suum, et ita Papinianus libro tertio responsorum scripsit, et verum est.

D. 20, 5, 5, pr. (Marcian, ad form. hyp.): Cum secundus creditor oblata priori pecunia in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit.

En la lex 12 se trata de un esclavo que ha sido hipotecado antes del cautiverio y luego es rescatado. Se afirma que, satisfecho el *redemptor*, vuelve a la antigua afección, y que si el acreedor ofrece la cantidad por la que el esclavo ha sido rescatado, le quedara afecto el esclavo tanto por lo que su propio crédito importa como por lo que pagó. Sigue luego una comparación que es la que a nosotros interesa directamente: igual sucede con la afección que introduce cierta constitución para el caso de que el segundo pagara al primero para confirmar su hipoteca, solamente que aquí la cosa se desarrolla de otro modo y el acreedor posterior ha de ser satisfecho por el anterior porque hizo que el esclavo saliera de la cautividad. Como se ve, Trifonino admite que, una vez satisfecho el primero, pueda el segundo, al vender, cobrarse tanto su propio crédito como lo que pagó a aquél.

El mismo concepto de afección aparece en la lex 12, 6 de Marciano, y la lex 5 habla de *pecuniam solutam et creditam*.

Schulz piensa que, quizá, esta sujeción de la cosa hipotecada, al segundo por el dinero que pagó haya sido introducida por las constituciones imperiales y que a esto se refiera la *quaedam constitutio* de Trifonino ³¹⁰. Hasta qué punto esta frase sea clásica es una cuestión difícil de determinar. Ahora bien, lo que es cierto es que esa constitución, a lo sumo, vino a consagrar algo que venía ya haciéndose en la práctica, si es que realmente existió. Afirmar lo contrario sería desconocer la función económica del *ius offerendi*. En favor de que fuera una glosa parecería hablar la vaguedad de la expresión *quaedam constitutio*, la palabra *inducta*, que va contra lo que hemos dicho anteriormente y la posición que la frase ocupa en el texto.

Muy importante es también el destacar que el segundo no puede comprar la cosa hipotecada al primero. Se considera que si paga al primero es en virtud de un ejercicio del *ius offerendi*. D. 20, 5, 6 (Modes, 8 reg.):

Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii quam servandi pignoris sui causa intellegitur pecuniam dedisse et ideo offerri ei a debitore potest.

Otro problema que se presenta es el de si el primer acreedor puede también ofrecer al segundo como éste al primero ³¹¹. Según el derecho clásico no, pero en la época postclásica va abriéndose poco a poco paso una tendencia que admite que también el primero pueda ofrecer. La glosa se aprecia, claramente, en D. 20, 4, 3, 1 ³¹² y en las Sent. de Paulo II, 13, 8 ³¹³.

§ 14. Un caso muy interesante para el problema de la *successio in locum* es el de la novación. En el caso de una cosa hipotecada a varios, si el primer acreedor nova la obligación con el deudor, y conviene con éste que la misma cosa le quede hipotecada de nuevo, conserva su rango.

D. 20, 4, 21, pr. ³¹⁴

D. 20, 4, 12, 5, ³¹⁵

310. SCHULZ: SZ, 27 (1906), pág. 108.

311. Vid. DERNBURG, II, 530, con bibliografía.

312. Supra, § 10.

313. Supra, § 13.

314. Supra, § 9.

315. Supra, § 4.

D. 20, 4, 3, pr. (Pap. 11 resp.): Creditor acceptis pignori-
bus, (quae secunda conventione secundus creditor accepit) no-
vacione postea facta pignora prioribus addidit, superioris tem-
poris ordinem manere primo creditori placuit tamquam in suum
locum succedenti.

Dice Wieacker ³¹⁶, respecto a la lex 21, que el jurista elude el problema de si no se habrá extinguido la hipoteca de Seia; pero, en realidad lo que Escévola hace es, dar por supuesto que el acreedor anterior conserva su rango al hacerse la novación. La lex 12, 5 y la lex 3, pr. contienen una misma decisión de Papiano. Aquí la preferencia del mismo se basa en que sucede *in locum*. Nótese que no se dice una palabra de que el acreedor hipotecario haya convenido expresamente con el deudor que se le reserve el rango. El fundamento es, por el contrario, una *successio in locum*. Para los autores que consideren que en la *successio in locum* lo que se transmite es la hipoteca, y no el rango, la decisión del jurisconsulto debe de resultar ininteligible. En efecto, con la novación se extingue la obligación anterior y con ella todos los derechos reales accesorios ³¹⁷. Por eso, es necesaria la constitución de una nueva hipoteca que viene a ocupar el lugar de la anterior y, por tanto, su rango. Fundamento de la decisión del jurista no puede ser otro que la equidad: en efecto, sería injusto que el segundo ocupara con su hipoteca el lugar del primero sin haber hecho nada por lograrlo.

§ 15. El comprador que adquiere una cosa gravada con varias hipotecas y conviene con el deudor que el precio de venta se destinará a satisfacer al primer acreedor hipotecario, sucede en el lugar de éste, es decir, ocupa con su derecho de propiedad la misma posición que tenía el primer acreedor hipotecario ³¹⁸. En este caso no se exige, como es natural, constitución de una hipoteca por el comprador, pues sería absurdo que el comprador tuviera una hipoteca sobre cosa propia ³¹⁹. El comprador no tiene acción hipotecaria ni la necesita para nada, puesto que

316. WIEACKER, 246.

317. D. 13, 7, 11, 1.

318. DERNBURG, II, 514.

319. DERNBURG, II, 517.

puede reivindicar la cosa en virtud de su derecho de propiedad. De modo que aquí se plantea el problema del rango no sólo entre acreedores hipotecarios sino también con el propietario.

Algunos textos tratan de nuestro problema:

D. 20, 4, 17 (Paul. 56 resp.): Eum qui a debitore suo praedium comparavit eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.

D. 20, 5, 3, 1 (Pap. 3 resp.): Si tamen debitor non interveniente creditore pignus vendiderit eiusque praetium priori creditori solverit, emptori poterit offerri quod ad alium creditorem de nummis eius pervenit et usurae medii temporis: nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit an denuo pignori obliget.

C. 8, 18 (19), 3 (Alexander, 224): Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut praetium perveniret ad eosdem priores creditores, in ius eorum successisti et contra eos qui infirmiores illis fuerunt, iusta defensione tueri potest.

En la lex 17 se protege, expresamente, el comprador que convino con el deudor que el precio de venta se destinaría a satisfacer al primer acreedor. Se exige como requisito esencial el que el dinero llegue verdaderamente a manos del primer acreedor. Es de notar que este caso constituye una extensión de los supuestos antes analizados³²⁰, basados en los mismos fundamentos de aquéllos. También del fr. 3. puede deducirse la protección del comprador. Aquí se admite el hecho de que en el caso de que el deudor venda y pague al primero, pueda el segundo³²¹ ofrecer al comprador. Si el derecho del comprador no fuera más fuerte que el del segundo carecería de sentido el ejercicio del *ius offerendi*. Se podría sustituir en el texto *alium* por *priorem* porque de lo contrario no tiene el fragmento sentido. Como a esta palabra precede un error del copista existe la posibilidad de que éste sea otro. El texto de las Basílicas no ofrece lugar a dudas³²². En la lex 3 del Codex contesta el emperador Alejandro Severo a uno que pretende

320. Supra, en este mismo capítulo.

321. Vid. DERNBURG, II, 515.

322. B. 25, 7, 13: εἰ μέντοι ὁ Χρεώστης πωλήσει καὶ τὰς τιμὰς καταβάλῃ τῷ πρώτῳ, καλῶς ὁ δεύτερος προσφέρει τῷ ἀγοραστῇ τὸ ροθὲν ἐκ τῶν τιμῶν τῷ πρώτῳ μετὰ τῶν ἐν μέσῳ τόκων.

haber comprado la posesión de la cosa, dando al deudor dinero con el que son satisfechos los acreedores preferentes. En la respuesta se afirma la *successio in ius*³²³ contra los acreedores que fueron inferiores en rango.

Nada tiene que ver, en cambio, con nuestro caso, contra lo que Dernburg³²⁴ y Winscheid³²⁵ afirman, la frase contenida en D. 20, 3, 3 *quo casu emptoris causa melior efficietur*. Ya hemos visto que este caso trata de la subrogación de un tercero en el puesto de un acreedor hipotecario único. El fundamento de que el derecho del comprador sea más fuerte no es, por otra parte, que su dinero haya llegado al primer acreedor, puesto que en el supuesto de hecho se nos dice precisamente lo contrario; sino mucho más que el segundo no ha constituido hipoteca. Por lo demás, ya hemos visto que en esa frase nos encontramos con una glosa, que tiene por misión extender la solución dada por el jurista a otro supuesto.

Dernburg³²⁶ ha destacado la dificultad con que se encuentran los autores que consideran que en la sucesión hipotecaria hay un tránsito del derecho de hipoteca del primer acreedor a su sucesor. Y cita a Göschen³²⁷. «En este caso concurren una porción de anomalías. De una parte, el comprador sucede en el derecho de hipoteca sin que el crédito pase a él; además puede darse el caso de que no tenga ni siquiera crédito propio. Por otra parte, la sucesión tiene lugar sin que sea necesaria una actividad de parte de quien se sucede. Finalmente el comprador es propietario y acreedor hipotecario al mismo tiempo.» Como se ve, ahí más que una porción de anomalías lo que hay son elementos para una formidable reducción *ad absurdum*.

En definitiva, corresponde también a Dernburg³²⁸, cuyas conclusiones acepta Schulz³²⁹, el mérito de ser el primero que

323. Sobre el término *successio in ius*, D'ORS: *St. Albertario*, 2, págs. 285 y sigs.

324. DERNBURG, II, 517.

325. WINSCHIED-KIPP, 1175, n. 10.

326. DERNBURG, II, 514.

327. GÖSCHEN, cit. DERNBURG, II, 514.

328. DERNBURG, II, 514.

329. SCHULZ: *Loc. cit.*

comprendió que el comprador ocupa con su derecho de propiedad el lugar que el primer acreedor tenía. Por eso, puede decirse que también en este caso nos encontramos ante una *successio in locum*.

b) Otras modificaciones del rango.

§ 16. Un caso de modificación del rango que, no obstante, no da lugar a una *successio in locum* es el de modificación producida por sentencia judicial.

D. 20, 4, 16 (Paul. 3 Quaes.): Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutythianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori: cum Eutythiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat: Turbo apud alium iudicem victus appellaverat: quaerebatur; utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem, an ea remota Turbo tertium excluderet. [plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit: fuerunt igitur qui dicerent hic quoque tertium creditorem potioem esse deberet. mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. pone primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem et exceptione aliove quomodo a tertio superatam: numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatae uti potest? aut contra si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium obtinuerit, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem?] nullo modo, ut opinor. igitur nec tertius creditor successit in eius locum quem exclusit, nec inter alios res iudicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur (330).

Claudio Félix había hipotecado un mismo fundo a tres acreedores distintos: a Eutiquiana, a Turbón y a otro. Vencida Eutiquiana no apeló y, en cambio, Turbón que también había sido vencido, sí. El problema que se plantea es el de si el tercer acreedor debía vencer a Turbón por haber vencido también a Eutiquiana. El jurisconsulto contesta acertadamente que ni el tercer acreedor sucede *in locum* del que venció, ni la cosa juzgada debe de perjudicar o aprovechar a otros que no sean los que intervinieron en el juicio. Con ello nace el llamado *circulus*

inextrincabilis: ¿quién puede aquí ejercitar los derechos inherentes a la prioridad. Dernburg propone como solución más sencilla, un ejercicio del *ius offerendi* del segundo al primero. Como quiera que la sentencia no debé ni de aprovechar ni de perjudicar al segundo, resulta que el primero puede dirigirse siempre contra el segundo, y, por tanto, éste ofrecer y consolidar con ello su derecho. Se podría objetar en favor del tercero, sigue Dernburg, que éste antecede al primero en virtud de una sentencia judicial válida, y que como el segundo sucedió en el lugar del primero, no puede pretender más derecho de los que el acreedor satisfecho tenía. Pero el segundo justificaría su preferencia frente al tercero de este modo: Yo adquirí en el momento en que el deudor me constituyó la segunda hipoteca, con ello, el derecho a consolidar mi hipoteca mediante el pago hecho al primero ocupando su lugar. A mí no se me puede privar de esta facultad por una disposición ulterior entre el primero y el tercero, a través de un proceso en que yo no tomé parte. Por tanto, puedo hacerme con el derecho del primero tal y como era en el momento de la constitución de mi hipoteca³³¹. Hasta aquí Dernburg. Su solución tiene el inconveniente de que desde luego, no se trata de privar al segundo de su *ius offerendi*, sino que, admitiendo que éste puede ofrecer, el problema que se plantea es si ha de ofrecer, al primero o al tercero que lo venció, y que, por tanto, tiene mejor derecho. Como se ve, el caso planteado puede servir para ejercicios dialécticos por lo complicada que se presenta su solución. En realidad, lo que hemos de pensar aquí es que se trata de una situación transitoria a la que una nueva sentencia judicial habrá de poner fin.

§ 17. Otro caso en que tampoco se encuentra una *successio in locum* es la renuncia al rango. La renuncia del primero no fué concebida por los juristas romanos en el sentido de considerar que el primero ocupaba el lugar del segundo y éste el lugar de aquél, sino que se consideró que el obstáculo que la hipoteca del primero suponía para la del segundo había sido removido con la renuncia. Con ello, la hipoteca del segundo

311. DERNBURG, II, 466.

se extendía al no ser ya comprimida por la del primero, pudiendo, por tanto, aquél vender y ejercitar la acción hipotecaria *erga omnes*. Consecuencia de esto es que renunciando el primero en favor del tercero quedara todavía el obstáculo de la hipoteca del segundo.

D. 16, 1, 17, 1 (Afr. 4 Quaes.): Si mulier dixisset sibi rem dotis nomine obligatam et creditor curasset ei pecuniam dotis solvi, qui idem pignus acciperet, et mulieri etiam pecunia credita deberetur: si possessor creditor adversus eam Serviana agentem exciperet si non voluntate eius pignus datum esset, replicationem mulieri senatus consulti non profuturam, [nisi creditor scisset etiam aliam pecuniam ei deberi.]

Muy complicado se presenta aquí el supuesto de hecho, por el modo como está redactado el texto. A simple vista resulta algo extraña la posición que la frase *qui idem pignus acciperet* ocupa en el texto. Mommsen, en la edición del Digesto, lee *quin* en vez de *qui*, pero ello no resuelve nada y nos plantea, además, una contradicción con la segunda parte del fragmento. Por otra parte, y ésta es la objeción principal que a Mommsen se puede hacer, su apreciación va tanto contra la lección de la Florentina como, contra la de las Basílicas. En realidad, bastaría considerar la oración *qui acciperet* como final para que cobrase el texto un sentido claro. En favor de esta interpretación parecería también hablar la versión griega del texto contenido en las Basílicas³³²: *Ἐάν μέλλοντός μου δανείξῃς σοι καὶ λαμβάνειν ἐνέχυρον...* Ayudándonos con esta versión que es más clara que el texto del Digesto, vemos cómo el supuesto de hecho es el siguiente³³³: Uno quería acreditar dinero y recibir una cosa en prenda; surge entonces la mujer afirmando que la cosa le había ya sido hipotecada a ella por la dote, por lo que el acree-

332. B. 26, 7, 48, 1: *Ἐάν μέλλοντός μου δανείξῃς σοι λαμβάνειν ἐνέχυρον, εἴπη γυνή τό πρῶτον περὶ προικὸς αὐτῇ προὔποκείσθαι, ἥτις καὶ ἀπὸ δανείου ἐκεχρεώσεται, καὶ παρακρούσας αὐτὴν πληρωθῆναι τὴν προῖκα, λάβω τό ἐνέχυρον, οὐ καλῶς κινεῖ τὴν Σερβιανὴν κατ' ἐμοῦ, εἰ με ἤδειν καὶ ἄλλα χρήματα αὐτῇ ἐποφείλεσθαι.*

333. Una exposición exacta del supuesto de hecho puede encontrarse en MEDICUS: *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum* (1957), pág. 98.

dor procura que se realice el pago a ésta, con el fin de recibir él la cosa en prenda; y así se hace. Posteriormente, accionando la mujer con la acción Serviana le opone el acreedor la excepción de que la prenda le ha sido dada con el consentimiento de la mujer³³⁴; ésta, a su vez, le opone la réplica del Senado consulto Veleiano, que no prospera. Hasta aquí la solución de Juliano-Africano. Sigue luego una glosa señalada por Vogt³³⁵. Y con razón, por introducir un elemento nuevo en la solución que no aparece en el supuesto de hecho. Medicus³³⁶ ha intentado desmentir esta apreciación de Vogt. La cuestión no está exenta de importancia, pues de ella depende la interpretación que del fragmento se dé. Si se afirma que la frase *nisi-fin* es una glosa, entonces aparece como fundamento de la decisión el que la renuncia de la mujer no constituye intercesión, y de ahí se deduce la inaplicabilidad de la *replicatio Senatus consulti*. Si se defiende, en cambio, la clasicidad de la frase se está afirmando con ello que ahí se encuentra una intercesión. Entonces hay que fundar la decisión del jurisconsulto³³⁷ en una porción de textos que contienen el mismo principio fundamental³³⁸. Para sostener su interpretación tiene Medicus que crear una distinción sin base conceptual y sin apoyo en las fuentes. En D. 16, 1, 8, pr. afirma Juliano que la *pignoris datio* constituye intercesión y, en cambio, la *remissio pignoris*, no. Medicus hace aquí la siguiente distinción: en tanto que la renuncia a la hipoteca no constituye intercesión, si lo es, en cambio, la renuncia del rango. Luego, nos ofrece Medicus una analogía: en tanto que en la cesión del rango retrocede el derecho de hipoteca propio detrás del ajeno, en la constitución de hipoteca, lo que retrocede es la propiedad. Por eso, como la *pignoris datio* constituye una intercesión síguese que también lo es la cesión de rango³³⁹. Consecuente-

334. Vid. el texto de Marciano que a continuación exponemos.

335. VOGT: *Studien zur S. C. Velleianum* (1952), pág. 11, n. 7.

336. MEDICUS: Loc. cit.

337. El estilo indirecto (*profuturam*) hay que referirlo a Juliano.

338. D. 16, 1, 2, 3; D. 16, 1, 4. Vid., además, los textos citados por MEDICUS: O. cit., pág. 55.

339. MEDICUS: Op. cit., pág. 99.

mente, afirma Medicus que en nuestro texto se encuentra una cesión de rango. Esta opinión no podemos seguirla: no podemos, en modo alguno, estar de acuerdo en establecer, de una parte, una sutil distinción y de otra una grosera equiparación. La posibilidad de que nuestro texto trate de una cesión de rango no está totalmente excluida por Vogt³⁴⁰ y habría que basarla en que la mujer no ha tenido la menor intención de renunciar a su derecho de hipoteca. Un texto de Marciano parece confirmar esta apreciación.

D. 20, 4, 12, 4 (Marcian. de form. hyp.): Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate, secundus potior erit: pecunia autem soluta secundo an rursus teneatur tibi, recte quaeritur. erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit, utrum, ut discedatur ab hypotheca in totum, prior concessit creditor alii obligari hypothecam, an ut ordo servetur et prior creditor secundo loco constituatur.

Mommsen suple *invertatur* en vez de *servetur* y esto le hace decir a Beseler³⁴¹: *invertatur* no está en el ámbito del *Vocabularium*. Se encuentra, por concesión graciosa de Mommsen en D. 20, 4, 12, 4. Estimamos infundado el ataque de Beseler. Le hubiera bastado mirar en el *Vocabularium* bajo *vertatur* para encontrar lo que buscaba, pues sabido es que una característica saliente del latín de los juristas clásicos es el empleo del *simplex*³⁴². Más no es ésta la única solución posible: se podría incluso leer en lugar de *et, ita ut* y quedaría todo explicado. Nosotros, desde luego, creemos que el texto tal como aparece en la Florentina no ofrece dificultades insuperables a este respecto: Basta traducir la palabra *ordo* con un artículo indeterminado para que quede clara la naturaleza del problema planteado. De este modo, viene contrapuesto el caso en que hay un solo acreedor al caso en que hay varios, y en que, por tanto, debe de «observarse un orden».

340. VOGT: Loc. cit.

341. BESELER: SZ, 66 (1948), sub *invertere*.

342. Abundantes ejemplos en KALB: *Das Juristenlatein* (1868), págs. 8 y sigs.

El supuesto de hecho que el texto plantea es el siguiente: El primer acreedor había permitido que se hipotecara al segundo ³⁴³. Fundado en este consentimiento concede el jurista la preferencia al segundo. Luego, se plantea el problema de si, una vez satisfecho éste, estará la cosa hipotecada al primero. El jurista contesta acertadamente que es una cuestión de hecho e invoca la voluntad de las partes: lo que hay que determinar es si lo que se pretendió, es que hubiera una mutación de la jerarquía hipotecaria o, por el contrario, que el primero se separara de su hipoteca *in totum*. Beseler ³⁴⁴ afirma que la cuestión que se plantea en la frase *pecunia-tibi* está ya contestada por la palabra *potior*. Pero esto es inexacto: *potior* tiene aquí un sentido general que viene concretado en la segunda parte del fragmento. En cambio, es acertada la crítica que Beseler hace de la palabra *rursus* porque si la hipoteca del primero existe verdaderamente, no ha dejado, en tal caso, de existir en ningún momento. Por eso, creemos que se trata de un glosema.

Muy interesante para comprender la idea que los romanos tuvieron del rango es el siguiente texto de Paulo:

D. 20, 6, 12, pr. (Paul. 5 resp.): Paulus respondit Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, ius suum pignoris remississe videri, non etiam tertium in locum eius successisse, et ideo medii creditores meliorem causam effectam. idem observandum est et si res publica tertio loco crediderit.

La renuncia hecha por el primer acreedor al rango no supone una *successio in locum* del tercero en su lugar. El segundo tiene, por tanto, preferencia. La única justificación posible de la decisión del jurista es la consideración que ya antes apuntamos, removido el obstáculo que la hipoteca del primero suponía, queda aún el obstáculo de la del segundo. Consecuencia inmediata de que no haya una *successio in locum* del tercero en el puesto del primero, había de ser, la no admisión por el

343. Vid. la *exceptio* que se encuentra en el texto citado anteriormente.

344. BESELER: Loc. cit.

Derecho de la permuta de rango. Cómo se pudo llegar, no obstante, en el caso de ser simplemente dos los acreedores hipotecarios al mismo resultado es algo que puede deducirse del texto de Marciano (D. 20, 4, 12, 4), ya examinado ³⁴⁵.

§ 18. CONCLUSIONES

I. El negocio de subrogación en el puesto de un acreedor hipotecario único es el punto de partida de la segunda hipoteca. El enigma de su condicionalidad queda, de este modo, satisfactoriamente resuelto, y existen indicios que nos permiten suponer que el creador de la segunda hipoteca fué Juliano. La cláusula del *superfluum* cobra de este modo un valor accesorio: se trata de lograr también garantía en el caso de que el primer acreedor no sea satisfecho. La concesión de la acción hipotecaria al segundo acreedor lleva, necesariamente, a la concepción de que su derecho de hipoteca no está condicionado a la extinción del derecho del primero. La práctica, no obstante, se sigue sirviendo de las fórmulas antiguas y así coexisten los dos sistemas.

A pesar del avance que supone el otorgar la acción hipotecaria al segundo acreedor, no llega éste nunca a tener el *ius distrahendi*. Subrogado de la publicidad son las declaraciones que hacen los hipotecantes sobre si la cosa está o no gravada. La falsedad de tales declaraciones se persigue, en un principio, con la acción de dolo. Luego queda tipificada esta conducta en la figura del estelionato. La acción contraria es una creación compilatoria.

II. Para la determinación de cual de las hipotecas goza de preferencia se sigue el principio *prior tempore potior iure* y para fijar esta prioridad se toma en cuenta el momento en que la cosa gravada queda afecta al cumplimiento de la obligación. La única excepción que el Derecho clásico conoce al principio de prioridad es el privilegio concedido en favor del que adelantó dinero para la conservación o reparación de la cosa hipotecada.

345. *Supra*, pág. 188.

III. Fundamental en la idea romana de *successio in locum* es que el segundo ocupa con su hipoteca una posición idéntica a la que el anterior tenía. Como la segunda hipoteca encuentra su origen en el caso de subrogación hipotecaria en el puesto de un acreedor único, síguese que el *ius offerendi* nace a la vez que ella. Tanto el caso de la novación como el de la sucesión del comprador constituyen una extensión ulterior del concepto de *successio in locum*, no las modificaciones del rango por sentencia judicial, ni la renuncia al mismo.

JUAN MIQUEL

EL REGIO VICARIATO DE INDIAS EN LAS BULAS DE 1493

Apenas conocida la noticia cierta del descubrimiento colombino, comienzan por parte de Fernando el Católico las negociaciones con Roma para obtener las que fueron "bulas alejandrinas de 1493 referentes a las Indias". Conscientemente, por no requerirlo la índole ni el tema del presente trabajo, dejamos de lado cualquier llamada —ni aún superficial— al problema de su "historia, sentido y valor", como dijera GIMÉNEZ FERNÁNDEZ¹, y vamos a ocuparnos de si en ellas se contiene o no concedido el Vicariato Regio o Delegación Apostólica para las Indias.

Las bulas de 1493 son cinco: la "Inter Caetera" de concesión, la "Inter Caetera" de partición, la "Eximiae devotionis" de comunicación, la "Dudum Siquidem" de ampliación de privilegios, y la "Piis Fidelium" dirigida a Fray Bernal Boil, sobre la primera misión enviada a las Indias². Muchos de los autores que durante los siglos XVI, XVII y XVIII se ocuparon del estudio del Derecho eclesiástico indiano, las consideraron, especialmente a las "Inter", como origen jurídico del Vicariato, a la vez que creían origen del derecho decimal a la "Eximiae" de 1501, y del Patronato a la "Universalis Ecclesiae" de 1508³. La unanimidad sobre tal criterio no es absoluta espacial y temporalmente, pero sí lo suficientemente extendida entre

1. Vid. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M.: *Nuevas consideraciones sobre la historia, sentido y valor de las Bulas alejandrinas de 1493 referentes a las Indias*. Sevilla, 1944.

2. En GARCÍA GALLO, A.: *Las Bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en Africa e Indias*. Madrid, "Anuario de Historia del Derecho Español", vol. XXVII-XXVIII, 1957-58, y en GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M., ob. cit., se ofrecen puestas al día todas las noticias de carácter técnico y bibliográfico sobre estos cinco documentos.

3. Para conocer cómo nació entre los autores de nuestros siglos indianos

los reinados de Felipe II y Carlos IV para que podamos aceptarla como base inicial de nuestra exposición.

Prescindiendo del derecho decimal, cuya no existencia no afectaría en lo esencial al Patronato y al Vicariato, se nos plantea ante los ojos, apenas hemos comenzado a ocuparnos del tema, un curioso problema. El Vicariato, en sí considerado, es un derecho más amplio que el Patronato, como el continente es siempre mayor que el contenido. El Derecho patronal, antiguo y tradicional en la Iglesia, tiene unos límites fijos y sobradamente conocidos en el Derecho canónico; el Vicariato o Delegación, por el contrario, es, como tal Delegación, dependiente de la voluntad del delegante, y puede ser, por tanto, más o menos general y extenso. Pero en el caso de Indias se trata del Vicariato Universal, no sólo sobre "lo económico de las dependencias y cosas eclesiásticas, sino también en lo jurisdiccional y contencioso", de tal modo que la Santa Sede se reserva "sólo la potestad del orden, de que no son capaces los seculares", como afirma una famosa Real Cédula de 14 de julio de 1765⁴.

Siendo esto así, siendo el pretendido Vicariato indiano en tal medida más amplio que el Patronato, aquél se concede primero que éste (hablamos sobre la base de aceptar la tesis oficial de aquellos siglos). A primera vista surge, pues, la lógica dificultad de la inutilidad de la concesión patronal de 1508 y, mucho más, de las reiteradas súplicas de Fernando V a Julio II para que la otorgara. Esta aparente paradoja jugará más adelante su papel. Valga ahora para advertir que, pese a que parecería lógico hacer el examen del Patronato antes que el del Vicariato⁵, nos atenemos al orden histórico, cronológico, de las concesiones, y dedicamos nuestra atención a éste sin preocuparnos de aquél.

la concepción del Regio Vicariato, puede verse a LETURIA, P.: *El origen histórico del Patronato de Indias*. Madrid, "Razón y Fe", enero-marzo 1927, y *El Regio Vicariato de Indias y los comienzos de la Congregación de Propaganda*, Souderabruk, aus den Spanischen Forschungen der Görresgesellschaft / Gesammelte Aufsätze / Band II (Verlag Aschendorff, Münster in Westfalen).

4. Cit. por GÓMEZ ZAMORA, M.: *Regio Patronato Español e Indiano*. Madrid, 1897.

5. En efecto, si, como hemos visto en el apartado anterior, es casi unánime en los autores modernos el considerar al Vicariato como una ampliación abusiva o extensiva con exceso del Patronato, advenida con la prác-

Han sido muchos los autores que durante aquellos siglos defendieron la tesis vicarial, y en GÓMEZ HOYOS pueden encontrarse relacionados los principales⁶. Sería inútil ocuparse de ellos aquí, cuanto más que nuestro problema es de fuentes y no de autores, ya que para establecer el Vicariato como ley no bastaba “la opinión meramente probable de algunos autores que así lo entiendan”⁷.

Esta reveladora frase retrata el arco que la tesis vicarial ha ido describiendo en España durante los tres siglos de la dominación en Indias. Surgida en el primero de ellos, alcanza en el xvii su punto más alto, y manteniéndose durante la primera mitad del xviii, se ve ya subestimada por la Junta Codificadora de Indias establecida por Carlos III⁸; y puesto que el pensamiento predominante en los siglos xvi y xvii ha sido objeto de más particulares estudios, creemos preciso subrayar la postura del xviii, con el fin de completar el arco de la historia antes de ver qué contienen en realidad las bulas, y cuál fué el período doctrinal que mejor acertó a interpretarlas.

JUAN CRISÓSTOMO DE ANSOTEGUI había incluido en su Proyecto de Nuevo Código de Indias⁹ una ley (2.^a del Título 1.^o)¹⁰, tica gubernamental ya mediado el siglo xvi, lo normal sería precisar en primer lugar el derecho (Patronato) y después su derivación o su corruptela (Vicariato).

6. GÓMEZ HOYOS, R.: *Las leyes de Indias y el derecho eclesiástico en la América Española e Islas Filipinas*. Medellín, 1945.

7. Voto de D. Antonio Porlier, representando a la mayoría, en la Junta del 12-VI-1784 para el Nuevo Código. Cfr. A. G. I., Ind. gen., 1653, fol. 333.

8. Esta Junta tenía como misión realizar un nuevo Código de Leyes de Indias, que sustituyera a la ya atrasada Recopilación de Carlos II, y trabajó durante casi todo el reinado de Carlos III —y luego bajo Carlos IV y Fernando VII— en esta tarea, para la cual hubo de revisar las principales materias del derecho eclesiástico de Indias. Puede verse sobre esta Junta lo publicado por MUÑOZ OREJÓN, A.: *El nuevo Código de las Leyes de Indias (Proyectos de Recopilación legislativa posteriores a 1680)*. Madrid, “Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales”, 1929.

9. Juan C. de Ansotegui fué encargado de preparar un anteproyecto de Código sobre el que habría de trabajar luego la Junta carolina. Vid. al efecto lo que publica MANZANO MANZANO, J.: *El nuevo Código de las Leyes de Indias (Proyecto de Juan Crisóstomo de Ansotegui)*. Madrid, “Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales”, ns. 73 y 74, 1936.

10. El texto exacto de su rúbrica no figura en MANZANO: *El Nuevo Código...*, que publica el proyecto de Ansotegui, por corresponder esta ley

en la que explícitamente se declaraba el Vicariato Regio de las Indias¹¹. La oportunidad de conservar o no tal ley es objeto de un detenido estudio por parte de la Junta carolina. Se examina el caso una y otra vez, en las reuniones 6, 171, 202, 203 y 204. Sigamos el razonamiento de la Junta en su reunión 203, del 5-VII-1784: "Se trató, escribe el Secretario PEÑARANDA, de examinar la lei 2, tít. 1.º del Código¹², que en las reuniones 6 y 171 se reservó para este título 6.º del Patronato Real, y en la precedente 202 se difirió por su gravedad el examen a más Señores, y tiene por objeto la regalía de conocer S. M. en las materias espirituales y eclesiásticas en calidad de Vicario o Delegado Apostólico; y aunque después de haberse leído la Bula "Inter Caetera" del Papa Alejandro 6º se tuvo larga conferencia en que cada uno de los Señores manifestó, y fundó su dictamen, conviniendo todos unánimemente en que no debía correr la expresada lei del Código, pero diferenciándose en que los tres Señores Huerta, Bustillo y Porlier opinaron e hicieron acuerdo a la pluralidad, que absolutamente se debía omitir, o suprimir el hacer mención en este cuerpo de leyes¹³ de la dicha delegación y Vicariato Apostólico; porque exerciendolo S. M. efectivamente, que es lo que importa, para nada podía conducir su signada expresión, sino para excitar dudas, gestiones y disputas, como quiera que el Rescripto mencionado de Alexandro 6º no está tan claro que en el se pueda fundar esta prerrogativa sin dexar lugar a la contestación; y pretendiendo en contrario el Señor Tepa que la expresada Regalía como tan excelente se debía hacer constar en esta Recopilación expresamente ya fuese reformando, y adaptando la dicha lei del Código, ya fuese formando otra de nuevo, o ya fuese colocando esta cláusula en alguna otra lei en el lugar que pareciere mas conveniente"¹⁴.

La opinión de la Junta, como de su simple lectura se desprende, es grandemente significativa. El Conde de Tepa, realista al

a la parte perdida del mismo. La conocemos tan sólo por la cita de las actas de la Junta que comentamos.

11. Junta del 5-VII-1784.

12. En el lenguaje de la Junta, la palabra Código se refiere, por lo común, al proyecto de Juan Crisóstomo de Ansotegui.

13. El Nuevo Código de las Leyes de Indias.

14. A. G. I., Ind. gen., 1653, fol. 332-332 v.

viejo estilo, discípulo de Abreu y Rivadeneyra, aboga por el claro y explícito reconocimiento del Vicariato apoyado en las Bulas de 1493. La opinión contraria es mucho más típica de su momento histórico, mucho más rebuscada a la vez que aparentemente razonable: las Bulas alejandrinas no parecen, de forma que no dejen lugar a dudas, y ni siquiera de forma aceptablemente sostenible, conceder el Vicariato, pero el Rey lo ejerce de hecho. Luego dejémosle, al Rey, en el uso de este "derecho", sin airear su dudoso origen. La Junta no lo dice, pero este Vicariato desligado del origen pontifical tiene un nombre específico y propio: Regalía Mayestática o Soberana.

Ciertamente no cabe hablar de buena fe —"exerciéndolo S. M. efectivamente, que es lo que importa, para nada podía conducir su signada expresión, sino para excitar dudas"— en el voto del fiscal Porlier. No cabe hablar de buena fe desde nuestro actual punto de vista. Desde la mentalidad del XVIII, puede realmente darse el pensamiento regalista, el convencimiento del derecho soberano patronal y vicarial, a cuya luz es preferible dejar las cosas como estaban a provocar, con explícitas declaraciones, la protesta de la Santa Sede. Pero obsérvese que releendo con atención el anterior párrafo de la Junta, la Regalía aparece como algo distinto del Vicariato, no en su esencia, sino en su origen, y que, en cambio, por su materia se identifican las dos instituciones; y precisamente es el Conde de Tepa, que vota en contra de esta interpretación —no porque sea enemigo de las regalías, sino porque da además valor al Vicariato nacido de las Bulas—, el vocal de la Junta carolina que propone en diversas ocasiones la "creación" de nuevas regalías.

Cuando en la reunión siguiente, la 204, del 12-VII-1784¹⁵, vuelve a tratarse el asunto, Porlier, representando también a la mayoría, afirma que "para el efecto de establecer lei, que expresamente declare la calidad de Vicario Apostólico a favor de S. M. es preciso reconocer ante todas cosas las Bulas en que así se concede, sin cuyo presupuesto no se puede proceder a semejante declaración". Y lo que de esta inquisición había de resultar ya lo sabemos, ya que es también opinión de la Junta, repetidas veces manifestada y que ya hemos recogido, que "registradas con refle-

15. Id., *id.*, fol. 333.

xión las Bulas en que pretenden fundarlo, no se encuentra tal legacía o Vicariato Apostólico”¹⁶.

Un detalle más, para penetrar en el concepto de la potestad vicaria indiana, tal como se la concebía entre los vocales de la Junta codificadora y en los autores en quienes ellos se inspiran. La Junta, en los párrafos anteriores, no habla de Vicariato solamente, sino de “Vicariato Apóstólico”. Es posible que este adjetivo haga referencia a la concesión pontificia, pero la expresión “Vicario Apostólico” tiene en el Derecho Canónico un significado propio, aplicándose a determinados superiores eclesiásticos de los territorios de misión. La especial configuración misionera de las Indias, territorio indudable de misión organizado en régimen normal de jerarquía —por la coexistencia de poblados indígenas con grandes ciudades totalmente españolas—, y no sometido a la Congregación de Propaganda, una vez que se creó ésta, tal como una zona misional de tipo corriente, impidió la constitución de un gobierno eclesiástico de forma misionera (aparte, claro es, de que el derecho misional estaba entonces apenas desarrollado).

No puede pensarse, pues, en aplicar al Rey el título de Vicario Apostólico con sentido misional; cuanto más que los dos grandes expositores de la tesis vicarial indiana en el XVIII, el Marqués de la Regalía y Rivadeneyra —precedentes inmediatos y causantes también de buena parte del movimiento reformador regalista—, no hablan del Rey Vicario Apostólico, sino del Rey Vicario General de Su Santidad. Oigamos al segundo de ellos: “Son nuestros Reyes —escribe— Delegados de la Sede Apostólica por la Bula de Alejandro VI que comienza: *Inter Caetera*, y como a tales Delegados y Vicarios Generales, les compete el ejercicio de la autoridad, jurisdicción, y gobierno Eclesiástico, y Espiritual en todas las materias tocantes a lo Religioso, y Eclesiástico en algunos Reynos, tanto entre seculares, como Eclesiásticos, y Regulares, con plena y absoluta potestad para disponer a su arbitrio todo lo que les pareciere más conveniente al espiritual gobierno, ampliación, y extensión de la Religión catholica, culto Eclesiástico, conversión de los Infieles, y progresos espirituales de los Fieles, como consta expresamente en la misma Bula: es corriente entre todos nuestros

16. Junta 44, del 20-II-1782, fol. 93 y ss.

Regnícolas¹⁷: supuesto, y assentado inconcusamente en muchas Cédulas, y Leyes citadas por ellos, y de que nosotros haremos mención en algunos lugares de esta obra”¹⁸. Y no deja asimismo de estar presente en este autor el concepto de regalía soberana, ya que, si bien el vicariato arranca de la Bula de 1493, lo considera una facultad “tan propia del Derecho Monárquico de nuestros Reyes en las Indias, que nació en sus Magestades con el mismo dominio de ellas, no solo de un impulso en el zelo santo de la extensión de la Fe, sino de un propio indulto en la citada Bula Alexandrina, que se le concedió”¹⁹.

Estamos aún dentro de la postura que en la Junta representará el Conde de Tepa, pero la puerta se halla abierta para la formulación de la facultad inherente a la Soberanía, “tan propia del Derecho Monárquico de nuestros Reyes”.

Si explícita es la opinión de RIVADENEYRA, más lo es aún la del Marqués de la Regalía, ALVAREZ DE ABREU, el único autor del XVIII en quien aquél se apoya después de citar a los del XVII, SOLÓRZANO y FRASSO; y, además, los extensos párrafos que ABREU dedica a la exposición de la tesis Vicarial tienen otro interés especial: el insistir también en la concepción regalista, todavía en el reinado de Felipe V y antes de que se produjese el movimiento ilustrado del apartamiento de la sujeción a las Bulas. Por otra parte, el razonamiento de ABREU es especialmente original; pues en lugar de solucionar primero el problema de la capacidad de los laicos para ejercer jurisdicción en la Iglesia —presupuesto básico que, al ser respondido negativamente, motiva en varios autores la oposición declarada a la existencia del Vicariato indiano—, procede a la inversa: “la confirmación de todo lo referido en orden a que no repugna el que en un Príncipe temporal recaigan derechos Eclesiásticos y espirituales por merced Apostólica, la podemos tomar de nuestros propios derechos: pues en virtud de especiales concesiones, indultos y privilegios apostólicos, están come-

17. Aquí cita, su nota, a Solórzano, Frasso, y el Marqués de la Regalía, Alvarez de Abreu.

18. RIVADENEYRA, A.: *Manual Compendio de el Regio Patronato Indiano; para su más fácil manejo en las materias conducentes a la práctica*. Madrid, 1755.

19. Lug. cit., pp. 56-57.

tidas y encargadas a nuestros Reyes en las Indias, sin limitación alguna (y nó obstante que un Romano Escritor intentó oscurecerlo)²⁰, todas las veces, y autoridades de su Santidad, y como Delegados de la Silla Apostólica, y sus Vicarios Generales, constituidos por la Bula Alexandrina del año 1493 y sus referentes, que los elevaron y sublimaron a esta autoridad, exercen la Eclesiástica y espiritual gobernación de aquellos Reynos, así entre Seculares, como entre Regulares, con plenaria potestad para disponer todo aquello que les pareciere más conforme y seguro en el éspiritual gobierno, en orden a conferir, ampliar, establecer, y promover la Religión Católica, y el aumento éspiritual de los fieles, y conversión de los infieles, que habitan en ellos”²¹.

“Con tal seguridad se procede por su Magestad en la práctica y uso de la regalía de este Vicariato, que es proposición corriente aún entre los teólogos, que han escrito de sus Derechos en Indias, no sólo el que todo lo que en las materias Eclesiásticas, y de Religión, disponen, arbitran, o resuelven los Reyes, es visto disponerlo, arbitrarlo, y resolverlo Su Santidad, de quien son Lugar-Tenientes generalés, y Delegados; sino es que el que se ópusiere, o resistiere las Ordenes, y disposiciones que sus Magestades dieren en estas materias, es visto oponerse, y resistirse al mismo Pontífice, cuya autoridad y jurisdicción, no sólo directiva, sino también coactiva, exercen y representan en todo lo Eclesiástico, como sus delegados a Latere, Comisarios y Vicarios Generales.”

“En tanto grado procede esta autoridad, que las Cédulas y privilegios que sobre las Materias del Gobierno éspiritual se expiden por su Magestad, y dirigen a los Eclesiásticos, o Regulares, se han y reputan, mediante la delegación, como leyes, privilegios y mandatos Apostólicos, y como tales se les debe la veneración, obediencia

20. Se refiere a Laelio, que había escrito contra Solórzano en el siglo XVI, motivando la inclusión del “De Indiarum Iure” en el Índice de Libros Prohibidos. Más adelante, dirá Abreu que no se refutó a su tiempo a Laelio porque “era parecer de su Magestad, y del Consejo de Estado que no se respondiese a los delirios de aquel libelo” (Vid. *Víctima Real Legal, Discursus único jurídico, histórico y político, sobre que las Vacantes Mayores y Menores de las Iglesias de las Indias Occidentales pertenecen a la Corona de Castilla y León con pleno y absoluto dominio*. Madrid, 1726).

21. ALVAREZ DE ABREU, A.: *Víctima Real...*, pp. 76-77.

cia y respeto, y en su consecuencia pueden ser castigados los inobedientes por la mano Real, aunque sean Prelados.”

“Esta autoridad del Vicariato concedida a nuestros Reyes por la Santidad de Alexandro VI para la conversión de los Indios, y establecimiento de la Iglesia en esta su nueva República, se mirará sin reparo, si consideramos que mucho antes que este Pontífice les diese este título tenían por Divino Instituto el venerado carácter de Vice-Dioses en la tierra²²; no sólo en cuanto al gobierno temporal, sino también para el espiritual por lo respectivo a las tierras conquistadas a infieles, como lo fueron las de las Indias”²³.

“Por esto debemos entender, que la Santidad de Alexandro VI, todo embebido en la ilimitada autoridad y jurisdicción de la universal Iglesia, no hizo otra cosa en la delegación de nuestros Reyes, por lo respectivo a las nuevas tierras, que poner en ejecución aquella compartición de la Regencia espiritual, que dixo Constantino, y San Bernardo aconseja”²⁴.

No sería excesivo trabajo para la Teología y el Derecho Público eclesiástico el de tener que refutar las precedentes afirmaciones, que exponen en toda su amplitud el sistema Vicarial, y reconocen a un tiempo la posible base soberana que suponen incluso admitida en 1493 por Alejandro VI.

Concebido así el Vicariato, no puede menos de contar entre sus enemigos a la mayoría de quienes posteriormente, en nuestros días sobre todo, se han ocupado de él. GÓMEZ ZAMORA; y recientemente AYALA DELGADO, niegan que la Santa Sede concediera nunca un derecho vicarial indiano; lo admite BAYLE; y LETURIA y GÓMEZ HOYOS adoptan una postura intermedia; todos ellos sobre la base de las Bulas “Inter Caetera”. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ da

22. En este lugar, y para justificar el calificativo de vice-dioses en la tierra que aplica a los Reyes, pone Abreu una nota a pie de página que creemos útil conocer por alguna de las citas que contiene. “Leg. 1, tít. 1. Part. 2. in. fin. ibi: E otrosí dixeron los Sabios que el Emperador es Vicario de Dios en el Imperio, para hacer justicia en lo temporal, bien así como lo es el Papa en lo espiritual... D. Thomas Opuscul. de Reg. Princip. Lib. 1. cap. 12. Rex est in Regno, sicut anima in corpore, et Deus in mundo... Exod. 7 ver. 1. Psalm. 46, vers. 10: Jeremías 38. Ezequiel 17...”.

23. ALVAREZ DE ABREU. A.: *Víctima Real...*, pp. 77-9.

24. Lug. cit., p. 80.

entrada por su parte a la Bula "Piis Fidelium", con lo que sitúa la cuestión en un plano distinto; y GUTIÉRREZ DE ARCE, si bien no adopta una posición definitiva, ofrece también interesantes puntos de vista para el esclarecimiento del problema.

Vamos a examinarlo. Las palabras de la Bula "Inter Caetera" del 28-VI-1493, en las que encuentran ABREU y los demás partidarios del Vicariato la concesión del mismo, son las siguientes ²⁵: "Insuper mandamus vobis in virtute sanctae obedientiae, ut sicut etiam pollicemini, et non dubitamos, pro vestra maxima devotioe, et regia magnanimitate vos esse facturos, ad terras firmas et insulas praedictas, viros probos et Deum timentes, doctos, peritos, et expertos ad instruendum Incolas et habitatores praefatos in Fide Catholica, et bonis moribus imbuendum destinare debeatis omnem debitam diligentiam in praemisis adhibentes".

¿Hay aquí concesión de una verdadera legación apostólica o, por el contrario, ha de creerse, con GÓMEZ ZAMORA ²⁶, que en la Bula no se habla "una palabra de dicha potestad"? ALVAREZ DE ABREU, al copiar las palabras de la "Inter", las subraya todas, exceptuando las seis últimas —"omnem debitam diligentiam in praemisis adhibentes"—, dando, por tanto, la impresión evidente de que concede a éstas menos valor, considerándolas tan sólo como una fórmula final o colofón para redondear el párrafo. Y, sin embargo, tienen precisamente estas últimas palabras verdadera importancia, ya que, hasta ellas, solamente se les ha encargado a los Reyes que envíen misioneros a Indias, y ahí no hay, en absoluto, una concesión vicarial. En cambio, al permitirles que para atender de tal modo a la cristianización empleen toda la diligencia debida, pudiera pensarse si en esa facultad de límites desconocidos va implícita la delegación que se pretende.

Ya se ha advertido alguna vez cómo "la propia ambigüedad de

25. Las trae ABREU: *Víctima Real...*, p. 26, copia exacta de las del original del A. G. I., Patronato I, ramo 3.º, exceptuando la palabra *etiam* que en el texto que damos ocupa el n.º 10 a partir de la 1.ª *insuper* y que no está en Abreu, pero sí en la transcripción del original que ofrecen GIMÉNEZ FERNÁNDEZ: *Nuevas consideraciones...*, pp. 180-2, y GARCÍA GALLO: *Las Bulas de Alejandro VI...*, p. 344.

26. GÓMEZ ZAMORA, M.: *Regio Patronato...*, p. 373.

los términos en que se expresa la Bula, y de modo preferente la matización del alcance de la frase "omnem debitam diligentiam in premissis adhibentes", se prestó a variadas concepciones, especialmente de los elementos que habían de juzgar en su concesión, coincidentes todas, no obstante, en interpretar extensivamente la legación de facultades pontificias, y en hacer coincidir su ámbito con él de las realmente a tal título ejercidas por los monarcas"²⁷. Cualquier interpretación vicarial de la frase, en efecto, no puede ser sino extensiva; aun prescindiendo de la mente del legislador, que restaría, sin duda, más valor aún a la Bula, no parece que en tan débil argumento quepa apoyar la amplísima Legación Apostólica de las Indias.

Tal es el sentir de la crítica moderna, con la principal excepción de BAYLE, como antes hemos indicado, para el cual "quien gobernaba y disponía, delegado del Papa en la orden espiritual, era el soberano"²⁸, ya que, al ceder el Patronato de Indias, la Iglesia cargó sobre ellos las cargas propias de la Santa Sede, por lo que, "en justo contrapeso, el Pontífice cedió casi toda su jurisdicción y constituyó a los Reyes Vicarios suyos"²⁹. Tal afirmación se basa en un concepto erróneo del Patronato, que probablemente se debió más a inatención que a otra cosa en el razonamiento de su autor: en efecto, si al ceder el Patronato, y con él las cargas, se ha de ceder también el Vicariato en contrapeso, se coloca al Patronato en el mismo platillo de la balanza que a las cargas; la relación se establece así: Patronato y cargas anexas-Vicariato. Pero el Patronato es más bien un premio que una carga,

27. GUTIÉRREZ DE ARCE, M.: *Regio Patronato Indiano (Ensayo de valoración histórico-canónica)*. Sevilla, "Anuario de Estudios Americanos" t. XI, 1954.

28. "No fué la mera piedad; fué la obligación del cargo la que impulsó a los monarcas españoles; y en ello se distinguen entre las demás dinastías, y sólo pueden compararse a la de los Pontífices, de quienes recibieron esa especie de investidura espiritual, esa delegación en la obra, esencialmente eclesiástica, de propagar el Evangelio. Y juzgando por las apariencias, quizá alguno llegará a decir que en los siglos XVI y XVII el celo de los Reyes dejó atrás al de los Papas... Lo cual tiene fácil explicación, porque... quien gobernaba y disponía, delegado del Papa en el orden espiritual, era el soberano" (BAYLE, C.: *La expansión misional de España*. Barcelona, 1936, p. 9).

29. BAYLE, C.: *La expansión misional...*, p. 24.

y como tal ha sido siempre considerado. Verdad es que lleva unas cargas anexas, pero él, el Patronato, es el premio que contrapesa a las cargas consiguientes, es un derecho que lleva consigo, como todo derecho lleva siempre, unos deberes correspondientes. La relación se establece así, entonces: cargas o deberes patronales-derecho patronal, sin que se precise el contrapeso del Vicariato ni ningún otro para equilibrar los dos términos relativos.

Vamos a examinar también las tesis negativas. Para GÓMEZ ZAMORA, según hemos visto anteriormente³⁰, las Bulas Alejandrinas no dicen una sola palabra que suene a concesión ni vicarial ni patronal. Y apoya esta afirmación en el juicio de que también así lo entendieron los Reyes, ya que piden posteriormente el Patronato (28 de julio de 1508: Bula "Universalis")³¹ y solicitan en adelante la intervención papal en materias que serían propias y específicas de la legación, caso de existir: erección de la iglesia parroquial de México en catedral (Carlos V a Clemente VII, 9 de septiembre de 1534); dispensa de las disposiciones tridentinas sobre organización parroquial (Felipe II a S. Pío V, 24 de marzo de 1567); facultad a los sacerdotes seculares para ser párrocos en Indias (Fernando VI a Benedicto XIV, 8 de noviembre de 1751), etcétera³². Y aun en el supuesto de que Alejandro VI hubiese concedido la legación, GÓMEZ ZAMORA estimaría nula la concesión, por considerar que el Papa no puede delegar a un Príncipe tal cantidad de sus propias facultades³³, que borraría toda "diferencia entre la Iglesia Católica en España y la protestante de Inglaterra, pues ni ... [los Reyes ingleses] ... se arrogaron nunca la potestad de orden, única que falta a los Reyes de España, según afirman los regalistas"³⁴. Por último, justifica jurídicamente la carencia de

30. Cfr. nota 26, arriba.

31. Es la bula que Fernando el Católico solicitó y obtuvo de Julio II.

32. GÓMEZ ZAMORA, M.: *Regio Patronato...*, p. 373.

33. Id., íd., p. 374.

34. Id., íd., p. 370. Recuérdese la frase de la Real Cédula de 14 de julio de 1765, a que nos hemos referido en la nota 18: "me está concedido, dice el Rey, por la Santa Sede sus veces... reservándose sólo la potestad de orden de que no son capaces los seculares". Comentando semejantes afirmaciones, escribe Gómez Zamora (p. 368): "ocurre preguntar: 1.º ¿Es sana esa doctrina? 2.º No estando derogada dicha Real Cédula, ¿tiene valor legal? A la primera y segunda pregunta contestamos igualmente que no. Ni el

facultad en el Pontífice para realizar la supuesta delegación, ya que, dice, “la jurisdicción espiritual supone y nace del Sacramento del Orden; luego no podrá tener jurisdicción espiritual ningún Rey, a menos que se dé el caso de que reinara un Rey por lo menos tonsurado”³⁵.

Tales son, en síntesis, los dos principales argumentos en que se apoya esta tesis, que niega todo asomo de posible legación: ausencia de concesión por parte del concedente y de capacidad por parte del beneficiario. Conforme con la negativa, AYALA Y DELGADO se detiene en considerar la aparición histórica del sistema vicarial. Indica cómo a mediados del siglo XVI se va dejando de insistir en el Rey Patrono para ir considerándolo Delegado de la Santa Sede³⁶, “no en el sentido de una delegación para determinados asuntos, sino como una entrega de plenos poderes en materia disciplinar”, basada en la amplitud (ambigüedad debe decirse) de términos con que se expresan las primeras Bulas, “y —añade— al propio tiempo se resucita la vieja fórmula medieval del Príncipe como *Vicarius Dei*, tomada de la concepción política agustiniana y, sobre todo, de la doctrina entonces floreciente del origen divino del poder”; “con ello se creó un ambiente de confusionismo intelectual —al que no fueron extraños hombres tan poco sospechosos como el Ven. Palafox—, al cabo del cual el Estado fué dictando normas en materia eclesiástica que excedían de la potestad concedida por el Papa”³⁷.

Arzobispo de Cuba (a quien se dirige la Real Cédula) recibió del Rey, sino del Papa que le concedió las Bulas, la jurisdicción espiritual; ni Alejandro VI otorgó a los Reyes Católicos más que el dominio de las Indias, y el usufructo de los diezmos, a condición de sostener el culto y clero; ni los reyes de España pueden ser vicarios ni delegados de la Santa Sede; ni tuvieron, ni tendrán, ni podrán tener jamás jurisdicción espiritual en el gobierno de la Iglesia; ni recibieron, ni recibirán, ni podrán recibir jamás, facultades de la Santa Sede para hacer ordinariamente sus veces en lo económico de las dependencias y cosas eclesiásticas”.

35. GÓMEZ ZAMORA, M.: *Lug. cit.*, p. 369.

36. Leturia ha demostrado cómo los primeros teóricos de la tesis vicarial son precisamente religiosos del siglo XVI que buscan en la autoridad real un apoyo para las órdenes frente a los obispos (Cfr. LETURIA, P.: *El Regio Vicariato...*).

37. AYALA Y DELGADO, J.: *Iglesia y Estado en las Leyes de Indias*. Sevilla, “Estudios Americanos”, vol. I, núm. 3, mayo 1949, p. 439.

Es preciso entender correctamente estas últimas palabras de AYALA, pues de ellas podría inferirse que el autor mantiene la posición de que Alejandro VI sí concedió una cierta legación, sobrepasada luego por el Estado en su actuación legislativa. De ser así, estaría AYALA en contradicción consigo mismo, ya que para él³⁸ no existe ningún acto del Pontífice concediendo el Vicariato. Cuando se refiere a la potestad concedida por el Papa, en el párrafo arriba citado, se refiere al Patronato, y es éste el que considera desbordado por el Estado, mantenedor de un pretendido título de Vicario papal en favor del Rey, cuya creación se debe, según él, a "los juristas oficiosos"³⁹.

Como vemos, todos estos autores, y con ellos los que en el siglo XVIII mayor atención dedicaron al tema —ABREU, RIVADENEYRA y los miembros de la Junta Codificadora— buscan en la 2.^a "Inter Caetera" alejandrina, y concretamente en uno de sus párrafos —el copiado por el Marqués de la Regalía—, la existencia o no existencia del Vicariato. Ninguno de ellos, sin embargo, hace especial hincapié —al menos de modo muy preferente— en dos palabras de la Bula que a LETURIA y GÓMEZ HOYOS han atraído más particularmente: son la frase "destinare debeatis", que se recordará se refiere a los varones probos, etc., que han de realizar la evangelización y deben ser destinados a ella por los Reyes. Para GÓMEZ ZAMORA esto es un mero deber de favorecer la ida de misioneros, enviados por sus superiores; para ABREU, las dos palabras forman parte del conjunto de frases que conceden el Vicariato; GUTIÉRREZ DE ARCE y AYALA ven más bien en la ambigüedad de

38. Id., íd., p. 438.

39. Que es éste el pensamiento de Ayala se infiere de forma evidente de su exposición al referirse a los dos períodos, el Patronal y el Vicarial, que se distinguen en la historia eclesiástica indiana hasta 1680: "Esta distinción, afirma, contra lo que pudiera suponerse a primera vista, no tiene ningún fundamento en actos de gobierno de la Iglesia por los que ésta hubiese hecho nombramientos de vicarios del Pontífice a los reyes de España, sustituyendo así el título de patronos que anteriormente y en justicia poseían. Por el contrario, fué el Estado español, y, sobre todo, los juristas oficiosos quienes hicieron a los reyes vicarios del Pontífice basándose en ampliaciones más o menos legítimas del poder real en materia eclesiástica." (AYALA, J.: *Iglesia y Estado...*, p. 438.)

las siguientes —“*omnem debitam diligentiam*”— el punto de apoyo de las interpretaciones regalistas extensivas.

GÓMEZ HOYOS cree, en cambio, que “el *destinare debeat*, si no concede jurisdicción, sí implica una verdadera delegación pontificia”, ya que la misión de evangelizar el nuevo mundo “importa una obligación y un derecho de orden espiritual que incumbe únicamente al Romano Pontífice y que, en cierto modo, traspasó a los Reyes Católicos”⁴⁰. No se trata, sin embargo, de una delegación universal, como quiere el regalismo; lo que concede Alejandro VI es una cierta delegación, ampliada más tarde por otras concesiones posteriores⁴¹. Entendemos, pues, que para el ilustre autor colombiano hay que ver las palabras “*destinare debeat*” no más que como una delegación tendente en principio a la mejor atención de las misiones, y no susceptible de interpretación más amplia. Otras concesiones posteriores, tan concretas como ésta, amplían la delegación a los casos en ellas previstos, y nada más. Así entendida, la ambigüedad de las primeras Bulas se concreta bastante, salvado el bache de querer ver en ellas más, y de rechazo menos, de lo que dicen.

Semejante es el criterio del P. LETURIA. Según él, el “*destinare debeat*” no implicaba “la delegación a los Reyes de la misión propiamente canónica ni de la jurisdicción espiritual”⁴², pues la Bula suponía que los misioneros enviados por el monarca las recibirían de sus obispos o superiores”⁴³. El mismo argumento de GÓMEZ ZAMORA, es decir, que el Rey no se consideró Vicario, y recurrió al Papa para obtener cosas que la legación le hubiera facultado para realizar, lo emplea aquí LETURIA, refiriéndose a la solicitud —dentro del mismo año de 1493— de la Bula “*Piis Fidelium*”. En efecto, Fernando V “destina” a Fray Bernal Boil, al frente de un grupo de frailes; a las Antillas, y el Papa inviste al “destinado” con las facultades oportunas para organizar las misiones nuevas, dándole —a él, Boil, no a los Reyes, recalca LETURIA— el rango de Vicario y delegado pontificio. “Pero si es cierto

40. GÓMEZ HOYOS, R.: *Las leyes de Indias...*, p. 57.

41. Id., *íd.*, p. 56.

42. Esto es lo que Gómez Zamora niega que pueda concederse a un Monarca seglar.

43. LETURIA, P.: *El Regio Vicariato...*, p. 140.

que el "destinare debeatis" no comunica a los Reyes Católicos jurisdicción espiritual, también lo es que les levantaba hasta cierto punto a la esfera de la evangelización, al concederles el derecho e imponerles la obligación de escoger, enviar y sustentar a los obremos evangélicos, funciones que del siglo XIII al XV ejercitaban sin intermediarios los Papas y las órdenes, y que en el siglo XVII quedaron reservadas a la Propaganda" 44.

Pero las Bulas alejandrinas de 1493 son cinco, y hasta ahora sólo se ha hecho mención de dos, las "Inter Caetera", que en sustancia, en nuestro caso, se reducen a una, ya que el texto clave es prácticamente idéntico en ambas. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ llama la atención sobre una tercera, la "Piis Fidelium", prestando así una nueva dimensión al problema. Evidentemente, la tesis vicarial elaborada a partir del reinado de Felipe II, y la tesis regalista en cuanto se ocupa del vicariato como título posible y secundario, más práctico que real, para nada se apoyan en la Bula "Piis"; la "Inter" es su única fuente 45. La "Piis Fidelium" se mantuvo desco-

44. Id., *id.* Leturia atribuye esta cierta delegación de la "Inter Caetera" a la imposibilidad en que estaba el Romano Pontífice de ejercer influjo en las Indias sin utilizar las flotas españolas, único medio de comunicación con aquellas regiones; y equipara el hecho a un retroceso en los métodos misionales a la época anterior a las Cruzadas, cuando la Cruz y la política caminaban unidas en la labor evangelizadora.

45. Según la tesis vicarial, elaborada a partir de Fray Juan de Focher (como ya notó Leturia, *vid.* nota 36), "las Bulas alejandrinas —dice Giménez Fernández— eran el título, por modo de privilegio irrevocable, en cuya virtud el Papado delegó toda su potestad canónica disciplinar sobre los descubiertos territorios indianos en los Reyes de España. Si en un principio esta opinión se localizó en las facultades patronales sobre los misioneros religiosos, y a su amparo se creó el comisariato general franciscano de Indias, férreamente centralizado y regalista, mientras el rey censuraba acremente a los dominicos que no se prestaban a sus planes (Cédula 28-XII-1597, A. G. I. 154-I-18. LEVILLIER: *Organización de la Iglesia... y Ordenes Religiosas en el Virreinato del Perú en el siglo XVI*. Madrid 1919, tomo I, p. 382); bien pronto, y bajo la monopolizadora influencia de los legistas del Consejo de Indias, donde no dejaban de apuntar tendencias antipontificias, se extendió tal concepción vicarial a la totalidad de la política religiosa en Indias, sintetizándola Solórzano, quien para fundamentarlo más sólidamente en un general Patronato común a todos los reyes y jefes de Estado, no vacila en admitir y defender la absurda teoría del dominio jurisdiccional pleno del Pontífice sobre las tierras de los infieles, como eran las Indias, derivando

nocida y olvidada hasta su publicación por RAYNALDO, ya avanzado el siglo XVIII⁴⁶, y BERCHET⁴⁷. Por tanto, citarla hoy como fuente posible de la concesión vicarial es considerar si ésta —en sí— fué o no otorgada, independientemente del juicio y ejercicio del período colonial. En tal sentido debemos interpretar la llamada que a esa Bula hace en el problema GIMÉNEZ FERNÁNDEZ. Para él, la “*Piis Fidelium*”, dirigida a Fray Bernal Boil, es “indiscutible

así de las bulas alejandrinas... un poder absoluto para los reyes de Castilla en la jurisdicción disciplinar canónica sobre Indias, dejando exclusivamente al Pontífice el ejercicio del poder doctrinal, y aun ese a petición del rey o bajo su control, mediante el abusivo uso del Pase Regio. Y esta tesis viracial fue la que... dominó a partir de 1660 en la política religiosa indiana”. (GIMÉNEZ FERNÁNDEZ: *Nuevas consideraciones...*, pp. 153-4; cfr. también AYALA: *Ideas Políticas de Juan de Solórzano...*, Sevilla 1946). En cuanto a la tesis regalista, la sintetiza el mismo autor (*Nuevas consideraciones...*, pp. 154-5) diciendo: “Hasta Solórzano la interpretación de las Bulas generalmente admitida, en sus distintas tesis, reconocía su valor primordial entre los justos títulos de los Reyes españoles al dominio de las Indias. Pero no habían faltado entre los historiadores algún recuerdo borroso de aquellas tesis romanistas y antipontificias, defendidas antaño por Rodrigo Maldonado, y a las que pensó Fernando V acudir para titular su conquista... Valorizando quizás ese fermento, de una parte por los vanos intentos de S. Pío V para intervenir en las misiones americanas (A. G. I.: Patronato núm. 231; íd., núm. 3. Ramo 7. LETURIA: *Felipe II...*, p. 64); y de otra parte, por la necesidad de polemizar frente a la terrible lógica con que Bodino deducía de la concesión alejandrina el carácter de feudatario de la Santa Sede del dominio español en Indias, ciertos autores, y como principal de ellos el cronista oficial Antonio de Herrera, se dedicaron a subrayar la prioridad como título de dominio indiano frente al canónico de las Bulas alejandrinas, del natural de la ocupación y conquista. Y sí, durante la dinastía austríaca, esta tesis se mantuvo como mero argumento polémico frente a herejes y ultramontanos, el viraje fundamental que en las ideas políticas de los gobernantes españoles ocasionó la instauración de la dinastía borbónica, la transformó en doctrina oficial tenazmente defendida por el Marqués de los Llanos, y descaradamente triunfante al ser impresa, como síntesis del sentir del Consejo de Indias, el tan conocido Manual Compendio del Regio Patronato Indiano... desde entonces las Bulas alejandrinas sólo fueron un subtítulo añadido a las regalías mayestáticas, del mismo modo que la Corona española no fué, como con Felipe II, soporte de la cruz, sino que la cruz fué el más bello adorno de la corona de Fernando VI.”

46. *Anales Eclesiásticos*. Tomo XI. Luca 1754 p. 216. Cit. por GIMÉNEZ FERNÁNDEZ: *Nuevas consideraciones...*, p. 5.

47. BERCHET, G.: *Raccolta dei Fonti italiane della Scoperta del Nuovo Mondo*. Roma, 1892, t. I, parte III, p. 92.

título, no ya al Patronato, sino al mismo Regio Vicariato Indiano”⁴⁸. Pero, más adelante, añade: “la *Piis Fidelium*, título ordinario de plena eficacia tramitado por vía ordinaria de Cancillería, tuvo plena vigencia... Pero, por ser privilegio personal a Fray Boil y sus compañeros, cesó con el regreso de aquél y no fué posteriormente renovado”⁴⁹.

El criterio de tan notable especialista es, por tanto, que la “*Piis*” es un título vicarial en favor de los Reyes, dadas las funciones que les encomienda en la realización de la misión Boil: facultad vicaria para designar los misioneros; título ejercitado una vez y caído luego no sólo en desuso, sino en no existencia, al agotarse el caso concreto para el que se proveyó.

Haciéndose eco de esta llamada a la Bula de Fray Boil, GUTIÉRREZ DE ARCE la considera “argumento coetáneo definitivo, a nuestro juicio, para valorar el alcance de la “*Inter Caetera*”⁵⁰. En su opinión, “la creación de un vicario pontificio —fray Bernal Boil— directamente dependiente del Pontífice para la administración espiritual... excluye, evidentemente, la tan cacareada amplitud de la Bula “*Inter Caetera*”, pues la primera interpretación *a sensu contrario* que de ella tenemos es la de que lo espiritual no estaba puesto en manos de los Reyes; como tampoco lo estaba en el “*destinare debeatis*” ni siquiera el derecho de posesión de beneficios, que no existía, cual lo manifiestan los términos de la Bula de nombramiento, *motu proprio*, de los tres primeros obispos”⁵¹.

48. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M.: *Nuevas consideraciones...*, p. 92.

49. Id., *id.*, p. 134.

50. GUTIÉRREZ DE ARCE, M.: *El Regio Patronato...*, p. 36, nota 92.

51. Id., *id.*, p. 36-7: La opinión de este autor sobre la concesión o no del Vicariato, según anteriormente habíamos señalado, no se nos presenta del todo definida ya que habla de imprecisión en los límites de la “*Inter*” por no haber querido el Papa precisar más antes de que las sucesivas tareas descubridoras hicieron ver la verdad de las nuevas tierras (pp. 35-36), y por otra parte niega en absoluto toda concesión en 1493, con el argumento de la “*Piis*” antes citado. En último término, corresponde encuadrarle, y en ello es patente su buen criterio, entre quienes consideran que las facultades vicariales son concretas para sólo determinados puntos, y alcanzadas paulatinamente con el paso de los años, bien por concesiones papales limitadas, bien por la aquiescencia romana ante ciertas interpretaciones extensivas de los primeros privilegios (pp. 34 y ss.).

En resumen, del examen y consideración de las Bulas "Inter" y "Piis" se obtiene, de modo general, una solución predominantemente negativa frente al problema de la concesión Alejandrina del Regio Vicariato. Tan indudable es que los autores hasta la Junta Codificadora del Nuevo Código —primer organismo oficial que lo niega abiertamente— creen o manifiestan creer en el Vicariato alejandrino, como que la crítica moderna no ha encontrado hasta hoy serias razones para poder admitirlo, y sí bastantes para negarlo, sin perjuicio de admitir una legación parcial renovada y ampliada a lo largo de la historia, desde las primeras facultades de 1493 para el envío de misioneros.

¿Añadiría nueva luz sobre el problema el análisis de las restantes bulas de Alejandro VI? Porque, a más de las "Inter" y la "Piis", cabría tal vez la posibilidad, y LETURIA y GARCÍA GALLO lo han notado, de encontrar datos más precisos en otras letras papales de la misma fecha⁵². LETURIA establece un paralelo entre las respectivas situaciones en que Portugal y Castilla se encontraban antes y después del descubrimiento colombino; en la primera época es Portugal quien lleva la voz cantante en cuestión de descubrimientos atlánticos, y con las diversas Bulas que va obteniendo ("Romanus Pontifex", de Nicolás V; "Inter Caetera", de Calixto III; etc.) se asegura frente a Castilla previniéndose con una investidura bien precisa y solemne; en cambio, a Castilla le corresponde la iniciativa a partir de 1493, y entonces trata ella de igualar a Portugal en los privilegios y protegerse frente a la misma en los derechos, siendo ésta la finalidad de las Bulas Alejandrinas⁵³. En este sentido, ha llegado GARCÍA GALLO a conclusiones que, dentro de su carácter de hipótesis —que el autor subraya—, desenvuelven y amplían notablemente esta idea, y la dotan de un muy fuerte valor lógico⁵⁴.

Las Bulas de 1493 que quedan por considerar, en orden al Vi-

52. Giménez Fernández se ocupa, por su parte, de todas las Bulas de 1493, pero las referencias que hace a la "Eximiae" y la "Dudum" no versan sobre su contenido espiritual, sino que las analiza desde otros puntos de vista que aquí no vienen al caso, si bien en sí son de verdadera importancia para la historia jurídica indiana.

53. Cfr. LETURIA, P.: *Las grandes Bulas misionales de Alejandro VI*. Barcelona, "Biblioteca Hispana Missionum", 1930, p. 237.

54. Cfr. GARCÍA GALLO, A.: *Las Bulas de Alejandro VI...*, cap. II, F).

cariato, son la "Eximiae devotionis" y la "Dudum siquidem". De esta última no hemos de hablar. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ considera que sustituye a las "Inter Caetera" en cuanto a la concesión de dominio⁵⁵, y de hecho iguala a Castilla con Portugal en las zonas que la famosa partición dejó sin delimitar y obligó a Portugal a entablar las negociaciones que concluyen en el Tratado de Tordesillas⁵⁶.

Otra cosa es la "Eximiae devotionis". Leturia le da poco valor: la llama "pequeña Bula" (lo es, en efecto, por su brevedad) y la considera simplemente como un documento especial confirmatorio de un párrafo de la "Inter" en que se conceden a Castilla los privilegios portugueses⁵⁷. Puntualiza más en otro sitio, al expresar cómo el Papa ordena a los Reyes Católicos evangelizar las Indias, y para que lo realicen así les concede dos gracias de carácter espiritual "que son en ciernes el futuro Patronato de Indias": la exclusiva de misionar, y los privilegios eclesiásticos de los Reyes portugueses, entre los que estaba el de "la presentación patronal de las dignidades eclesiásticas, concedidas al Prior portugués de la Orden de Cristo"⁵⁸. Sin duda que LETURIA hace esta referencia pensando en la "Eximiae" alejandrina que comunica los privilegios de Portugal, si bien, al hablar de "presentación patronal" como lo concedido al prior de la Orden de Cristo, parece olvidar el contenido de las bulas otorgadas a Portugal, pues éstas son más amplias que un derecho simplemente patronal, e incluso, como afirma GARCÍA GALLO, no son patronales⁵⁹. Con razón dice GARCÍA GUTIÉRREZ que "la concesión hecha a la Orden de Cristo era muy superior a una concesión de derecho de Patronato, puesto que éste se limita a presentar candidatos para los beneficios vacantes"; añade luego, y esto es ya menos exacto, que "a la Orden de Cristo se facultaba para conferir y proveer toda clase de beneficios, de cualquiera calidad y valor que fueren. Y puesto que, según ya queda dicho, el rey de Portugal era el Prior mayor de dicha Orden, en virtud de esta bula quedaba ins-

55. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M.: *Nuevas consideraciones...*, pp. 134-5.

56. Tal es la opinión de García Gallo, *lug. cit.*

57. Cfr. LETURIA, P.: *lug. cit.*, p. 237.

58. LETURIA, P.: *El origen histórico...*, p. 29.

59. GARCÍA GALLO, A.: *Las Bulas de Alejandro VI...*, ns. 29. y ss.

tituído en una especie de obispo y aun Papa laico en las tierras de Africa”⁶⁰.

Algo más amplio aún que el presentar candidatos para cualquier beneficio era el privilegio de la Orden de Cristo⁶¹, de la que, por otra parte, no siempre fué prior el Rey. Vamos a verlo en seguida, pero queremos advertir que, aunque no hacen tampoco de ello base de su argumentación, no escapa por completo a los hábiles ABREU y RIVADENEYRA este asunto de la comunicación de privilegios. ABREU no hace de él mención directa importante, pero se cuida de advertir que “la Bula dirigida a un Príncipe en materia favorable, se entiende rescripta a todos, mayormente cuando hay igualdad, o mayoría de razón”⁶²; y más en concreto dice RIVADENEYRA que la segunda Bula que otorga a España el derecho de Patronato es la “Eximiae” de 1493 (la primera es la “Inter”), pues transmite los privilegios de Portugal, entre los que estaba el Patronato concedido por Calixto III con la Bula del 13 de marzo de 1476 (la “Inter Caetera” portuguesa)⁶³.

Que los privilegios portugueses se comunican a Castilla es evidente; en esto no deja lugar a dudas el texto de la “Eximiae”⁶⁴: “Motu simili non ad vestram vel alterius pro vobis nobis super hoc oblate petitionis instantiam sed de nostra mera liberalitate ac eisdem scientia et apostolice potestatis plenitudinis vobis ac heredibus et sucesoribus vestris predictis, ut in Insulis et terris per vos seu nomine vestro hactenus repertis et reperiendis in posterum omnibus et singulis gratiis, privilegiis, exemptionibus, libertatibus, facultatibus inmunitatibus litteris et indultis Regibus Portugallie concessis, Huiusmodi quorum omnium tenores ac si de verbo ad verbum presentibus, inserentur habere volumus pro sufficienter expressis et insertis uti potiri et gaudere libere et licite possitis ac debeatis, in omnibus et per omnia perinde ac si vobis ac heredibus

60. GARCÍA GUTIÉRREZ, J.: *Apuntes para la historia del origen y desenvolvimiento del regio patronato indiano hasta 1857*. México, 1941, p. 27.

61. Páginas antes lo dice el propio García Gutiérrez, sin sacar de ello consecuencias (cfr. su página 23).

62. ALVAREZ DE ABREU, A.: *Víctima real...*, p. 322.

63. Cfr. RIVADENEYRA, A.: *Manual Compendio...*, p. 60.

64. Vid. en GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M.: *Nuevas consideraciones...*, páginas 186 y ss.

et successoribus vestris prefatis specialiter concessa fuissent auctoritate apostolica tenore presentium de specialis dono gratie indulgentis, illaque in omnibus et per omnia ad vos heredes ac successores vestros predictos extendimus pariter et ampliamus ac eisdem modo et forma perpetuo concedimus.”

Creemos, pues, que lo importante es saber ¿cuáles eran los privilegios portugueses en orden a la gobernación espiritual? Sucesivamente se conceden a Portugal tres Bulas: la “Romanus Pontifex”, de Nicolás V; la “Inter Caetera”, de Calixto III, y la “Aeterni Regis”, de Sixto IV (de 25-I-1454, 7-V-1456 y 21-VI-1481, respectivamente). La realmente interesante en nuestro caso es la segunda, que concede a la Orden de Cristo la omnimoda jurisdicción espiritual ordinaria en tierras de Africa. Su texto es asimismo fundamental y nada ambiguo⁶⁵: “perpetuo decernimus statuimus et ordinamus quod spiritualitas et omnimoda iurisdictio ordinaria dominium et potestas in spiritualibus duntaxat in Insulis Villis Portibus Terris et locis a capitibus de Boiador... ad Militiam et Ordinem huiusmodi perpetuis futuris temporibus spectent atque pertineant illaque eis ex nunc tenore auctoritate et scientia predictis concedimus et elargimus ita quod prior maior pro tempore existens ordinis dicte Militie omnia et singula beneficia ecclesiastica cum cura et sine cura secularia et ordinum quorumcumque regularia in Insulis terris et locis predictis fundata et instituta seu fundanda et instituenda cuiuscusque qualitatis et valoris existant seu fuerint quotiens illa in futuro vacare contingerit conferre et de illis providere nec non excommunicationis suspensionis privationis et interdicti aliasque ecclesiasticas censuras et penas quotiens opus fuerit ac rerum et negotiorum pro tempore ingruentium qualitas id exigerit proferre omniaque alia et singula que locorum ordinarii in locis in quibus spiritualitatem habere censetur de jure vel consuetudine facere disponere et exequi possunt et consueverunt pariformiter absque ulla differentia facere disponere ordinare et exequi possit et debeat super quibus omnibus et singulis ei plenam et liberam tenore praesentium concedimus facultatem.”

65. Vid. en SILVA MARQUES, J.: *Descubrimientos portugueses. Documentos para a sua historia publicados e prefaciados por ...* Vol. I. Lisboa, 1944, pp. 536-7.

Si estos privilegios se comunican a Castilla absolutamente y sin ninguna reserva, plenamente queridos por el concedente, ¿qué duda cabe de que el Rey de España posee entonces una cierta jurisdicción espiritual —similar a algunas de las facultades de un *ordinarius loci*—, en la medida en que sea capaz de ella? Lo que importa entonces es analizar el caso, para tratar de ver si tal comunicación tuvo o no realidad.

En primer lugar, lo que la "Eximiae" de 1493 comunica a España son los privilegios del Rey portugués; y la "Inter" de Calixto III se dirigía a la Orden de Cristo y a su Gran Maestre. En 1456, el Gran Maestre o Prior de la Orden de Cristo es el Infante Don Enrique el Navegante; el nombramiento pertenecía al Papa, si bien solía recaer por entonces en un miembro de la familia real, de tal modo que a Don Enrique le sucede en el cargo, a su muerte en 1460, el Duque de Vizeu, Don Fernando⁶⁶. Posteriormente, en 1481, las Cortes solicitan del Rey Juan II que se incorpore a la Corona el Maestrazgo de la Orden, como ocurría con las demás órdenes militares, cuando muriera el Duque de Vizeu. Por esta parte, se puede, pues, considerar que el priorato de Cristo estaba incorporado a la Corona, y el Papa había aceptado esta providencia.

Por otra parte, poco antes de morir, el 13 de septiembre de 1460, Don Enrique el Navegante cede a la Orden de Cristo todos los derechos que él pudiera tener al gobierno espiritual en Guinea⁶⁷, y otro tanto hace para las islas de Madeira, Porto Santo y Deserta⁶⁸, el 18 del mismo mes. En octubre de ese año redacta, asimismo, su testamento⁶⁹, y aunque en él deja herederos de sus rentas al Rey y a su propio hijo, quedan en pie las concesiones que acabamos de citar. Esto, por una parte, parece dar a entender que los derechos de gobernación espiritual se vinculan a la Orden, no a su

66. Vid. GAMA BARROS, E.: *Historia de la Administración Pública en Portugal en los siglos XII-XV*. 2.^a edic., dirigida por Torcuato Sousa, Lisboa.

67. Cfr. SILVA MARQUES, J.: *Descubrimientos...*, p. 577. Vid. nuestro Apéndice I donde damos el texto de la cesión para que se pueda entender exactamente cómo el gobierno espiritual de la Guinea estaba *encomendado* a la Orden y a su Gran Maestre.

68. Id. id., pp. 579 y ss. Vid. nuestro Apéndice II.

69. Vid. en id., id., pp. 588 y ss. Vid. Apéndice III.

prior. Pero, por otra, tiene un sentido distinto: dado que las concesiones de Calixto III habían sido a la Orden, y en ella al Prior, el Infante no es quien para introducir novedades, y a la Orden y en ella al Prior siguen adscritos los privilegios. La cesión de Don Enrique da idea, además, de cómo éste consideraba algo personal suyo, capaz de ser dado en herencia, el derecho otorgado por el Papa Calixto, y en el mismo sentido podrían tomarlo los Priores posteriores, Don Fernando de Vizeu y el Rey. Recuérdese también cómo están redactadas las Bulas de 1493: a los Reyes Fernando e Isabel, y a sus sucesores, que no se nombran de otro modo, naturalmente, por la imposibilidad de prever sus nombres. Queremos con esto indicar el carácter personal que revestían todas estas concesiones, tanto las portuguesas como las castellanas, lo que nos hace creer que, en efecto, por las razones dichas, la "Inter" de 1456, aunque dirigida a la Orden de Cristo, debe considerarse privilegio del Rey portugués. Y hay más: la "Aeterni Regis" de Sixto IV se dirige en concreto al Rey (es confirmatoria del Tratado de las Alcaçobas), y en ella se repiten literalmente, confirmándolas, la "Romanus Pontifex" y la "Inter Caetera"⁷⁰. No cabe, pues, duda de que la facultad espiritual portuguesa se traslada a los Reyes de Castilla en la "Eximiae devotionis" alejandrina de 1493.

No es, en este caso, de extrañar que la Junta del Nuevo Código, empeñada en buscar el Vicariato en la "Inter" de Alejandro VI, no lo encontrase allí. Tal Vicariato no fué nunca concedido por el Papa, y lo que se quiso entender como Vicariato y no era sino una potestad semejante a la de los Ordinarios se hallaba contenido en otra Bula, que logrando pasar inadvertida era la verdadera fuente de la regia potestad soñada por el Conde de Tepa, es decir, de una potestad que, sumada al Patronato, formaba la base canónica de las realmente extensas facultades de los Reyes de España en Indias.

Pero esto no es todo. Materialmente, tal facultad existió, pero ¿existió en realidad?, es decir, ¿la hubo formalmente, de tal modo que estén equivocados los que rechazan toda especie de vicariato y hablan de sucesivas delegaciones parciales? No, sin duda alguna.

70. Cfr. en los apéndices documentales puestos por García Gallo a su artículo repetidas veces aquí citado. La "Aeterni Regis" lleva el núm. 10 en tal apéndice y se indican con precisión los párrafos reproducidos, etc.

Creemos, con GUTIÉRREZ DE ARCE (si bien éste al escribir estas palabras se está refiriendo a un problema distinto), que “no radica la cuestión en precisar lo que hoy se conoce por voluntad de la ley, que es, en la concepción de Chiovenda, el contenido legal de una disposición con abstracción de la voluntad del legislador que la produjo, sino precisamente de compulsar esta última y no aquélla, pues de lo que se trata es de valorar un mandato, y no ante un tribunal, sino ante la historia”⁷¹. Y pensamos que, además de la voluntad del legislador, es preciso tener en este caso en cuenta la voluntad del beneficiario, del Rey Fernando el Católico, que tan directamente influyó en la Corte Romana a efectos de conseguir “concretamente” lo que quería y se le concede por Alejandro VI.

¿Pidió Don Fernando el Vicariato portugués, si no plenamente consciente de ello, cuando menos con un deseo general de poseer en sus manos el gobierno papal delegado de la Iglesia en las tierras recién descubiertas? ¿Quiso concederlo así el Pontífice? Recuérdese qué eran entonces las Indias: un fuerte —Navidad— en una isla que, aproximadamente, tampoco se sabía con certeza, tenía un tamaño igual a Andalucía, y desconocida por completo fuera de parte de sus costas. Un fuerte remoto y unos pocos hombres. Nada más. En segundo lugar, ¿por qué pidió Fernando el Católico la “Eximiae”? ¿Para poder misionar lo que quizá en el futuro pudiera descubrirse? No es éste el criterio de los autores modernos. Destruir “la privilegiada situación anterior de los monarcas portugueses”, dice GIMÉNEZ FERNÁNDEZ⁷². GARCÍA GALLO cree que se trata de igualarse en todo con Portugal, para poder proseguir las posteriores negociaciones y los viajes de descubrimiento y conquista en situación no desventajosa⁷³. Igualar con Portugal, independientemente de lo que esa igualdad significara que se adquiriría. Las circunstancias políticas —determinantes sin duda de las Bulas alejandrinas— fueron las que imperaron en el caso: sólo como título general se habla del deseo de extender la fe cristiana, natural entonces, cierto, verdadero, pero que había de esperar, para actualizarse, a que en los viajes colombinos se obtuviesen realidades más

71. GUTIÉRREZ DE ARCE, M.: *El Regio Patronato...*, p. 37, nota 97.

72. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M.: *Nuevas consideraciones...*, p. 135.

73. GARCÍA GALLO, A.: *Las Bulas de Alejandro VI...*

concretas. Y el hecho de que, simultáneamente a la "Inter" y a la "Eximiae", se expida la "Piis" que tiende a organizar en principio la futura Iglesia indiana, por medio de un Vicario Papal que "no" es el Rey, nos da la confirmación definitiva a lo que hemos expuesto: el Rey posee en principio las facultades de enviar misioneros que los autores antes citados le atribuyen, como explícitas en las letras de Alejandro VI; sucesivas delegaciones concretas van dando margen a la teoría vicarial que andando el tiempo se edificará; la jurisdicción de la "Eximiae", materialmente en ella contenida, no fué ni buscada ni ejercitada, y como a tal hay que considerarla.

Y cuando los títulos pontificios, como dependientes e inciertos, caen en descrédito en la segunda mitad del siglo XVIII, y se les quiere sustituir por los provenientes del Derecho Real o Regalía, la Junta Codificadora de Carlos III, "reflexionando... sobre las (leyes) 2.^a y 3.^a del (título VI) del nuevo Código (de Ansotegui) acordó se omitan enteramente, pues es Supervacanea una Lei que no se termina sino a que las Bulas Pontificias que hablan del Patronato hayan de surtir su efecto además de que esta Regalía, al rigor hablando, no estriva en las Bulas, sino en los títulos de descubrimiento conquista erección de Iglesias y demás que las Bulas no hacen sino declarar aliunde adquirido; y no es menos superflua la otra que se dirige a declarar que el Patronato sólo se entienda ser Eclesiástico por la materia y objeto, cerca del cual se versa ⁷⁴.

Posteriormente, en 1501 y en 1508, se conceden a los Reyes los diezmos de Indias y el Patronato. Rectamente entendidos, ninguno de estos dos privilegios presenta dificultades, y legítimamente se poseyeron durante todo el período de nuestro dominio en América. La transformación e inmersión de los mismos, en los siglos XVII y XVIII, en el Vicariato y en las Regalías, son hechos ajenos a la naturaleza de aquellas concesiones; es en virtud de las teorías regalistas, no de las patronales, como se propugna y realiza la reforma borbónica de la Iglesia indiana, de la que el nuevo Código fué la fallida consagración.

ALBERTO DE LA HERA

74. A. G. I., Ind. gen., 1653, junta 30, del 10-XII-1781.

APENDICE DOCUMENTAL

I

CARTA POR LA QUE DON ENRIQUE EL NAVEGANTE CEDE A LA ORDEN DE CRISTO SUS FACULTADES PARA EL GOBIERNO ESPIRITUAL DE GUINEA (13 de septiembre de 1460).

Eu o Jffante dom anrrique Regedor e gouernador da hordem da caualaria de nosso Senhor Jhesu christo duque de ujseu e Senhor de coujlhaa faço saber aos que esta mjnha carta virem que nosso S[e]nhor o santo padre calisto iij^o lhe prouue por sua santidade de seu moto proprio dar toda espiritualidade de gujnea a dicta hordem que a aJa assy e tam compridamente como tem a sua casa de tomar esguardando como Eu era gouernador della e os mujtos trabalhos e despesas que de mjm e dos meus forom factas E o mujto serujço que sse a deus em ello fez segundo a dicta ordem dello tem copridamente sua carta E por quanto mjnha tençom he de acreçentar em a dicta hordem por os mujtos beens della Reçiby lhe outorgo todo o direito que Eu podia auer desta terra de gujnea da espiritualidade assy per maneira de padroado como per qual quer outra gujsa que possa seer. E mandej fazer esta carta pera ficar no cartorio da hordem e emcomendo a qualquer que for vigario ou prior ou capellaam soldadado pella ordem em cada hūu Jgreiario daquellas terras que lhe praza em cada hūua somana ao sabado por ssempre assy em mjnha vida como depouis de mjnha morte dizer hūua mjssa de sancta maria E a comemoraçõ seJa de santo spiritu com seu Responso E a oraçom de fidelium deus dizendo ante do começo da dicta mjssa alta uoz com o Rosto pera os que a ella esteueren que diguam o pater noster E aue maria por a alma mjnha e dos da hordem E daqueles por que thiudo sòm Rogar E desy vaa per sua mjssa Em diante E Rogo e encommendo aos meestres gouernadores que depois de mjm forem que en gualardom do acrecentamento e bem que em ella fiz lhes praza auerem por bem por senpre mandaren assy dizerem a dicta mjssa como dicto he ffecta em a mjnha villa xiiij dias de setembro Joham de moraaes a ffez anno de nosso Senhor Jhesu christo de mjll e iij^o lx (ed. SILVA MARQUÉS: *Descobrimientos portugueses*, I, 577).

II

CARTA POR LA QUE DON ENRIQUE EL NAVEGANTE CEDE A LA ORDEN DE CRISTO SUS FACULTADES PARA EL GOBIERNO ESPIRITUAL DE LAS ISLAS DS MADEIRA, PORTO SANTO Y DESERTA (18 de septiembre de 1460).

Eu o Jfante dom anrrique Regedor e gouernador da ordem da caualaria de nosso Senhor Jhesu christo duque de ujseu e Senhor de coujlhãa

faço saber aos que esta mjnha carta virem que conhecendo Eu como os fechos dos homens nõ sam perpetuus E o serujço de deus E os seus fechos som grandes E Incompenssyuees os quaaes per nhũu hommen ao todo nõ podem seer conhecidos por ao dicto Senhor principallmente serujr E adorar a que sam mais obriguado naturalmente que a algũua outra perssoa E desy por serujço del Rey meu Senhor e padre da uirtuosa memoria E del Rey meu Senhor e Jrmãõ cuJas aalmas deus aJa E jssõ meesmo del Rey meu Senhor e Subrinho que Deus acrezente em seu estado e dote de mujtas virtudes com longos dias de vida comecei de pouorar a mjnha JIha da madeira auera ora xxxb anos e jssõ mesmo a do porto santo E desy prosegujndo a deserta das quaaes JIhas que assy edifiquej E nouamente achej a temporalidade dellas dey ao dicto Rey meu Senhor e sobrinho pera elle e todos seus herdeiros legitimos E soçesores vnjuerssaaes destes Regnos que apos elle veerem per linha direita e soçessom legitima tirando a espiritualidade dellas a qual eu dou aa dicta hordem de christos aa quall o dicto Senhor deu todo o direito da dicta espiritualidade que em ellas podia auer segundo dello a dicta hordem tem sua escpitura E porque ataa feitura da presente nem hũua doaçom das dictas jlhas aa dicta hordem per mym nom era pasada mandej seer fecha esta carta de doaçom e aprouaçom dello demjtõdo de mym a dicta Jurdiçom espiritual e a tresmudando na dicta hordem pella quall ej por tomada a posse ao vigairo que ora he E aos capellães que ouerem mantimento da dicta hordem que em ella estouerem que elles diguam cada somana ao sabado hũua mjssa de sancta maria em cada Jgreia onde ouer capellam E a comemoraçõ seja de sancto spiritu com seu Responso E a oraçom de fidellium deus dízendo no entroito das dictas mjssas alta uoz aos que esteuerem de presente que diguam o pater noster E aue maria por mjnha aalma E dos da hordem E daquelles a que obriguados som. E os capellaaes que assy disserem as dictas mjssas que sãõ çinquenta e duas per todo anno aJa per todas estas mjssas de todo anno seis onças de prata E o vigairo seis marcos aalem do que assy a dauer de seu mantimento por dizer ou mandar dizer cada dia hũua mjssa em sancta maria aas quaaes mjssas seram rrezadas. E mando que o dicto vigairo aja hũu marco de prata aalem dos seis por Requerer as seis onças de prata que assy am dauer os dictos capellães por assy dizerem as dictas mjssas e lhas façadar e faça cantar as dictas mjssas a qual Jurdiçom e espiritualidade eu tresmudo E leixo aa dicta hordem assy como por derecho lha posso dar. E pellos sanctos padres E per el Rey meu Senhor me he outorgado E Rogo e encomendo aos meestres governadores que de poís de mym da dicta hordem forem que por galardõ do acreçentamento e bem que em ella fiz lhes praza por senpre auerem esta prata por bem despesa por mjnha aalma E mandem que sse de e pague como aquj faz mençom, E por çertidam de todo o sobredicto mandej seer fecha esta mjnha carta asinada per minha mãõ e aseelaada do Seello das mjnhas armas a qual pagua que sse assy a de fazer aho dicto vigairo e capellãas sera pollo dizimo das

dictas Jhas e lhe sera fecta en cadhūu anno por día de natall fecta em a mjnhã vila xviiº dia de Setembro Joaham de moraaes a ffez ano de nosso Senhor Jhesu christo de mjll e iiijc e lx annos (ed. SILVA MARQUÉS: *Descobrimientos portugueses*, I, 579-80).

III

TESTAMENTO DE DON ENRIQUE EL NAVEGANTE (13 de octubre de 1460).

Em nome de nosso Senhor, deus trindade perfecta o quall creo ssem duujda nhūa segundo manda a sancta jgreia de Roma que creamos. E em nome de nosso Senhor Jhesu christo E da sua bem auenturada madre nossa Senhora sancta maria. Eu o Jfante dom anrique governador da hordem da caualaria de nosso Senhor Jhesu christo duque de ujseu e Senhor de coujlhaa estando em todo meu Siso temendo e a ora da morte que nō sei quando nem honde sera faço meu testamento segundo Se segue primeiramente encomendo alma mjnha e ho corpo au meu Senhor deus e lhe peço que ante da rresureiçom e des que rresurgir elle me de saluaçom e me faça do conto dos seus sanctos por a ssua grande misericordia e piedade E peço a mjnha Senhora sancta maria por sseer madre de misericordia que peça a deus misericordia por mym que me de saluaçom E peço a meu Senhor sam lujs a que des mjnha nacença foy (*sic*) encomendado que elle com todos sanctos e sanctas e angos da corte celestrial Rogue a deus por mym que me de saluaçom. Jtem mando que ho meu corpo seja lançado no muimento que esta pera mym onde jaz el Rej meu Senhor e padre no mosteiro de sancta maria da ujtoria e ser morrer fora que seja la leuado chaamente e assy seja soterrado e ssem dóó que mando que por mym nom façam mas chaamente e honestamente seja encomendado a deus com oras e mjssas acostumadas e oferta e falhas que o meu testamenteiro ouer por bem o que faram compridamente pagar desencarreguando mjnha conciencia Jtem mando que as tres capellas que se am de cantar pera sempre neste mosteiro em que a deus prazendo entendo de jazer que se quantem segundo dello teem mjnha carta e outra estaa no conuento de tomar e assy estam todas as outras cartas das capellas que por mym mando quantar. E mando que sse quantem segundo em as cartas ha conthiudo. E peço aos meus testamenteiros que ajam os tralados das dictas cartas e que as façam assy cantar segundo em ella he conthuido. Jtem a el Rej meu Senhor prouue de me dar as Rendas que delle tenho dellas em merçee e delas em mjnha vida por tres annos depois de mjnha morte pera descarreguamento de mjnha conciencia as quaaes Rendas som as que seguem a saber ho meu asentamento e as saboarias e as Jhas da madeira e porto sancto e a desserta e gujnea com suas Jhas a toda sua Renda e o quinto das enxaueguas e as curujnas e lagos e aluor. E destas Rendas e de todo ho al que a mym pertencer aa ora de mjnha morte mando que

se façan estas despesas que sse seguen. Jtem mjnha sapultura segundo ém çima faz mençon. Jtem que se paguem mjnhas diujdas que forem sabidas per escripturas ou per outra çertidom ou per Juramento que onestamente deua seer criudo que Eu deuo de cousas que per meu comprador ou per outros meus ofiçiaaes ou per mym foron tomadas que se paguen compridamente e assy dalgũus serujços ou carretos que se paguem assy E estas diujdas sejam assy paguas primeiro que al ffecto meu soterramento. Jtem despo[s] esto mando que sse paguen meus moradores assy de moradias como de rreçõões e ssejam contentes de seu serujço segundo Rezom. Jtem mando que despos esto se fforem achadas outras diujdas que as paguen de quall quer guisa que seJa contanto que seJam çertas. Jtem por quanto mujtos dos meus criados teem seus aguasalhamentos de mym de teençaas em que viujam E aa ora de mjnha morte seèrem lhe tiradàs ficariãam em grande mjngua e a mjnha conciencia encarreguada porem Eu peço por merçee a el Rej meu Senhor E ao Jfante dom fernando meu mujto preçado filho E ao que ouuer ho mestrado despois de mym que por ho de deus E por mym fazerem merçee que cadhũu Reçeba por seu o que Renda teuer que a elle perteençaa e lha leixe em sua vida e Reçeba seu serujço como de seu criado e a deus lououres taaes som aueram por bem empreguada a merçee que lhe fezerem. Jtem as Rendas que Eu leixo pera tirar catiuos e fazer esmollas pera sempre peço ao meu testamenteiro que o faça conprir. E no conuento de tomar acharam a ordenança de como deue ser ffecto. Jtem peço a el Rej meu Senhor por merçee que elle queira seer meu testamenteiro por que seu he todo ho de que Eu faço este testamento E o leixo por meu herdeiro de todo o que a my perteençer aa ora de mjnha morte assy de Raiz como de mouell Resaluando o de que fiz herdeiro ho Senhor Jfante dom fernando meu filho E do que lhe elle mais do que ficar de mym quesser dar lho terrey em merçee Reseruando lagos e a Jilha da madeira e as outras cousas que lhe prouue de querer que ficassem pera sua coroa e de seus sobcessores. Jtem por que el Rej meu Senhor nam pode per ssy ser testamenteiro lhe peço por merçee que elle escolha hũu que entenda que o bem saiba fazer e outro que seJa veedor do testamento e lhe encarregue que o façam conteentando os do que for Rezom. Jtem por quanto Eu a deus lououres tenho mujtos criados e os hũus contentey per comendas outros per jgrejas outros per casamentos outros per teenças outros per ofiços outros viueram comjgo e nam merecerom o que lhe tenho dado porem Eu mando ao meu testamenteiro que esguarde bem todo E sse vir que em serujço dalgũu som encarreguado que o contente sua boa discpriçam Jtem porque poderia seer que em mjnha vida Eu satisfarey aas diujdas e Criados e leixarey pera mjnha subpultura que abaste assy que el Rey meu Senhor em ello nom tenha que fazer Eu o leixo porem por herdeiro segundo en çima faz mençom por elle teer encarrego de mandar conprir mjnhas capelanjas E lhe peço por merçee que assy a sseus soccessores Rejs destes Reinos que por sua bençom assy o mandem conprir e Eu assy lho peço por amor de deus

e por merçee E por que esta he mjnha uontade mando que este tenha e valla. E por çertidon dello o fiz per mjnha mão e o mandey aseelar com o seello de meu camafeu e com o ssynete das mjnhas armas e com o outro seello grande assy de mjnhas armas ffecto na villa do Jfante aa vinte e oito dias doutobro Era de mjll e iiij e sesenta e o assyney de sínall de mjnha mão. E enpero que outros condicilhos ou testamentos tenha ffectos mando que nom valham e que este valha e tenha E as capellanjas que mando cantar vão postas em hñu escripto que vay coseito em este meu testamento do qual escripto o tehor de berbo a verbo a este que sse segue. Em nome de deus amen esta he a manda e testamento pruuico e aberto que o Jfante dom anrrique fez e mandou em presença de mym pruuico notairo e testamunhas adiante nomeadas a dom frey fernando vigario Jerall da villa de tomar etc: que o cosese em seu testamento que per su mão fezera segundo a uerba que o dicto Senhor no dicto testamento escripto per sua mão o qual testamento com esto que neste aberto emadeo disse que auja por ffirme e Rato e outros nhñus nam posto que pareçessem por que esta he a sua pustumeira uontade. E primeiramente mandou aquy poer hñu thitollo que tall he. Estas som as Jgreiras e capellas que Eu o Jfante dom anrrique Regedor e gouernador da hordem da caualaria do nosso Senhor Jhesu christo duque de uiseu e Senhor de coujlhaa estabiliçi pera ssempre em Reuerença e louuor de meu Senhor Jhesu christo e da uirgem sancta maria sua madre mjnha Senhora. Jtem primeiramente estabeliçi e hordeney a Jgreia de sancta maria dafrica situada na cidade de cepta. Jtem estabiliçi e hordeney a Jgreia de sancta maria de belleem assythuada en Restello termo da cidade de lixboa. Jtem estabiliçi e hordeney a Jgreia de sancta catarina que Esta fora da villa do Jfante. E a capellaa e a capellaa (sic) de sancta maria que esta dentro em a dicta villa. Jtem estabiliçi e hordeney a Jgreia de sancta maria de msericordia situada em a ujlla dalcaçer dafrica. Jtem estabiliçi e hordeney a principall Jgreia de sancta maria da Ilha da madeira e di en diante as outras que sse hi hordenarem Estabiliçi a Jgreia da Ilha do porto santo E a Jgreia da Ilha deserta. Jtem hordeney e estabiliçi a Jgreia de sam lujs na Ilha de sam lujs E a Jgreia de san dñjs na Ilha de sam dñjs E a Jgreia de sam Jorge na Ilha de sam Jorge E a Jgreia de sam tomas na Ilha de sam tomas E a Egreia de sancta eyrea na Ilha de santa eyreea. Jtem hordeney e estabiliçi a Jgreia de Jhesu christo na Ilha de Jhesu christo E outra jgreia na Ilha graciosa. Jtem hordeney e estabiliçi a Jgreia de san miguell na Ilha de sam miguell E a Jgreia de santa maria na Ilha de sancta maria. Jtem hordeney e estabiliçi per outorguamento do sancto padre calisto iijº toda a espiritualidade da gujnee seer outorguada a hordem de christos pello quall Eu encomendo e mando a quallquer que for vigairo ou prior ou capellam soldado per a dicta hordem em cadhñu Jgreiairo daquellas teras que lhe praza cada somana ao sabado por sempre em mjnha vida e depois de mjnha morte dizer hñua mjsa de sancta maria E a comemoraçom seja de sancto spiritu com seu Responso E a comemo-

raçom de fidelium deus. Jtem ordeno e mando que os freires do conuento da mjnha villa de tomar aJam a Renda das mjnhas buticas da feira da dicta villa que fiz per autoridade del Rej meu Senhor e padre que deus aja E pella dicta Renda diram en cadhũ anno cem mjssas por mjnha alma leuando a Renda da dicta feira a prata em Respeito de cem mjssas rrezadas por cada marco de prata que en a dicta Renda montar orra mujto ora pouco. Jtem ordeno e mando que o leente da thiolisia da cadeira da prima aJa en cadhũ anno pera sempre doze marcos de prata por a primeira Renda dos dizimos que a ordem de christos ha na Ilha da madeira pollo quall faram o prinçipio no estudo e diram certas mjssas e preeguações segundo faz decraçom na carta mjnha que lhe dello leixo e esto em Renembrança da doaçom que lhe fiz das casas em que esta o dicto estudo. Jtem ordeno e mando que a ssee de ujseu aJa a Renda da feira que Eu mandei fazer dentro na çerca que esta Junto com a dicta çidade com condiçom que o cabijdo a mande a Recadar a de seis onças de prata a hũu capellam que digua todolos sabados do anno hũu[ã] mjssa Rezada de sancta maria en mjnha vida e depois de mjnha morte segundo se contem na carta que lhe delo leixo, Jtem estabeleço e mando que o mosteiro de santa maria da vitoria aJa pera senpre en cadhũ anno dezaseis marcos de prata em prata os quaes auera pellas Rendas das terras de tarouca e baldigem E esto por dizerem por mjnha alma assy em mjnha vida como despois de mjnha morte tres mjssas cadhũ dia no altar da mjnha capella que esta na capellaa del Rej dom Joham meu Senhor e padre que deus aja segundo he conthiudo na carta mjnha que lhe dello leixo E por sse todos estes benefiços e mjssas dizerem por mjnha aalma como per mym he hordenado Eu escolhi por preueedor dello sentindo que o faria bem e como compre por meu serujço e bem de mjnha alma ffrey antam gonçalvez meu escpriuam da puridade alcaide moor do castelo de tomar E assy aos seus ssoçesores aos quaaes Eu hordeno que aJam por seu trabalho pella vintana da espritualidade de gujnee sete marcos de prata segundo sse contem na carta mjnha que lhe dello leixo. E hordeno per mjnha carta que leixo aos mestrees Regedores e gouernadores da horden de christos que despois de mjn forem que constranguam o dicto preueedor e seu socesores que facam conprir esto que per mjn he hordenado e sse njgregentes forem a esto proueerem que os tirem e enlegam outros que ssentirem que o façan bem E assy como compre por saluaçam de mjnha aalma segundo he conthiudo na carta mjnha que delo leixo ao mestre ou mestres Regedores e gouernadores. Jtem ordeno e mando que todollos os meus ofiçiaaes de mjnha casa e assy todollos meus almoxarifes e outras persoas que mjnhas Rendas e dinheiros e cou- sas Receberom nam enbarguante que me nom tenham dadas suas contas a mym apraz principalmente pello amor de deus E por saluacam de mjnha aalma ave llos por qujtes e liures de todo o que assy por mym Receberom e despenderon a elles a sseus beens e herdeiros E man- do a fernam salguado meu escpriuam da camara E proujco notaïro

per mjnha autoridade em mjnha casa e en todas mjnhas terras que lhe dello senhos estormentos de qujtaçam assynados do seu pruuico sinall os quaaes Eu ey por bõos e fírmes E valiossos pera todo sempre E peço por merçee a el Rey meu Senhor E ao Senhor Jfante meu mujto preçado e amado filho E assy Rogo e encomendo aos mestres Regedores e gouernadores da hordem de christos que despois de mym hi forem que lhe nom vaam contra as dictas qujtações em parte nem en todo antes lhe guardem e façam comprir e guardar por quanto a mym apraz e he mjnha merçee sem embargo de todo Realmente os dar por quites e liures como dicto he E lhes fazer merçee por mujto serujco que delles Risibí peço por merçee a el Rey meu Senhor E ao Senhor Jfante meu mujto presado e amado filho e encomendo e mando e Rogo aos mestres Regedores e gouernadores da ordem de christos que despois de mym forem e comendadores da dicta ordem que conpram e façan conprir e pagar e guardar estas mjssas qujtações per mjm ordenadas e cantar e dizer as dictas mjssas como suso faz mencom e esto pellas vintanas das mjnhas Jlhas e de gujnee e Rendas de terras Jgreias e comendas segundo māj conpridamente he contheudo nas cartas mjnhas que de todo leixo fectas e facam todo comprir assy e guardar Realmente e com effecto por mjnha aalma como elles desejam que deus hordenasse que fizessem peillas suas pellos beens e acreçentamento delles e doutras Rendas que leixo e ffiz pera hordem de christo ffecto na villa do Jfante treze dias do mes doutobre da era do nacimiento de nosso Senhor Jhesu christo de mill e iiijc e sesenta anos testemunhas dom ffrey fernando vigairo gerall de tomar e das Jlhas etc. E o mestre en tiolisia frey joham martjnz que foe confesor do dicto Senhor Jfante En esta sua postumeira fim e dom Fernando deca e martim correa guarda moor do dicto Senhor E do seu consselho e frey pedro anes seu ciqujteiro mor. E diogo dälmeida cavaleiro de sua casa e Johā gorizo e Eu fernan salguado escpriuam da amara do Jfante don anrique meu senhor e proujco notairo per sua autoridade em sua casa e em todas suas terras que esto per mandado do dicto Senhor escpreuj e em elle meu sinall fiz que tall he (ed. SILVA MARQUÉS: *Descobrimientos portugueses*, I, 588-92).

BIENES PROPIOS Y DERECHO DE PROPIEDAD EN LA ALTA EDAD MEDIA ESPAÑOLA

Notas para su estudio

S U M A R I O

I. LOS BIENES PROPIOS.

- A) *El concepto usual de "bienes propios"*: La identificación de los bienes "propios" con los heredados de un ascendiente (1).
- B) *Bienes que se consideran "propios"*: La difusión de la expresión "bienes propios" (2). Son bienes "propios" los heredados de ascendientes (3), los obtenidos por roturación o trabajo (4), por compra (5), por indemnización de daño o delito (6), como arras o donaciones matrimoniales o por "perfilatio" (7), por donación del señor o del rey (8) y los de "ganancia" (9). Tienen el carácter de "propios" conjuntos de bienes de herencia y de ganancia que pertenecen a una o varias personas (10).
- C) *El significado de "bienes propios"*: Planteamiento de la cuestión (11). En la época visigoda "propio" es lo que pertenece a una persona (12) y "propiedad" la pertenencia privativa a la misma (13). Estas acepciones subsisten en la Alta Edad Media (14), pero en ésta tener una cosa "como propia" supone un derecho pleno sobre la misma (15).

II. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PLENO SOBRE LAS COSAS.

- A) *La denominación primitiva de este derecho*: La evolución de los derechos sobre las cosas en Roma (16). El uso y desuso de la voz *dominium* y el empleo de *ius* como sinónimo en la época visigoda (17). El uso indistinto de *dominium*, *ius* y *potestas* en la Alta Edad Media (18).
- B) *El contenido del "dominium" o "ius"*: La evolución terminológica y la interna del derecho pleno sobre las cosas (19). Los derechos de

uso, disfrute, tenencia, posesión y enajenación como integrantes del *dominium* en la época romana (20). La exclusión en éste del uso y disfrute durante la época visigoda y los primeros siglos de la Alta Edad Media (21). La acentuación en estas épocas de la "tenencia perpetua" como nota característica del *dominium* (22) y su posterior insuficiencia para ello (23). Las notas características del pleno derecho sobre las cosas como resultado de la anterior evolución (24): la firmeza o irrevocabilidad (25), la libertad de hacer y disponer de la cosa (26) y la exención de todo otro derecho o carga (27).

C) *La nueva configuración del derecho pleno sobre las cosas:*

a) *El ius hereditarium*: La tierra como elemento substancial en la sucesión hereditaria (28). La *hereditas* como condición y situación jurídica de ciertos bienes (29). El *ius hereditarium*, derecho sucesorio (30), se convierte en el siglo XII en derecho pleno sobre las cosas (31).

b) *La "proprietat"*: El concepto de *hereditas propria* (32). La tenencia *ad proprium* equivale al pleno derecho sobre las cosas (33). Por ser equívocas y expresar además situaciones o derechos distintos del pleno sobre las cosas, *ius*, *hereditas* y *dominium* van siendo desplazados (34). "Bienes propios" son aquellos en los que el titular ejerce un derecho pleno y exclusivo, en oposición a los que se tienen con carácter señorial o feudal (35). El derecho sobre los bienes propios se configura como *propiedad* (36).

I. LOS BIENES PROPIOS

A) *El concepto usual de "bienes propios"*.

I. En las fuentes jurídicas de la Alta Edad Media española se encuentra a menudo la expresión *hereditas propria*, o *ecclesia propria* u otra análoga, caracterizando la tierra, iglesia o cosa que es objeto de una donación, venta u otro negocio jurídico. La expresión, por otra parte, no es exclusiva de las fuentes españolas. En Francia, especialmente y no sólo en los primeros siglos de la Edad Media, existen los que se llaman *biens propres*¹. En los textos

1. P. VIOLLET: *Histoire du Droit civil français*³. París, 1905, 823-25.—
J. BRISSAUD: *Manuel d'Histoire du Droit privé*. París, 1935, 205-7.—
E. CHÉNON: *Histoire générale du Droit français public et privé des origines à 1815*. II, París, 1929, 230-31.—G. LEPOINTE: *Droit romain et ancien Droit français: Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*. París, 1958, págs. 277 y 441.

latinos en que se recoge el Derecho germánico y el alemán, el participio substantivado *eigen* (del verbo *eigan*, 'tener') se traduce como *proprium*².

Propios son en el Derecho francés los bienes de familia, es decir, los que se adquieren por sucesión o donación de un ascendiente, a diferencia de los *adquiridos* o *ganados* (*acquêts, conquêts*), que son los que se tienen por compra o donación. Respecto del Derecho español de la Alta Edad Media, Braga da Cruz considera como *propios*, en primer lugar, los bienes heredados directamente de los padres o abuelos, pero también los heredados de un colateral que a su vez los recibió del padre o abuelo del que ahora los considera *propios*, los recibidos como anticipación de la cuota sucesoria o mediante donación de un ascendiente —no de un colateral, a menos que procedan de un ascendiente del donatario—, los adquiridos por compra de un ascendiente y los adquiridos por cambio con un bien propio³.

Todos estos bienes son, sin duda alguna, *propios*, como Braga da Cruz demuestra con abundantes testimonios. Sin embargo, dirigida su atención a estudiar el régimen de los bienes familiares y el derecho de troncalidad —lo que realiza cumplidamente—, se ha fijado sólo en los textos en que como *propios* se consideran aquéllos, sin reparar en que también en los documentos se da la misma consideración a otros bienes que ninguna relación guardan con la familia; es decir, a los que dentro de la clasificación comúnmente seguida se considera como *adquiridos*. Los documentos ofrecen abundantes testimonios de esto, algunos de los cuales se recogen a continuación, en un ámbito geográfico más amplio que el que fué investigado por Braga da Cruz.

B) Bienes que se consideran "propios".

2. Ante todo, conviene llamar la atención sobre la difusión del calificativo de *propios*. En una extensa región de la Península la

2. K. VON AMIRA: *Grundriss des germanischen Rechts*². Strassburg, 1913, 192-93.—R. HÜBNER: *Grundzüge des deutschen Privatrechts*⁵. Leipzig, 1930,² 241-43.

3. G. BRAGA DA CRUZ: *O direito de troncalidade e o regime jurídico do património familiar*. I, Braga, 1941, 30, 37, 53, 66, 74-75, 76 y 77.

expresión no se recoge en los documentos o aparece sólo excepcionalmente en algunos. Tal ocurre en la región castellana, en la zona de Santander, en Navarra y en el Pirineo aragonés, como puede observarse repasando los cartularios o colecciones documentales de Arlanza, Cardena, Oña, Santillana del Mar, Valpuesta, San Millán de la Cogolla, Santa María de Fitero, colecciones de la época de Sancho Ramírez y cartulario de Roda. En algunas de estas partes no se alude al carácter de *proprios* de los bienes, ni tampoco en las enajenaciones al título de procedencia de los mismos. Si esto se debe tan sólo al empleo de determinados formularios —las escrituras, en efecto, presentan rasgos peculiares— o afecta a la naturaleza misma de los bienes —para la que aquellas distinciones carecen de importancia— es imposible decirlo sin un estudio exhaustivo de los documentos, que no es éste el lugar de llevar a cabo, por ser otra la finalidad de estas notas. En todo caso, sí cabe observar —y para ello el estudio de Braga da Cruz ofrece materiales suficientes— que en regiones, como Portugal, donde las referencias a bienes *proprios* y a bienes de abolengo y adquiridos son frecuentes, al aludirse a los de abolengo unas veces se destaca en los textos su carácter de *proprios* y otras no se dice nada a este respecto, indicando simplemente el otorgante que son *meos* o *nostros*⁴. Estas dos últimas expresiones sí se encuentran en aquellas regiones en que no se halla la voz *proprius*. Pero aunque, probablemente, unas y otras expresan la misma idea, las observaciones siguientes se refieren a los bienes que expresamente se califican de *proprios*.

3. Que son *proprios* los bienes recibidos en herencia de los padres o abuelos, no ofrece duda. Además de los textos aportados por Braga da Cruz, pueden alegarse otros procedentes de diversas regiones españolas. Así, en Galicia, en 1020 se enajena una “villam nostram propriam quam habuimos ex successione ipsius parentis nostris”⁵, y en 1124, una “hereditate nostra propria quae habemus de avibus nostris iure hereditario”⁶. En tierras castellanas, en 1054,

4. BRAGA DA CRUZ: *O direito de troncalidade* I, 57 n. 99.

5. A. LÓPEZ FERREIRO: *Historia de la Santa A. M. Iglesia de Santiago de Compostela*. II, Santiago, 1899, apénd. núm. 91, pág. 224.

6. S. MONTERO DÍAZ: *La colección diplomática de San Martín de Iubia* (977-1199). Santiago, 1935, núm. 28, pág. 75.

una mujer hace donación "de hereditatibus meis propriis, quas habui ex avis vel parentibus meis iam superius dictis, quas contigit michi habere cum heredibus meis"⁷; y en 1073 el otorgante de otro documento declara "tradido mea divisa propria quam habui de meo pater"⁸. En el otro extremo de la Península, en el Pirineo catalán, en 934, varias personas venden "alodem nostrum proprium, quod nos ibidem habemus vel ereditare debemus"⁹.

4. Pero, como antes se ha indicado, también se considera como *proprios* a bienes que no proceden de los padres por herencia o cualquier otra vía. Así, tienen este carácter los bienes creados o adquiridos mediante el trabajo o industria del titular. Puede haber duda respecto de una "ecclesia mea propria quam abeo fundatam manibus meis in hereditate avii vel patrum"¹⁰, porque se aplique el principio "ecclesia solo cedit"¹¹ y, en consecuencia, aquélla siga la suerte de éste. Pero esta duda no existe cuando en 912 varias personas hacen donación de "nostras proprias ecclesias... que manibus nostris extirpe radice fecimus in territorio de Area Patri-niani"¹²; o cuando en 1101 se vende una heredad de la que los vendedores dicen ser "nostra propria quam habuimus de apretisione"¹³. Como son también *proprias* no ya las heredades, sino las cepas que se adquieren mediante un contrato de plantación. A ello aluden, en la región catalana, los que en un documento de 1014 expresan que "vinditores sumus... IIII pecias de vineas nostras

7. L. SERRANO: *Cartulario de San Pedro de Arlansa*. Madrid, 1925, núm. 55, pág. 114.

8. J. ALAMO: *Cartulario de Oña*. I, Madrid, 1947, núm. 67, pág. 103.

9. F. MONSALVATJE: *El obispado de Elna*. I, Olot, 1911, apénd. núm. 19, pág. 339.

10. Documento de 943, publicado en este ANUARIO I, 1924, 211 n. 32.

11. Véase A. GARCÍA GALLO: *El Concilio de Coyansa. Contribución al estudio del Derecho canónico español en la Alta Edad Media*. Madrid, 1951, 222-24 (y en este ANUARIO XX, 1950, 494-96).

12. L. SERRANO: *Cartulario de San Millán de la Gogolla*. Madrid, 1930, núm. 3, pág. 4.

13. ACADEMIA PORTUGUESA DA HISTORIA: *Documentos medievais portugueses. Documentos particulares*. III, A. D. 1101-1115, Lisboa, 1940, núm. 2, página 2.

proprias quod abemus in chomitatum Minorresa...; advenit nobis de complantacione sive per omnes voces”¹⁴.

5. Son también *proprias* las tierras que se adquirieron por compra. Los textos son numerosos y ninguno de ellos contiene frase alguna que pueda hacer pensar que los bienes adquiridos por compra lo fueron a personas que a su vez los habían recibido de ascendientes del actual poseedor. Así, en un documento de 902 del norte de Cataluña el otorgante declara “vindo tibi terra propria iuris mee qui mihi advenit per comparacione”¹⁵. En el condado de Ausona, en 909, otras personas venden “aliquit de terra nostra propria iuris nostre, qui nobis avenit per excomparacione”¹⁶. Cerca de Barcelona, en 921, el donante, insistiendo en que lo donado fué adquirido por él mismo, declara que “dono namque tibi molino meo proprio, qui michi advenit per mea comparatione”¹⁷. Más al sur, en la provincia de Tarragona, se venden en 975 unas “terras meas proprias cultas, qui mihi avenit per meas comparationes”¹⁸. Pero esto no sólo se encuentra en Cataluña. También en el extremo opuesto de la Península, en Braga, es objeto de donación una “hereditatem meam propriam... fuit de Sesnando Todemiriz et comparavi eam per precium et carta”¹⁹.

6. Son bienes *proprios* los que se adquieren con el carácter de indemnización por algún daño, como una “vinea nostra propria que abemus in monasterio de Villacova, que mici vendiderunt ipsos fratres de Villacova pro fogo que cedarunt et facerunt damno”, que es objeto de una transacción en Portugal en 998²⁰. E incluso lo son

14. F. MONSALVATJE: *Colección diplomática del condado de Besalú*. IV, Olot, 1908, núm. 2.172, pág. 241.

15. MONSALVATJE: *Colec. diplom. Besalú* IV, núm. 2.028, pág. 33.

16. F. UDINA MARTORELL: *El Archivo condal de Barcelona en los siglos IX-X, estudio crítico de sus fondos*. Barcelona, 1951, núm. 25, pág. 141.

17. J. RIUS SERRA: *Cartulario de San Cugat del Vallés*. I, Barcelona, 1945, núm. 10, pág. 14.

18. F. UDINA MARTORELL: *El “Llibre blanch” de Santa Creus (Cartulario del siglo XII)*. Barcelona, 1947, núm. 1, pág. 1.

19. *Docum. medievais portug.* III, núm. 149, pág. 132. Expresiones análogas en otros documentos de la misma colección: núms. 22 y 27.

20. *Portugaliae Monumenta Historica. Diplomata et Chartae*. Lisboa, 1867, núm. 179, pág. 110.

también los que el príncipe puede recibir por *iudicatum*, como los que en 1024 vende el conde Berenguer de Barcelona con su mujer Sancha, consistentes en un "alodem nostrum proprium, et terras et vineas, domos cum curte, que habemus in comitatu Barcheonensi ad radicem montis Iudaici. Advenit nobis per principalem voce sive per aliquas quascunque voces: accidit etiam uni Hebraeorum, cui nomen Isaac, filio genito Hebraei, adulterium exercere cum quadam Christiana habente viro superstite, pro quo advenit nobis"²¹.

7. Son *proprios* los bienes que la mujer recibe en arras de su marido. Por eso, cuando en 930 la viuda Fruio y su hijo Oliván venden una tierra, dicen de ésta que es "alodem nostrum proprium, qui nobis advenit: ad me Fruione, femina, de viro meo nomine Asenarii, qui fuit condam, ipse meus decimus; et ad me Olibane, de ienitori meo iam dicto Asenario"²²; lo mismo que en 981 se vende una "vinea nostra propria, qui nobis advenit, ad me Nadesinda per decimum, et ad nos filios per genitorem nostrum"²³. Y cuando el conde Berenguer de Barcelona y su mujer Sancha venden en 1024 unas "domos cum turribus" cerca de la ciudad de Barcelona, explican: "advenerunt mihi Berengario per vocem parentum meorum sive per alias ullaque voces; et mihi SANCIE per largitionem viri mei praefati, et per decimum sive per ullaque voces"²⁴. Y otro tanto ocurre en León, en 1025²⁵. Aunque la referencia no sea tan concreta, el mismo carácter tiene la "hereditate mea propria que fuit de viro meo Vimara", a que se alude en un documento portugués de 1091²⁶.

De igual manera son *proprios* los bienes que el marido recibe de su mujer, como ocurre con la "hereditatem meam propriam que habui de parte de mea muliere Guda", que en 994 se vende en Portugal²⁷.

21. P. DE MARCA: *Marca Hispanica sive limes hispanicus, hoc est geographica et historica descriptio Cathaloniae, Ruscinonis et circumiacentium populorum*. París, 1688, apénd. núm. 197, columna 1.038.

22. MONSALVATJE: *Colec. diplom. de Besalú IV*, núm. 2.093, pág. 131.

23. RIUS SERRA: *Cart. de San Cugat I*, núm. 142, pág. 119.

24. *Marca Hispanica* apénd. núm. 117, col. 1.038.

25. Véase el documento citado en la nota 38.

26. *Portug. Monum. Hist., Dipl. et Ch.* núm. 761, pág. 453.

27. *Portug. Monum. Hist., Dipl. et Ch.* núm. 171, pág. 106.

Son propios los bienes que se reciben en virtud de una *perfoliatio*²⁸

8. *Propios* son también los bienes que se reciben por donación del señor, con este carácter, como aquel “casale meo proprio que habeo in villa Margariti, quos mihi concessit mea domna Mumma domna; quos mihi illa concessit pro servitium que ei illa complacuit, et meos directos et mea offertione, quod ad illa complacuit”, de que se habla en un documento portugués de 1021²⁹. Lo mismo que los que se reciben por donación del rey, como aquella “villam nostram probria que fugit de I. V., que nos incartavit rex domno Veremuto”, y que en 1035 su propietario enajena³⁰. Sobre donaciones de tierras hechas por los príncipes en las que se insiste en que se conceden *ad propriam hereditatem*, se tratará más adelante (§ 32), aportando los textos justificativos, cuando se examine la naturaleza del derecho que se concede sobre las mismas.

9. Este conjunto de datos, escogidos al azar en las colecciones documentales a título de ejemplo, prueba claramente que el concepto de bienes *proprios* en la Alta Edad Media española no se circunscribe tan sólo a los familiares, heredados o de abolengo, sino que abarca también a los obtenidos por roturación o propio trabajo, compra, compensación, donación del señor o del rey, donación matrimonial, etc. No cabe siquiera pensar que, por cualquier razón a nosotros desconocida, tales bienes pueden considerarse asimilados a los de abolengo y contados entre ellos. Hay documentos en los que de manera expresa se dice que determinados bienes *proprios* tienen el carácter de adquiridos o de ganancia. Así, por ejemplo, aquel mediante el cual un sacerdote en Castilla, en 943, declara “traderem aliquid ex proprio meo ganato in honorem Sancti Andre Apostoli”³¹. O aquel otro portugués, de 1086, que, más pre-

28. 974, Sahagún (Véase el texto citado en la nota 37).

29. *Portug. Monum. Hist., Dipl. et Ch.* núm. 247, pág. 153.

30. V. VIGNAU: *Cartulario del monasterio de Eslonza*. Madrid, 1885, número 33, pág. 64.

31. L. SERRANO: *Becerro gótico de Cardeña*. Valladolid, 1910, núm. 121, página 135.

ciso aún, recoge la venta de una "ecclesia mea propria que comparavi et ganavi per meo pretio et per meas cartas" ³². U otro castellano, de 1106, por el que dos hermanos venden "nostram propriam terram quam habemus in villa que vocatur Petrapidonia... et habuimus istam terram ganadam de domna Estruçia de Salçe" ³³.

10. Y no sólo esto. Son muy numerosos los casos en que aludiéndose al patrimonio de determinadas personas, se consideran bienes *propios* y se engloban en este concepto, conjuntamente, tanto los recibidos de los padres y abuelos como los adquiridos o ganados por compra. Sería interminable recordar todos los ejemplos, pero sí conviene ofrecer algunos que prueben la difusión de este concepto amplio en distintas regiones españolas. Así se encuentra, en Portugal, en 1050, en la venta de una "ereditate nostra probia... quanta ibi nos conpede inter nostros iredes... tan de parentela quam et de nostras comparationes" ³⁴; en 1108, en Braga, en la venta de "domos et hereditates nostras proprias... et venit nobis in portione de aviorum et parentum nostrorum et de comparatea et de contramuda" ³⁵.

Incluso cuando existe un condominio y es diverso el título con que cada uno de los condueños posee los bienes, éstos se consideran *propios*. Por eso, en 1901 dos individuos se refieren a la "medietate nostrarum hereditatum propriarum, quas habemus, ego Ragui de comparado, et ego Rodericus ex parte aviorum et parentum meorum et de comparado" ³⁶. La diversidad de procedencias se observa también en el territorio leonés, cuando en 974 un noble vende la "ereditate mea propria quem abui" y enumera lo que la compone, especificando el título con que posee cada cosa: "illo prato de Mozar ab integro, qui fuit de Abomar; et in villa de Rezmire vinea... et solares de casas, qui habuit de Eldebona pro filiatione" ³⁷.

32. *Portug. Monum. Hist., Dipl. et Ch.* núm. 680, pág. 395.

33. ALAMO: *Cart de Oña I*, núm. 124, pág. 158.

34. *Portug. Monum. Hist., Dipl. et Ch.* núm. 375, pág. 228.

35. *Docum. medievais portug.* III, núm. 276, pág. 246.

36. *Portug. Monum. Hist., Dipl. et Ch.* núm. 756, pág. 451.

37. R. ESCALONA: *Historia del R. monasterio de Sahagún*. Madrid, 1782, núm. 54, pág. 425.

O en la donación que en 1025 una mujer hace de las "hereditates meas proprias quem abeo de meas ganantias et de meos parentes, et alias quas dedit michi viro meo A. L. ad meas nubtias"³⁸. O en la venta en 1050 de la "villa nostra propria que abemus de parentibus vel abios nostros... sive de nostra ganantia comodo et de nostras comparationes"³⁹. Y otro tanto se da en Cataluña. Se lee así, en un documento de 915, cómo "Hodecario, monacho, dono vel trado ad domum Sanctas Crucis... terra mea propria, que mihi advenit de comparacione vel de genitrice mea Matrona"⁴⁰. Y en otro de 1016, de Ripoll, que se vende "alodem meum proprium; qui mihi advenit per parentorum vel per comparacione sive per excomiacione vel per qualicumque voce"⁴¹. Esta expresión genérica de aludir a cualquier título o *qualicumque voce*, se repite frecuentemente en los documentos catalanes. Como en uno de 993, en el que dice el otorgante que es la "terra nostra propria, que nobis advenit per vocem de praedicto Sancti Petri cenobio nostro vel per quacumque voce"⁴²; y en otros de 1016 y 1024 que ya han sido antes citados⁴³.

C) *El significado de "bienes propios"*.

II. De todo lo expuesto resulta evidente que bajo el concepto de bienes *proprios* no se incluyen sólo, en la Alta Edad Media española, los de *abolengo* o *parentela*, sino también los *adquiridos* o de *ganancia*, con lo cual nuestro Derecho se diferencia en este punto del francés, y resultan por ello inaplicables a él las construcciones y esquemas peculiares de éste. Ello obliga, por tanto, a indagar cuál sea el carácter de los bienes *proprios* en el Derecho español, y en qué los bienes de *abolengo* y de *ganancia* —que, por otra parte, se distinguen en él— coinciden y están sujetos a un régimen común. El escaso interés que los investigadores han mostrado hasta ahora por el régimen de propiedad y los derechos reales en la España medieval hace más difícil la resolución del problema.

38. ESCALONA: *Hist. de Sahagún* núm. 79, pág. 447.

39. VIGNAU: *Cart. de Eslonza* núm. 34, pág. 62-63.

40. RIUS SERRA: *Cart. de San Cugat I*, núm. 8, pág. 12.

41. MONSALVATJE: *Colec. diplom. de Besalú IV*, núm. 2.173, pág. 242.

42. RIUS SERRA: *Cart. de San Cugat I*, núm. 293, pág. 246.

43. El de 1016, de Ripoll, véase citado en la nota 41, y el de 1024 de Barcelona en la nota 21.

12. La expresión *bona propria*, cuyo sentido en la Alta Edad Media española se ha tratado de precisar en las páginas anteriores, no es exclusiva de ella, pues aparece ya con cierta frecuencia en los textos españoles en la época visigoda. En los más antiguos, cuando menos del siglo VI, suele hablarse de la *facultas propria*, y sólo en la segunda mitad del VII se encuentra la de *bona propria*. En cualquiera de los casos, *proprium* expresa la pertenencia personal o que los bienes de que se trata son los particulares de una persona determinada. Así, en los textos más antiguos, cuando para indemnizar los daños ocasionados por la negligencia del juez se dispone que “de propria iudicis facultate omne, quod perit... restitatur”⁴⁴; o en tiempos de Chindasvinto, cuando se obliga al juez venal “secundum quod inspexerint, iuxta contemplacionem de facultate propria componere compellatur”⁴⁵; y en las leyes de Ervigio, cuando los cónyuges “invicem sibi unus in alterius nomine de facultate propria donationis faciant scripturan”⁴⁶; o cuando corrigiendo una ley de Chindasvinto sobre la libertad de disponer “mortis causa” de los bienes, alude al conjunto de los del testador como sus *propriis rebus*, sujetas a distinto régimen que las tierras recibidas del príncipe”⁴⁷. Este mismo sentido tiene la expresión en la ley militar de Ervigio, en la que se habla expresamente de *bona*, al señalar penas a los que infringen lo ordenado en ella: “si maioris loci persona fuerit, id est dux, comes seu etiam gardingus, a bonis propriis ex toto privatus exilii relegatione iussu regio mancipetur”⁴⁸.

44. *Liber iudiciorum* 7, 1, 1 antiq.—En el mismo sentido, el *compulsor exercitus* que con su conducta ocasiona daños, “in duplum de propria facultate satisfaciatur illis”: *L. iud.* 9, 2, 5 antiq.; o el conde o encargado de las *annonae*, “in quadruplum eis invitus de sua propria facultate restituat”: *L. iud.* 9, 2, 6 antiq.

45. *L. iud.* 6, 4, 3 Chind.—En *L. iud.* 2, 4, 6 Chind. en caso de falso testimonio “si maioris loci persona est, det illi de propria facultate sua”.

46. *L. iud.* 4, 2, 19 Erv.—En 693 el *Concilio XVI de Toledo*, en el tomo regio alude a la confiscación: “amissis insuper cunctis facultatibus propriis...”

47. *L. iud.* 4, 5, 1 Recesv.—SAN ISIDORO DE SEVILLA, que no define la voz *proprius*, la única vez que la emplea lo hace en el sentido de cosa especial: *Etymol.* 1, 7, 1: “Propria nomina dicta quia specialia sunt. Unius enim tantum personam significat...”

48. *L. iud.* 9, 2, 9 Erv.

13. Por eso, en términos abstractos se da el nombre de *proprietas* al conjunto de bienes que pertenecen a una persona particularmente, destacando su pertenencia a la misma y sin que la palabra exprese por sí sola la naturaleza y alcance del poder que la persona tiene sobre las cosas. La palabra se encuentra ya en las leyes visigodas procedentes del Código de Leovigildo, como cuando con referencia al niño que fué expuesto por sus padres y recogido y criado por otro se dispone que “a iudice territorii de proprietate parentum expositus redimatur”⁴⁹. Y así, en el condominio cada uno de los condueños tiene una parte *proprietatis sue*: “quod si aliquis coram sacerdote vel diacono commune mancipium ex integro manumiserit, proprietatis sue partem de mancipio amittat”⁵⁰. La misma acepción se mantiene en tiempos de Chindasvinto⁵¹, Recesvinto, Wamba y Ervigio. El hecho de que en las leyes de todos éstos se fijó la responsabilidad económica de ciertas personas, y de que la misma recaiga, precisamente, sobre sus bienes particulares, hace que el sentido de *proprietas* antes indicado se exprese con toda claridad. Así, tratándose de religiosos o cléricos se insiste en que paguen con sus bienes y no con los de sus iglesias. “Religiosus etiam —dice Recesvinto—. qui se in eadem culpa devolverit, simili rerum proprietatis sue dispendio subiaceat”⁵². “Tota ecclesie ille de sua idem iudex proprietate debet componere”, dice Wamba⁵³. Y Ervigio, por su parte, al señalar sanciones fiscales especifica que “tantum de bonis proprietatis sue fisco nostro adplicandum amittant”⁵⁴.

14. Este mismo sentido de atribución de ciertos bienes a una persona se mantiene en los primeros siglos de la Reconquista, y en muchos de los textos antes citados podría parecer que la declara-

49. *L. iud.* 4, 4, 1 antiq.—*L. iud.* 5, 4, 17 antiq., refiriéndose a los hermanos en las ventas de esclavos, dice “quod ille aut ipso commercii tempore, qui inducebantur, usurpet sue proprietati habiturus”.

50. *L. iud.* 5, 7, 2 antiq.

51. *L. iud.* 3, 5, 3 Chind.: “certe si aut ipsa[uxor] discesserit, aut communes filii desunt, proprietatem prevaricatoris viri propinqui eius heredes incunctanter obtineant... ita videlicet, ut proprietatem femine eius filii aut heredes habeant”.

52. *L. iud.* 2, 1, 6 Recesy.

53. *L. iud.* 4, 5, 6 Wamba.

54. *L. iud.* 12, 3, 19 Erv.

ción de ser *proprios* los bienes tiende a afirmar esta pertenencia, lo mismo que cuando el otorgante u otorgantes añaden —o simplemente dicen— que son *meos* o *nostros*. En este sentido es terminante la declaración que en 1085 hace en tierras leonesas el donante de una heredad, cuando advierte que “abui ea per partitione inter meos germanos quos ego partivi, et est mea probria sine alteros omnes et sine aliqua calumpnia”⁵⁵. Los bienes propios son, pues, bienes exclusivos de una persona. De igual forma que *proprietatis* indicá esta misma atribución en un documento catalán en 988, en el que el otorgante dice: “donationem fecissen de aliquid de proprietate mea”⁵⁶. Mas si tenemos en cuenta que en varios de los textos antes recogidos se considera como propios los que están en condominio⁵⁷, esta exclusividad no hay que entenderla en el sentido de ser una propiedad esencialmente individual y no familiar —¡los bienes de abolengo son propios!— o colectiva, sino en el de que sobre la misma no se superponen derechos de diversa índole, como, sin duda, quiso expresar el otorgante del texto antes citado de 1085, al subrayar que su heredad estaba “sine alteros omnes et sine aliqua calumpnia”.

15. Ahora bien, en la insistencia y en la forma de hacer tal declaración se observa que el ser *proprios* los bienes significa algo más que una atribución de pertenencia; es decir, expresa un derecho sobre los mismos o una situación peculiar. Varios textos catalanes muy antiguos insisten en esto cuando dicen que la heredad enajenada se tenga *como propia*. Así, en 845, en Elna, el vendedor, tras enumerar las cosas vendidas, advierte al comprador que “de haec omnia superius scripta agere vel iudicare volueris habeas potestatem ad proprio”⁵⁸. En 855, en Cuxá, se destaca que lo donado se tenga “haec omnia ab omnem integritatem ad proprium”⁵⁹. Y aludiendo a la transferencia del derecho sobre la cosa vendida, en 882, en Elna, el vendedor dice que ésta “de meo iure in tuo trado

55. VIGNAU: *Cart. de Eslouza* núm. 44, pág. 77.

56. *Marca Hispanica* núm. 138, col. 950.

57. Véanse los textos citados en las notas 5, 6, 9, 12, 13, 14, 21, 22, 23, 24, 32, 34, 38, y especialmente el de la 35.

58. *Marca Hispanica* núm. 18, col. 781.

59. *Marca Hispanica* núm. 26, col. 789.

dominio ad proprium”⁶⁰. Lo *proprio* en todos estos casos no es tan sólo lo privativo de uno, sino algo que se tiene de una especial manera: *ad omnem integritatem*, como dice una de los documentos; es decir, con la plenitud de derechos o poderes sobre la cosa, sin desintegrar el conjunto de los que constituyen el *dominium*, cediendo alguno de ellos. O, como dice una fórmula de venta del siglo XII: “ad vestrum proprium plenissimum alodium”⁶¹. He aquí, pues, que lo que caracteriza a los bienes propios no es su procedencia, sino la plenitud del derecho que se tiene sobre ellos.

II. LA EVOLUCION DEL DERECHO PLENO SOBRE LAS COSAS

A) La denominación primitiva de este derecho.

16. ¿Qué derecho es el que se tiene sobre los bienes propios? No es fácil responder a esto, porque los derechos sobre las cosas evolucionan desde los tiempos del Imperio y las figuras clásicas del Derecho romano se van desdibujando. Ya en la época postclásica el antiguo *dominium ex iure Quiritium* —que suponía el derecho pleno sobre las cosas—, la *in bonis esse*, la *possessio* sobre los fundos pertenecientes al Estado, y la *proprietas* de los peregrinos, distintas en su origen, en su carácter y en su contenido, habían ido aproximándose y borrando sus diferencias hasta llegar a constituir un nuevo tipo de derecho sobre las cosas, que continuó designándose con el viejo nombre de *dominium* —aunque el contenido fuese nuevo— o con el de *proprietas*⁶². La independencia de la Península respecto del Imperio en el siglo V, al aislarla apartó probablemente

60. *Marca Hispanica* núm. 43, col. 813.

61. *Formulario de Santas Creus* 2 (publicado por VALLS TABERNER, en este ANUARIO III, 1926, 509) y el documento de 1068 de la misma procedencia, citado en la nota 80.

62. Véase sobre esto BISCARDI: *Studi sulla legislazione del Basso Impero*: III, *La nuova proprietà*, en *Studi Senesi* LVI, 1942, 275 y sigts. E. LEVY: *West Roman Vulgar Law. The law of property*. Philadelphia, 1951.—M. KASER: *Das römische Privatrecht*, II. *Die nachklassischen Entwicklungen*. Munich, 1959, 177-80 y 189 y sigts.

a su Derecho de la evolución general, que culminó en Oriente con la refundición por Justiniano de las distintas formas de propiedad ⁶³.

17. La voz *dominium* continuó empleándose en la época visigoda para designar el pleno derecho sobre una cosa, y así se encuentra en las leyes de Eurico y Leovigildo ⁶⁴, en las de Chindasvinto ⁶⁵, en las de Recesvinto ⁶⁶ y en las de Ervigio ⁶⁷; así como también referida al derecho pleno sobre los siervos ⁶⁸. En cambio, la palabra *proprietatis*, cuyo empleo en esta época para destacar la atribución de los bienes a una persona ha sido antes señalada (§ 13), no parece haber sido utilizada en estos tiempos como sinónima de *dominium*, pues no aparece empleada claramente en este sentido en las leyes visigodas ⁶⁹.

63. *C. Iust.* 7, 25, 1.

64. *L. iud.* 5, 1, 4 antiq.; “ne quamvis longa possessio dominium ecclesie a rebus sibi debitis”; 5, 4, 20 antiq.; “ut absque audientia iudicantis privetur dominium possessoris”.

65. *L. iud.* 2, 1, 8 Chind.: “fraudulenter in dominio alieno contulerant, iure precario resposcentes sub calliditatis studio in suo denuo dominio possidenda recipiant”; 5, 4, 13 Chind.: “iuste enim quod per ambitionem dederat videtur amittere, qui suo dominio rem census alieni nititur adplicare... sed sui esse proprii domini adseruerit”; 10, 2, 6 Chind.: “qui dominium alienum inquietabit”, y en la fórmula que sigue: “informamus te, ut locum illum, quem ille repetit, et nunc in dominio illius esse videtur...”

66. *L. iud.* 2, 1, 6 Recesv.: “sibi quisque privari possit dominio rerum”; 4, 2, 17 Recesv.: “Quique sortitus vix est usum elementorum, quibus concretus est, quomodo sortietur bona rerum, ad quarum dominium natus non est?”; 10, 3, 4 Recesv.: “nec contra signa evidentia debitum dominium ullum longe possessionis tempus excludat”.

67. *L. iud.* 9, 1, 16 Erv.: “sed et filios exinde progenitos omneque eorum peculium suo debeat vindicare dominio”.

68. *L. iud.* 5, 4, 12 antiq.: “non licere parentibus filios suos quocumque contractu alterius dominio subiugare”; 5, 4, 18 Chind.: “ipse quoque pro scelera servi redditurus est petenti responsum, sub cuius dominio servum constitit perpetrasse reatum”; 12, 3, 13 Erv.: “nam non aliter poterunt christiana mancipia illorum dominio subiugari”.

69. La acepción es dudosa en una ley de Sisebuto recogida en el *L. iud.* 12, 2, 13: “Venditiones vero, que facte fuerint... parentum vel filiorum nulla sit in distrahendo divisio, sed in unum ad comparantis transeant dominium. Nam et quisquis de Iudeis sub nomine *proprietatis* fraudulenta suggestione aliquid a precessoribus nostris visus est promeruisse, exacta eius auctoritate;

Pero si la palabra *dominium* como voz técnica se conservó en la época visigoda, y a través de los formularios notariales de origen romano, siempre conservadores, se mantuvo también, como luego se verá (§ 18), en la Alta Edad Media, lo que ella expresaba —el contenido del *dominium*— fué cambiando, desdibujándose y aproximándose a otros derechos reales. En consecuencia, en vez de *dominium* comenzó a decirse simplemente *ius*. Las leyes visigodas emplean ya esta palabra en tiempos de Eurico y Leovigildo⁷⁰, y más frecuentemente en los de Recesvinto⁷¹ y en los posteriores⁷², para expresar el derecho sobre la cosa; aunque no pocas veces, especialmente en las leyes de Chindasvinto, se destaca que se trata de un *ius proprium*⁷³. En las fórmulas utilizadas en esta misma

fisco nostro faciatis sociari". "Sub nomine proprietatis" puede entenderse aquí 'en concepto de dominio', pero también acaso como 'cosa propia'.

70. *L. iud.* 8, 5, 8 antiq.: "ne animalia errantia occupata aut tondeatur aut caractere notentur vel in alieno iure ducantur"; 10, 3, 5 antiq.: "Si quodcumque ante adventum Gotorum de alicuius fundi iure remotum est et aliquam possessionem aut vindicationem aut donationem aut divisionem aut aliqua transactione translatum est, id in eius fundi, ad quem a Romanis antiquitus probatur adiunctum, iure consistat. Cum autem proprietas fundi nullis certissimis signis aut limitibus probatur, quid debeat observari, eligat inspectio iudicantium, quos partium consensus elegerit."

71. *L. iud.* 2, 4, 10 Recesv.: "sed et de mancipiis credendum est eis, quare contingit ea vel ab aliis occupari vel indebite retineri aut etiam a dominorum iure inlicito evagare"; 4, 2, 16 Recesv., sobre las adquisiciones de los cónyuges: "de illis autem rebus, quibus in amborum nomine inveniuntur scripture confecte, iuxta condicionem ipsius scripture pertineat illis et divisio rei et possessio iuris"; 4, 2, 17 Recesv.: "contendunt namque plurimi, si genitus infans non longe defunctus, hereditatis parentum possit iura sortiri"; 10, 1, 19 Recesv.: "si quis terram, vineam aut aliquam rem aliam pro decimis vel quibuslibet commodis prestationibusque reddendis per scripturam aut quamcumque definitionem ita a alio acceperit possidendam, ut ille, qui dat, sic sub alicuius exolutionis debito det, ne videatur ius rei sue amittere voluisse, quidquid debet, qui rem accepit, etiam sine sollicitudinem domini ipse sollicitus reddat".

72. *L. iud.* 4, 5, 6 Wamba: "Iam vero a die huius late legis vel tempore quicumque pontificum de his, que a fidelibus in Dei ecclesiis testata vel conlata esse noscuntur, aliquid exinde abstulerit suoque iuri vel ecclesie principali applicaverit".

73. *L. iud.* 5, 2, 3 antiq., refiriéndose a las cosas donadas por el rey, advierte respecto del marido que "si in nomine mulieris inveniatur facta donatio, nihil sibi vir exinde post eius obitum adtemptet aliquatenus usurpare vel iuri

época para la redacción de documentos, *ius* se emplea como sinónimo de *dominium*, alternando a veces el uso de una u otra palabra. Así, p. ej., se dice “quia rem iuris mei debitam, quam ille suo vitio extra discussionem iudicantis violentius usurpatione de meo dominio abstulit, nullos in eodem loco profligat labores... quod si transiens hanc coniurationem nostram, hoc quod in iure nostro pertinet in aliquod augmentaverit, sciat, se per iustitia, dum nostro dominio hoc ipsum provaberimus”⁷⁴. Pero, en otras ocasiones, en las fórmulas no se habla para nada de *dominium*, sino tan sólo de *ius*. Así, cuando en una donación a la mujer, el marido declara: “do et dono dominamque te in cuncta constituo in omnibus corporibus mobilibus et immobilibus seu semimobilibus, vel quod nunc possidere dignoscor, seu quicquid in vita mea augmentare potuero, ad integrum tuo iuri defendas”; y añade, para precisar el alcance de la donación, “sicut supra decrevi, habeas, teneas et possideas, iure tuo in perpetuum vindices ac defendas, vel quicquid de omnem paupertatem iuri meo debitam facere volueris liberam in Dei nomine habeas potestatem”⁷⁵. El *ius*, que aquí se califica de *integrum*, sin duda para destacar la plenitud del poder sobre las cosas y que de él nada se ha desmembrado, es sin duda el *dominium*.

De cómo esta última palabra había ido perdiendo su antiguo significado y de cómo iba quedando desplazada por *ius*, nos ofrece

proprio mancipare, nisi quod meruit uxoris largitate percipere”; 2, 3, 4 Chind.: “qui questionem ex mandato agitaturus est, ante se, velut proprii iuris dominus per placiti vinculum a iudice noverit obligandum”; 6, 5, 17 Chind.: “quod si neque parricida neque occisus filius relinquerint, tunc omnem facultatem parricide parentes occisi aut propinqui sibimet in omnibus vindicabunt, vel proximi, qui mortem eius ulciscendam institerint, iuri suo adplicare non dubitent”; 10, 2, 6 Chind.: “Sepe proprium ius alterius longinqua possessio in ius transmittit alterius... quicumque rem, que ab alio per XXV annos et supra, infra XXX tamen possessa est, sui iuris esse adstruxerit... si vel ipse vel pars eius aut posteritas infra XXX annos a die interrupti temporis rem, quam sibi consignari poposcerat, sui iuris esse convincat”.

74. *Formulae visigothicae* 35 (ed. ZEUMER).—En la form. 44, en que se ofrece el modelo de una carta de préstamo de dinero, se dice: “pro quos solidos servum iuris mei nomine ill. ad universo servitio impendendo tibi seponere elegi; et interposita conditione, ut, dum mihi Dominus dederit, unde solidos ipsos tibi cum gratiarum actione restituam, tunc supradictum servum [de] tuo dominio in meo faciam reverti servitio”.

75. *Form. visig.* 23.—Lo mismo ocurre en las fórmulas 5. 6. 8 y 27.

la prueba San Isidoro, que no la recoge ni define, como tampoco *proprietat*, y, en cambio, emplea *ius* para designar el derecho sobre las cosas. “Res sunt —dice el arzobispo de Sevilla— quae in nostro iure consistunt. Iura autem sunt quae a nobis iuste possidentur nec aliena sunt. Dicta autem res a recte habendo, ius a iuste possidendo. Hoc enim iure possidetur quod iuste, hoc iuste quod bene. Quod autem male possidetur, alienum est”⁷⁶.

18. Sin embargo, el desuso de *dominium* no fué tan general como el silencio de San Isidoro podría hacer sospechar, acaso porque la utilización de los formularios visigodos en los primeros siglos de la Reconquista mantuvo viva aquella expresión. *Ius* y *dominium* se usan indistintamente en estos tiempos, y en cualquier escritura de donación, permuta o venta en que se transmite una tierra, se encuentran frases como éstas: “ita ut de odie die vel tempore habeatis ipsa villa... de nostro iure sit abrasa vestroque dominio sit tradita vel confirmata”, en una carta de cambio de 916⁷⁷; “ita de odie die de iure meo in dominio tuo abeas ipsa vinea confirmata perpetim abiturim”, en una venta de 939⁷⁸; “ita ut ab odierno die et tempore abrasa... de nostro iure, sit in vestro iure et dominio traditam et confirmata”, en una escritura de venta de 943⁷⁹. Esta fórmula se mantiene inalterada en el correr de los tiempos, y así, por citar un ejemplo al azar, se lee en un documento de permuta de tierras, en 1068, cómo el otorgante dice que él entrega: “de nostro iure in tuo tradimus dominium et potestatem, ab omni integritate at tuum plenissimum proprium”⁸⁰. Y de una heredad que se vende en 1101, el vendedor declara que sea “de iuri nostro abrasa et in vestro dominio sit tradita atque confirmata”⁸¹.

Generalmente, con *dominium* o *ius* se asocia la idea de facultad

76. S. ISIDORO DE SEVILLA: *Etymologiae* 5, 25, 2. 3 (ed. LINDSAY).

77. ESCALONA: *Hist. de Sahagún* núm. 7, pág. 381.

78. L. BARRAU-DIEHIGO: *Chartes de l'Église de Valpuesta du IX^e au XI^e siècle*, en *Revue Hispanique* VII, 1900, 273-389.—El documento citado es el núm. 16 de la colección y se halla en las págs. 318-19.

79. VIGNAU: *Cart. de Eslonza* núm. 28, pág. 55.

80. UDINA: *El “Llibre blanch” de Santas Creus* núm. 14, pág. 18. Véase el Formulario de este monasterio citado en la nota 61.

81. *Docum. medievais portug.* III, núm. 23, pág. 20.

o poder que aquél entraña, expresado con la palabra *potestas*. Así, p. ej., en las fórmulas visigodas, cuando en la donación que el marido hace a la esposa dice: “dono ill. et ill., quod exinde habendi, tenendi et possidendi nostrisque posteris derelinquas, liberam in Dei nomine habeas potestatem”⁸². En la época de la Reconquista *potestas* aparece ya empleada, por sí sola, para significar el pleno derecho sobre la cosa. Así, p. ej., en los documentos de Valpuesta es frecuente la fórmula de que se dan “terras, vineas, ortos, mulinos, tam mobile quam immobile que in nostra potestate habuimos”⁸³. O asociada a *dominium* para reforzar el concepto, como en el documento antes citado de 1068⁸⁴, de igual forma que otras veces se dice *ius et dominium*⁸⁵.

B) El contenido del “*dominium*” o “*ius*”.

19. Que el derecho pleno sobre las cosas se haya designado originariamente como *dominium* y que luego en el transcurso del tiempo esta palabra, de tan acusado carácter técnico y tan precisa aplicación a un determinado tipo de derecho —a su lado habían existido en Roma otras para designar situaciones análogas, pero distintas—, se haya ido convirtiendo en sinónima de otras no tan expresivas y típicas, y aun que haya sido desplazada por ellas, no es resultado del azar o de una evolución caprichosa. El fenómeno lingüístico es paralelo a otro más profundo que se va operando en la esencia misma del dominio y que se exterioriza en el contenido que a éste se atribuye.

20. Aun no habiendo sido objeto de definición, el contenido del *dominium* en el Derecho romano clásico estaba constituido por una serie de derechos que el *dominus* tenía sobre la cosa: *uti, frui, habere, possidere, alienare*. Así, en las ventas de esclavos se concede al comprador que “*uti, frui, habere possidereque recte liceat*”⁸⁶.

82. *Form. visig.* 15; también en la 23, citada en la nota 75.

83. Documento de 950, en BARRAU-DIHIGO: *Chartes de Valpuesta* número 26, pág. 333. También en el núm. 22 y en el 28.

84. Véase la nota 80.

85. Véanse los documentos citados en la nota 79.

86. Véase la escritura de venta de un esclavo en el año 142, en V. ARANGIO-RUIZ: *Negotia*, en *Fontes iuris Romani anteiustiniani* de S. RICCOBONO, J. BAVIERA, C. FERRINI, J. FURLANI, V. ARANGIO-RUIZ, pars tertia. Floren-

Y en una donación de la segunda mitad del siglo II de nuestra era, se declara que “praesenti donatione in te cum omni iure suo omnibusque ad se pertinentibus. iure directo transcribimus, adque ad tuum dominium optima profitemur lege migrasse, quos utendi possidendi alienandi vel ad posteros transmittendi livero potiaris arbitrio”⁸⁷. A todo lo cual hay que añadir, sin duda, el derecho de defender o reivindicar el dominio.

21. En la época visigoda y en los primeros tiempos de la Alta Edad Media el contenido del *ius* o *dominium* continúa siendo el mismo. Sin embargo, el *uti et frui* sólo aparece mencionado raras veces.

En las Fórmulas visigodas sólo incidentalmente se cita en una de ellas, en la que marido y mujer se hacen donación de sus bienes para el que de ellos sobreviva, indicando que “hereditatem omnemque nostram, quam dono Dei fruire videmur, qui superstitis ex nobis fuerit, possidentia congaudeat, quatenus exinde qui de nobis superadvixerit, quidquid facere voluerit, liberam praesole Domino fruatur in omnibus ac firmissimam potestatem”⁸⁸.

En cambio, el *uti et frui* aparece expresamente mencionado en algunos documentos catalanes del siglo IX, que, sin duda, utilizan un viejo formulario romano-visigodo. Así, se encuentra en una donación de 890 a la iglesia de Ripoll, en la que se dice de lo concedido, “ita obtineant haec omnia, sicut ceteris alodibus et munificentis Sanctae Mariae pertinentibus, usandi, exfructificandi, gubernandi seu faciendi regulariter habeant potestatem, ut in perpetuum domus Sancta Maria sit exinde honorata”⁸⁹. Y en otro de 900, a San Juan de las Abadesas, el otorgante declara que los beneficiarios de la donación “ita obtineant ec omnia sicut ceteris alodibus vel munificentis Sancti Ioannis pertinentibus, usandi, exstructuandi seu regulariter agendi quod voluerint ab earum potestatem ut omni tempore domum Sancti Ioannis sit”⁹⁰.

cia, 1943, núm. 88, pág. 286; y la de una esclava en 160 (Ob. cit. núm. 89, página 288). En la venta de una casa en 159, se concede “habere, possidere, usu capere recte liceat” (núm. 90, pág. 290).

87. ARANGIO-RUIZ: *Negotia* núm. 99, pág. 311.

88. *Form. visig.* 24.

89. *Marca Hispanica* núm. 51, col. 824.

90. UDINA: *El Archivo condal de Barcelona* núm. 12, pág. 124.

22. Ahora bien, la estructura económica que a partir del Bajo Imperio domina en España y en todo el Occidente supone que, salvo el caso de los pequeños propietarios, la tierra no es explotada directamente por el dueño más que en una pequeña parte —el *mansus indominicatus*—, y que el resto es entregado a los colonos u otras gentes para su cultivo a cambio de una renta. Cuando esto ocurre el *uti et frui* de la tierra no pertenece al dueño, sino al cultivador.

Esto explica que, cuando el régimen se generaliza, el *uti et frui* de la cosa no se considere como algo esencial al concepto y contenido del *ius* o *dominium*, y, por consiguiente, que no se mencione especialmente al enumerar los derechos del dueño, y que, en cambio, se insista en la tenencia y posesión con carácter perpetuo —que no se da en las concesiones de tierra para cultivo ni en la enfiteusis—, en la potestad de vindicarla y en la de disponer libremente de la cosa. El fenómeno se había producido ya en época visigoda, como atestigua la fórmula de concesión de tierras al siervo que se manumite: “habeatis, teneatis, possideatis iure vestro in perpetuum vindicetis ac defendatis, vec quicquid ex hac re vobis tradita voluntas fuerit faciendi perpetim habeatis potestatem”⁹¹. Esta fórmula u otra parecida se generalizó en los primeros siglos de la Reconquista. En algún documento se dice simplemente, en 894, a los nuevos dueños de la tierra que la “aveant, adeant, teneant et possideant iureque vindicent hac defendant”⁹².

Pero más frecuentemente se insiste en la perpetuidad: “et de odie die vel tempore —dicen unas escrituras de 903 y 929— aveas,

91. *Form. visig.* 6.—*Form.* 23: “habeas, teneas et possideas, iure tuo in perpetuum vindices ac defendas, vel quicquid de omnem paupertatem iuri meo debitam facere volueris, liberam in Dei nomine habeas potestatem”; *form.* 27: “quas igitur res superius memoratas, a nobis utraque voluntate in singulorum iure translatas, habendi, tenendi et possidendi faciendique unicuique nostrorum de re sibi tradita, quod voluerimus, libera in Dei nomine nobis per omnia maneat potestas”; *form.* 29: “quod ex hac die habendi, tenendi et possidendi faciendique exinde, quod volueritis, liberam in Dei [nomine] habeatis potestatem”; *form.* 32: “ex hodierna die habeas, teneas et possideas, iure dominioque tuo in perpetuum vindices ac defendas, vel quicquid in meam vel de meam personam facere volueris, directa tibi erit per omnia vel certa potestas”.

92. BARRAU-DIHIGO: *Chartes de Valpuesta* núm. 7, pág. 303

teneas atque possideas iure perpetuo, vindices hac defendas”⁹³; o “abeatis, edeatis, teneatis, vindicetis usque in perpetuum”, como se expresa, en 943, en una carta de venta⁹⁴; o “abeatis, teneatis, vindicetis iuri quieto usque in perpetim abitura”, como en otra escritura de 967 en que se vende una tierra propia⁹⁵. En la carta que otorga en 986 el conde Borrell II de Barcelona para la población del castillo de Cardona, se concede “ad omnes abitatores eius seu et posteritatis et proenies eorum, de omne rerum facultatis eorum, quidquid ad usum omnium pertinent seu aulodes illorum, ut ab hodierno die et tempora supramemorata, iure quieto ordine teneant et possideant et hic securiter et in perpetuum feliciter sine aliqua dubitatione vel inquietacione de nullo omine”⁹⁶.

La perpetuidad llega a ser en muchos documentos de la región pirenaica en el siglo XI la única nota que se destaca de cuantas constituyen el dominio. Así, en 1064 se vende una tierra y se dice que “est illa terra tradita in dominio eleemosine Sancti Ioannis firmata iure perpetuo”⁹⁷; y en otro de igual procedencia, del año siguiente, se dona una tierra al mismo monasterio “ut teneant et possideant in perpetuum”⁹⁸. O se emplea una fórmula equivalente para destacar la perpetuidad, como la empleada en 1075 al vender una tierra, para que la “abeatis adque possideatis vos per omnia secula in servicio Dei”⁹⁹; o, simplemente, que “hec predictum habeat Sanctus Emilianus per omnia secula, amen”¹⁰⁰.

23. La tenencia y posesión de la cosa, aun siendo facultades integrantes del *ius* o *dominium*, no eran, sin embargo, las que más

93. BARRAU-DIÉHIGO: *Chartes de Valpuesta* núm. 10, pág. 308, y núm. 14, páginas 315-16.

94. VIGNAU: *Cart. de Eslonza* núm. 28, pág. 55.

95. ESCALONA: *Hist. de Sahagún* núm. 43, pág. 413.

96. T. MUÑOZ ROMERO: *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*. Madrid, 1847, pág. 51.

97. E. IBARRA Y RODRÍGUEZ: *Documentos correspondientes al reinado de Sancho Ramírez*. II, *Documentos particulares*. Zaragoza, 1913, núm. 2, pág. 9.

98. IBARRA: *Docums. Sancho Ramírez II*, núm. 3, pág. 11.

99. M. LUCAS ALVAREZ: *El libro becerro del monasterio de Valbanera*, en *Estudios de la Edad Media de la Corona de Aragón IV*, Zaragoza, 1951; el texto citado corresponde al documento núm. 68, pág. 511.

100. IBARRA: *Docums. Sancho Ramírez II*, núm. 39, pág. 100.

podían caracterizar éste. De un lado, porque no sólo el disfrute, sino también la tenencia de la tierra se cedía frecuentemente a otra persona, que era la que la tenía y usufructuaba. De otro, porque la tenencia y disfrute de la tierra era lo que poseía todo aquel que recibía tierras en feudo o para cultivo. El propio nombre de *tenencia* —*tenure*, en Francia— caracterizaba estas situaciones feudales y señoriales. Se comprende, por ello, que el tener o poseer una tierra no fuese en ningún caso un rasgo que sirviese para caracterizar la existencia de un *ius* o *dominium* sobre ella. Y así, en 976, Fernando Asúrez alude a las tierras que tiene “tam de mandationes quam etiam ereditates sibi quoque pertinentes”¹⁰¹.

En algunas partes, como se acaba de ver, se insistió en la perpetuidad de esta tenencia para caracterizar el dominio, porque probablemente en ellas las *tenenciae* feudales o las análogas situaciones señoriales no eran perpetuas. Pero este rasgo de la perpetuidad, por sí solo carecía de valor para caracterizar el *ius* o *dominium* en aquellas partes en que las tierras concedidas en feudo o prestimonios se transmitían también de padres a hijos durante varias generaciones, y donde incluso las heredades concedidas para cultivo podían ser vendidas o traspasadas mediante precio por el cultivador¹⁰². La confusión a que en este aspecto se llega, aparece patente en la confirmación que Alfonso V de León hace en 1020 de los términos de un monasterio: “sic de nostro comitatu quomodo etiam hereditates mortuorum qui ibi inventi fuerint”¹⁰³; es decir, tanto de las tierras del rey que el monasterio tiene en tenencia, como de las tierras cuyo dominio fué traspasado “pro anima” al monasterio por sus titulares.

24. Por esto, en la fórmula que en las cartas de enajenación de tierras —donaciones, ventas, permutas— precisa cuáles son los derechos que abarca el *dominium* que se transmite al adquirente, se insiste en destacar aquella facultad o facultades que por ser exclusivas del *dominus* evitan toda posible confusión con cualquier

101. ESCALONA: *Hist. de Sahagún* núm. 50, pág. 420.

102. Véase A. GARCÍA GALLO: *El hombre y la tierra en la Edad Media leonesa (El prestimonio agrario)*, en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid* I, 1957, 351-52, 361-62.

103. LÓPEZ FERREIRO: *Hist. de la Iglesia de Santiago II*, apénd. núm. 87, pág. 215.

otra concesión de determinados derechos —usufructo, tenencia, incluso a perpetuidad— que posee o puede poseer también aquél. Estas facultades no son otras que: *a*) el pleno e irrevocable derecho sobre la cosa —que no puede ser reclamada por otro, como en las concesiones feudales o señoriales—; *b*) la facultad de disponer libremente de los bienes entre vivos o para después de la muerte, de que carece el que tiene un feudo o un prestimonio, pues no puede enajenarlos a quien quiera —ha de ser, según el caso, noble o villano—, ni puede prescindir del consentimiento del señor; y *c*) la no existencia de cargas —fueros, censos, etc.— que supongan el reconocimiento del derecho de otra persona sobre la cosa.

25. La irrevocabilidad e inatacabilidad del derecho que se tiene sobre la cosa es una consecuencia del carácter perpetuo del mismo, que antes ha sido examinado. Se expresa unas veces con la frase de que la cosa se tenga *iure quieto*¹⁰⁴, pero otras indicando que el derecho sea *firmum*. Así, p. ej., en Portugal se vende 1018 una heredad propia para que la “habeatis et possideatis firmite vos et omnis posteritas vestra iure quieto usque in perpetuum”¹⁰⁵; en 1091, con expresión más sencilla, se vende otra, para que “habeatis illa firmiter omni tempore”¹⁰⁶; en 1101 se vende una casa, “abeatis vos illa firmiter et omnis posteritas vestra iuri quieto temporibus seculorum et faciatis quod volueritis”¹⁰⁷. En Castilla, en 1092, el vendedor dice al comprador, simplemente, que la tierra vendida “in vestro iure sit confirmata usque in seculum”¹⁰⁸. En la Rioja Alfonso VI en el Fuero de Logroño, de 1095, dice “dono vobis meos populos de Logronio infra istos terminos suprascriptos, terras, vineas, ortos, molendinos, cañares et totum quantum potueritis invenire, que ad mean regiam personam pertinet vel pertinere debet, ut habeatis et posideatis meum donativum firmiter absque ulla oca-

104. Así, en el documento de Sahagún de 967 citado en la nota 95, y en la carta puebla de Cardona de 986 citada en la nota 96.

105. *Portug. Monum. Histor., Dipl. et Ch.* núm. 238, pág. 148; también un documento de 1094, núm. 804, pág. 477.

106. *Portug. Monum. Histor., Dipl. et Ch.* núm. 758, pág. 452.

107. *Docums. medievais portug.* III, núm. 13, pág. 11.

108. L. SERRANO: *Cartulario del infantado de Covarrubias*. Valladolid, 1907, núm. 18, pág. 47.

sione vos et filii vestri et omnis generatio vel posteritas vestra¹⁰⁹. E igualmente en Aragón, en 1064, se dice de una tierra que quede “firmata iure perpetuo” en el dominio del comprador¹¹⁰.

Un documento castellano de 1032 expresa claramente que una heredad *firmata* o *confirmata* es aquella que es poseída plena e íntegramente por el dueño, sin cesión alguna de los derechos que integran el dominio. Así, en esa fecha, un individuo vende una villa “ab omni integritati”, pero advierte “ipsas casas qui fuerunt meas, que teneam illas de préstamo de domine mee Urrace, usque in diebus vite mee; et post obitum meo a domina Urraca sit confirmatas”¹¹¹.

Análoga a *firmitas* es la *securitas* a que aluden documentos de otras regiones. Así, en 986, en la Carta puebla de Cardona se conceden las tierras a los pobladores “securiter et in perpetuum”¹¹². En 1144, en el Fuero de Peralta, García V de Navarra declara: “dono et concedo vobis —a los pobladores— qui habeatis vuestras casas et vuestras hereditates salvas et securas antea e retro”¹¹³. Y en el Formulario de Santas Creus, del siglo XII, se contiene el modelo de la escritura de venta “ad vestrum proprium plenissimum alodium, liberum, secure et quiete possidendum ad quicquid inde facere volueritis ad vestrum libitum sine ullius contrarietatis obstaculo”¹¹⁴.

26. Desde la época visigoda la libertad de hacer y disponer de la cosa aparece destacada muchas veces. Constaba ya en alguna de las fórmulas de aquella época¹¹⁵, pero se encuentra sobre todo ampliamente enunciada en los documentos de la Reconquista. Así, en 882 el vendedor de un alodio dice al comprador: “de meo iure in tuo trado dominium ad proprium, habendi, vivendi sive etiam commutandi vel quicquid exinde facere iudicare volueris, maneat tibi firma postea omnique tempore”¹¹⁶. Y lo mismo, unos años más

109. MUÑOZ ROMERO: *Colec. de Fueros* pág. 339.

110. Véase el documento citado en la nota 97.

111. SERRANO: *Cart. de Covarrubias* núm. 16, pág. 44.

112. Véase la cita de la nota 93.

113. MUÑOZ ROMERO: *Colec. de Fueros* pág. 546.

114. *Formul. de Santas Creus* 2 (publicado por VALLS TABERNER, en este ANUARIO III, 1926, pág. 509).

115. *Form. vis.* 4 y 6, citadas en las notas 88 y 91.

116. *Marca Hispanica* núm. 43, col. 813.

tarde, en 892, se conceden al comprador facultades "recebendi, bindendi, faciendi, comutandi bel quiquid exinde facere vel iudicare volueritis, libera in Dei nomine abeatis potestate"¹¹⁷. La fórmula, coincidente en el fondo, varía ligeramente en cada región. En Castilla, en 950, las tierras se donan para que las "abeas, teneas et possideas iure dominioque tuo tibi perpetim abitorum, et quicquid ex inde agere, facere volueris liberam in Dei nomine habeas potestatem"¹¹⁸. En la región leonesa, en 966, al venderse una tierra propia se otorga al comprador para que la "abeatis, teneatis, vindicetis iure quieto usque in perpetim abitura, vindere vel donare, quidquid de illa facere volueritis libera habeatis potestatem"¹¹⁹. En la misma región, en 1006, se dice de la tierra concedida, la "abeas, teneas, iurifices, vindices, possideas iuri quieto, et quid ex ea agere, facere, vendere vel donare liberam in Dei nomen abeas potestatem"¹²⁰. En la región del Ebro, en Calahorra en 1088, la venta de una casa se hace "ut habeat eam possidendam perpetuo iure, et cuicumque voluntas ei evenerit donandi vel vendendi absolutam licentiam abeat"¹²¹.

Que la facultad de disponer de la cosa ha llegado a ser la más característica de cuantas abarca el *ius* sobre la misma, parece desprenderse de aquellos textos en que ésta es la única que se menciona al señalar las que corresponden al adquirente de la cosa. Tal ocurre en una venta de 883, que abarca "omnem vocem vel possessionem" de una persona, en la que ésta declara "ista omnia supradicta vendo tibi vel cedo a die praesenti, et de meo iure trado in tuo iure ac potestate atque dominatione, ut quicquid exinde facere volueris, ab hodierna die et deinceps liberam et firmissimam in omnibus obtineas potestatem vendendi, donandi atque commutandi"¹²². Pero, por lo común, la expresión es más concisa: "ex

117. UDINA: *Archivo condal de Barcelona* núm. 8, pág. 115; otro documento semejante, núm. 32, pág. 149.

118. BARRAU-DIEGO: *Chartes de Valpuesta* núm. 28, pág. 336.

119. ESCALONA: *Hist. de Sahagún* núm. 40, pág. 411.

120. J. RODRÍGUEZ, en *Archivos leoneses* núm. 7, 1950, pág. 33.

121. J. M.^a de LACARRA: *Documentos para la reconquista del valle del Ebro*, núm. 95, en *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón* III, 1947-1948, pág. 503.

122. *Marca Hispanica* núm 48, cols. 820-21.

praefati die et tempore, quod de haec omnia superius scripta agere vel iudicare volueris habeas potestatem ad proprio”, se dice en una venta en Elna ¹²³; “abeatis terras de nostro iure abrasas, in iuri vestre translatas, et quidquid exinde facere volueritis liberum in Dei nomine abeatis”, se dice en otra venta en Sahagún en 919 ¹²⁴; “de meo iuro in tuo trado dominio ad potestate ad omnia quecumque volueris facere”, en una venta en Cataluña en 975 ¹²⁵; “aveadis vos ipsa ereditate quod sursum resonat de odie die in denante ab integro, et faciadis inde quod volueridis”, en Portugal en una venta en 1026 ¹²⁶; “ipsum donum de meo iure in tuo trado dominio et potestate ad faciendum quodcumque volueris”, en la venta de una casa en 1073 en Roda ¹²⁷; “faciatis de illa que volueritis”, dice simplemente hacia 1088 un vendedor en Portugal ¹²⁸; e insistiendo en la idea, recalca otro en 1101, en la misma región: “faciatis de illis que volueritis, tam vendere quam donare quam habere” ¹²⁹. Y de igual forma, cuando Alfonso VI concede privilegios a los mozárabes de Toledo, “do eis libertatem —dice— vendendi, dandi vel possidendi seu de possessione sua quidquid voluerit faciendi, liberam in Dei nomine habeat potestatem” ¹³⁰.

27. La no existencia de cargas sobre la heredad la hace *libera et ingenua* y distingue a ésta de cualquiera otra recibida en feudo o con carácter señorial. La expresión aparece primeramente en la región pirenaica. En el Fuero de Jaca, concedido por Sancho Ramírez en 1063, se concede a los habitantes de la ciudad: “et ubicumque aliquid comparare vel acaptare potueritis in Iacam, vel foras Iacam, hereditatem de ullo homine, abeatis eam liberam et ingenuam sine ullo malo cisso. Y se añade a continuación, desta-

123. *Marca Hispanica* núm. 18, col. 781; también el núm. 67, col. 842.

124. ESCALONA: *Hist. de Sahagún* núm. 8, pág. 381.

125. UDINA: *El “Llibre blanch” de Santas Creus* núm. 1; pág. 1.

126. *Portug. Monum. Histor., Dipl. et Ch.* núm. 261, pág. 161.

127. J. F. YELA UTRILLA: *Cartulario de Roda*. Lérida, 1923, núm. 6, pág. 56.

128. *Portug. Monum. Histor., Dipl. et Ch.* núm. 723, pág. 433.

129. *Docums. medievais portug.* III, núm. 2, pág. 2.

130. MUÑOZ ROMERO: *Colec. de Fueros* pág. 361.

cando la *firmitas* del derecho sobre estos bienes: “et postquam anno uno et die supra eam tenebitis sine inquietatione, quisquis eis inquietare vel tollere vobis voluerit det michi LX solidos, en insuper confirmet vobis hereditatem”¹³¹. Los Fueros municipales insisten en esto. “Illos homines de Caparroso —dice el concedido a este lugar en 1102— habeant lur termino e lures naucios e lures molinos francos e ingenuos”¹³². El no pagar una renta o censo por la tierra, es lo que distingue a las *francas et ingenuas* de las señoriales, y así se desprende del Fuero de Caseda en 1129: “qui venerit ad Caseda populare non det novena et sedeat ingenuo ibi, et sua haereditate franca ubicumque habuerit eam”¹³³. Y lo mismo dice por estos años el Fuero de Marañón: “homine qui venerit e fecerit se vicino in Maraione habeat totam suam hereditatem que hi habet, de tierras, de vineas vel de casas sive de alio suo habere, ingenum de ante e de retro per infinita secula seculorum”¹³⁴. La libertad e ingenuidad de las tierras como rasgo característico del pleno dominio sobre ellas no se circunscribe a las tierras del Pirineo. Cuando en 1142 el conde de Barcelona Ramón Berenguer IV concede Fuero a Daroca, dice en él: “do illis —a los pobladores— in foro, ut sint liberi et ingenui et habeant suas domos solutas et omnia sua ubicumque habuerint”¹³⁵.

C) *La nueva configuración del derecho pleno sobre las cosas.*

A) EL “IUS HEREDITARIUM”

28. La evolución del *dominium* o *ius* sobre las cosas fué determinada fundamentalmente, en el régimen agrario que domina la vida económica del Bajo Imperio y de la Alta Edad Media, por la situación y el disfrute de la tierra. Las concesiones de tipo feudal o señorial de éstas fueron las que de hecho sustrajeron el *uti et frui*

131. Publicado por J. M.^a RAMOS LOSCERTALES, en este ANUARIO V, 1928, pág. 410. La expresión es semejante a la que en fecha posterior aparece en el Fuero de Logroño (véase la nota 109), donde se concede a las heredades la *firmitas*.

132. MUÑOZ ROMERO: *Colec. de Fueros* pág. 392.

133. MUÑOZ ROMERO: *Colec. de Fueros* pág. 474.

134. MUÑOZ ROMERO: *Colec. de Fueros* pág. 494.

135. MUÑOZ ROMERO: *Colec. de Fueros* pág. 533.

y la tenencia de las mismas de los derechos característicos de que gozaba el dueño de ellas. Así, quedaron reducidos éstos, como hemos visto, a la titularidad firme y perpetua en concepto de *ius* o *dominium* sobre las cosas y a la libertad de disponer de ellas; la *ingenuidad* o exención de todo censo o carga por razón de las tierras respecto a otra persona completó el nuevo contenido del *ius* o *dominium*.

Constituyendo la tierra el patrimonio de las personas que a su muerte se transmitía a los herederos, se comprende que aquélla se continuase considerando como el elemento básico de la herencia o *hereditas* y que esta palabra sirviese para designar no sólo el conjunto de bienes que eran objeto de sucesión, sino también la tierra. La amplia difusión de *hereditas*, o *heredad* en las lenguas romances, acredita lo general del fenómeno.

29. Ahora bien, no toda *hereditas* o tierra podía ser transmitida por herencia en la forma ordinaria, pues las concedidas con carácter feudal o señorial estaban sujetas a un régimen especial. Únicamente las *hereditates* libres integraban la herencia. Esta especial situación de las mismas en caso de sucesión estaba ya predeterminada por la propia naturaleza de tales tierras, sobre las que se tenía un derecho perpetuo y del que se podía disponer libremente. Como, por otra parte, sobre los bienes que una persona había recibido de sus padres o abuelos, sus familiares gozaban de ciertos derechos —el derecho de troncalidad—, tales bienes constituían un patrimonio que en un cierto sentido se podría considerar familiar y que explica el que al morir la persona que los tenía en su dominio se produjese una *successio* y no una transmisión de bienes “mortis causa”¹³⁶.

Por eso, como tales bienes integraban la herencia, como *hereditas* se designó la especial condición o situación de los mismos bajo el poder del dueño. Así, con ocasión de un pleito en tierras portuguesas, en 1109, “testavit Adefonsus Petriz ipsi monasterio iam dicto et de ipsa villa de Travacos que est hereditas de ipsis homi-

136. Sobre esto véase A. GARCÍA-GALLO: *El problema de la sucesión “mortis causa” en la Alta Edad Media española*, en los *Cursos de conferencias* de la ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO (en prensa).

nibus" que eran parte en el mismo¹³⁷. En la región de Zamora, el Maestre de la Orden de Santiago, al conceder en 1178 Fuero a Castrotorafe, dispone que "omnes ecclesias de Castrotoraf illi clerici qui fuerint hereditarios in illas habeant in vita sua pro hereditate nisi fecerint for factum unde careant"¹³⁸. En la costa cantábrica, en 1149, se vende un "solare... cum heredita... que ganavi miecta Mertino A. por hereditate"¹³⁹; y en 1195 se dona otro "quod habeatis illus cum tale foro sicut unus de hereditatibus Sancte Marie"¹⁴⁰. Y en Aragón, en 1121, el rey Alfonso I, al conceder ciertas tierras a un señor, expresa "dono tibi et concedo istas terras... per hereditate, per vendere et dare et facere inde tota tua voluntate tu et filii tui et omnis generatio tua"¹⁴¹.

Que *hereditas* llega a tener un sentido propio, como condición o situación de unos bienes, independientemente de que éstos sean tierra, inmuebles o cualquier otra cosa, se aprecia en la donación que en Róda se hace, en 1134, de un hombre "ut abeatis et teneatis ad propria hereditate per facere inde totam vestram voluntatem"¹⁴²; o en la solución que el Fuero de Viguera y Val de Funes adopta: "si alguna cosa fuere en contención, de alguna partición, que omne non pueda levar a sus cuestas nuebe passadas con ayuda d'otro omne fuera de casa, habrá juizio por fuero, así como otra hereditat"¹⁴³.

30. Sobre las *hereditates* existía un *ius hereditarium*; es decir, un derecho a suceder en ellas, como en Roma y como en el Código de Eurico, cuando éste indica que "maritus et uxor tunc sibi

137. *Docums. medievais portug.* III, núm. 335, pág. 295.

138. MUÑOZ ROMERO: *Colec. de Fueros* pág. 482.

139. M. SERRANO Y SANZ: *Cartulario de la Iglesia de Santa María del Puerto (Santoña)* núm. 84, en el *Boletín de la R. Academia de la Historia* I.XXV, 1919, págs. 330-31.

140. SERRANO Y SANZ: *Cart. de Santoña* núm. 87, 1, cit. pág. 332.

141. LACARRA: *Documentos sobre la repoblación del valle del Ebro* número 21, en *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón* II, 1946, página 491.

142. SERRANO Y SANZ: *Noticias y documentos históricos del condado de Ribagorza*. Madrid, 1912, pág. 267.

143. Es el § 397 en la edición de J. M.^a RAMOS LOSCERTALES: *Fuero de Viguera y Val de Funes*. Salamanca, 1956, pág. 74; y el § 394 en la

hereditario iure succedant”¹⁴⁴. Los documentos de la Alta Edad Media aluden con frecuencia a él. Así, cuando en Labaix en 957 se dice de una villa que “advenit michi Raimundo comiti ex debita parentum meorum ex digna adquisicione hereditario iure”¹⁴⁵. En otro documento, de 1099, se alude a un matrimonio que se dió a la iglesia de Roda “cum omnibus rebus iure hereditario ad se pertinentibus”¹⁴⁶. Y en Galicia, en 1124, se habla de una “hereditate nostra propria que habemus de avibus nostris iure hereditario”¹⁴⁷.

31. Pero este *ius hereditarium*, que en su origen es un derecho sucesorio, o bien llegó a convertirse en un derecho real pleno o de dominio sobre las cosas, o bien a su lado surge, independientemente de él —conciliándose el *ius* o *dominium* sobre los bienes con el concepto de *hereditas* como condición o situación jurídica de los mismos— un *ius hereditarium* como denominación moderna del dominio. El fenómeno es general en toda España y abundan los documentos del siglo XII que lo atestiguan.

En Portugal, al hacerse una donación en Coimbra, en 1101, se entregan los bienes al donatario “ut habeas et possideas omnibus diebus vite tue hereditario iure, et post obitum tuum sicut hic scriptum est ea disponens”¹⁴⁸. Años más tarde, en 1130, el infante Alfonso Enríquez concede los baños reales de Coimbra al arcediano Telo, “habeatis vos illa predicta balnea firmiter iure hereditario et faciatis de illis quicquid vobis placuerit”¹⁴⁹. En Castilla, Alfonso VII concede en 1136 a la iglesia de Santoña unas iglesias “in seculum seculi iure hereditario possidendum... ut eas ecclesias cum hereditatibus suis ipsi —los monjes a los que se hace la donación— et

edición de N. HERGUETA: *Fueros inéditos de Viguera y Val de Funes*, en *Boletín de la R. Academia de la Historia* XXXVII, 1900, pág. 420.

144. C. Euric. 334. Esta ley se reproduce en *L. iud.* 4, 2, 11 antiq.

145. SERRANO Y SANZ: *Noticias de Ribagorza* pág. 311; el documento es sospechoso, pero en esto sin duda sigue un formulario.

146. YELA: *Cartulario de Roda* núm. 16, pág. 68.

147. MONTERO DÍAZ: *Colec. diplom. de Jubia* núm. 28, pág. 75.

148. *Docums. mediévais portug.* III, núm. 6, pág. 5.

149. A. E. REUTER: *Chancelarias mediévais portuguesas. I, Documentos da Chancelaria de Alfonso Henriques*. Coimbra, 1938, núm. 31, pág. 42, y ACADEMIA PORTUGUESA DA HISTORIA: *Documentos mediévais portugueses, Documentos regios. I-I*, Lisboa, 1958, núm. 115, pág. 138.

successores eorum iure hereditario teneant ac possideant in sempiternum”¹⁵⁰; en 1138 concede a su mayordomo un solar “tali modo... ut eum vos et filii vestri et omni generatio vestra in perpetuum iure hereditario teneatis et possideatis, et de illo quicquid vobis placuerit faceatis”¹⁵¹; y en 1140 dona al monasterio de Valbanera una casa con sus heredades “tali videlicet modo, ut eam in perpetuum libere et quiete iure hereditario possideant, et sit eis potestas eandem domum pro utilitate ecclesie vendere et cambiare cuicumque voluerint”¹⁵². En 1139 el obispo de Burgos concede a un noble un monasterio “ut iam deinceps iure hereditario possideatis tam vos quam qui a gente vestra descenderit”¹⁵³. Años más tarde, en 1175, el rey Alfonso VIII concede a la Iglesia de Toledo el monasterio de Covarrubias “cum omni iure et hereditatibus que ad ipsum monasterium pertinuit, iure hereditario in perpetuum... ad possidendum et habendum iure hereditario in perpetuum, ut... possideatis prefatum monasterium cum omnibus, sicut dictum est, libere vos et successores vestri et ecclesia Toletana in perpetuum”¹⁵⁴. En Cataluña, al poco de reconquistarse Tortosa, el conde Ramón Berenguer IV de Barcelona concede, en 1151, unas casas en aquella ciudad y dice al donatario: “supradicta omnia tibi dono integre et potenter ut habeas eas et possideas in perpetuum iure hereditario ad faciendum quicquid volueritis sicut de tua propria hereditate, exceptis militibus et sanctis, et sis habitator Dertose salva mea fidelitate et omnium successorum meorum”¹⁵⁵.

Evidentemente, *iure hereditario* ha de entenderse en estos textos como un derecho pleno y actual sobre las cosas, equivalente al antiguo *ius* o *dominium*. La concesión de unas tierras o casas a una iglesia o monasterio *iure hereditario* no tiene sentido como derecho sucesorio, puesto que ni por éste las adquieren ni por él cabe perpetuarse en la iglesia o monasterio. El *ius hereditarium*, tal como

150. SERRANO SANZ: *Cartulario de Santoña* núm. 823, en el *Boletín de la R. Academia de la Hist.* LXXV, 1919, págs. 328-30.

151. L. SERRANO: *Colección diplomática de San Salvador de El Moral*. Valladolid, 1906, núm. 6, pág. 40.

152. LUCAS ALVAREZ: *Libro becerro de Valbanera* núm. 210, pág. 611.

153. SERRANO: *Colec. diplom. de El Moral* núm. 7, pág. 42.

154. SERRANO: *Cartulario de Covarrubias* núm. 24, pág. 60.

155. UDINA: *El “Llibre blanch” de Santas Creus* núm. 51, pág. 58.

aparece descrito en los documentos anteriores, reúne los caracteres de un derecho pleno sobre las cosas: supone la tenencia y posesión de las mismas a perpetuidad, y la libre disposición de las cosas por el titular; e incluso algún documento portugués destaca la *firmitas* de tal derecho. *Ius hereditarium* expresa, por consiguiente, lo que, como antes se ha visto, había llegado a ser el *dominium* en estos tiempos. La expresión, vertida al romance como *juro de heredad*, goza todavía durante algún tiempo de gran difusión¹⁵⁶.

B) LA "PROPIETAS".

32. Al tratar de precisar el sentido del adjetivo *proprius* referido a los bienes (§ 15), ha habido ocasión de señalar cómo en Cataluña, en los siglos IX y X, la indicación de que se transmite el dominio de unos bienes *ad proprium* supone más que destacar la atribución de los mismos a una persona, la referencia a una situación o condición de los mismos. Este concepto se va elaborando a lo largo del tiempo, y en el siglo XII lo vemos perfectamente desarrollado en esta región y en Aragón, unido a la voz *hereditas* —cuyo sentido en esta época es claro (§ 29)—, reforzando el sentido de la misma¹⁵⁷. Así, en 1110 el rey Alfonso I de Aragón dona unas casas conforme a la fórmula que antes se ha visto era normal en el reino, reforzada con esta otra nueva. La concesión se hace "ut habeas et possideas illud totum ingenuum et liberum et francum et salvum et securum ad tuam propriam hereditatem per facere inde totam voluntatem tu et filii tui et omnis generatio vel posteritas"¹⁵⁸.

156. Carecen de valor las páginas que F. de CÁRDENAS: *Ensayo sobre la Historia de la propiedad territorial en España*. I, Madrid, 1873, págs. 244 y sigs., dedica al que él llama "dominio de juro de heredad".

157. La expresión se encuentra ya en una carta de donación al monasterio de Obarra fechada en 863, al que se dan unas tierras para que las "abeant, teneant et possideant hii qui in predicto cenobio sunt vel erunt in perpetuum, sine ulla mala voce, ad propriam hereditatem, per facere inde totam suam voluntatem per omnia secula seculorum" (SERRANO SANZ: *Noticias históricas de Ribagorza* pág. 258); pero los términos son anómalos y el documento parece sospechoso.

158. LACARRA: *Documentos sobre la repoblación del valle del Ebro* núm. 107, en *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón* III, 1947-1948, pág. 512.

Y en 1134 se dona un hombre a la iglesia de Roda "ut abeatis et teneatis ad propria hereditate"¹⁵⁹.

En la Carta de población de Lérida, concedida por Ramón Berenguer IV y el conde Armengol de Urgel en 1150, el antiguo concepto de *alodium* se identifica con el de *hereditas propria*. Dicen los otorgantes a los pobladores: "damus vobis... hereditates vestras, sicut unicuique vestrum, eas dabimus per cartas nostre donationis, per alodium proprium et franchum, cum prole et sine ea, ad faciendum ex inde quicquid volueritis tamquam de propriis hereditatibus vestris, ad dandum vel vendendum sive impignorandum quibuscumque velitis, exceptis militibus et sanctis"¹⁶⁰. El contexto de las donaciones individuales a que se alude no debió ser distinto de las que en circunstancias semejantes se hacen al repoblar Tortosa. Así, la concesión de unas casas en esta ciudad por el conde de Barcelona, en 1151, "integre et potenter in hereditate propria et francha ad faciendum quicquid inde facere volueritis"¹⁶¹; o bajo la fórmula análoga, aunque más desarrollada, del documento de igual fecha antes citado¹⁶²; o como en otra concesión de 1153, "ad habendum propria hereditate atque tenendo iureque perpetuo possidendum"¹⁶³. También la Carta puebla de Agramunt, que en 1163, basándose en la de Lérida, concede el conde Armengol de Urgel, se concede "de omni vestro posse, vestra cum prole et sine prole vel cum volueritis de morte et de vita, in vestro proprio alodio franco [...] hominibus in vestra hereditate propria franca et libere ad habendum exinde quicquid volueritis tamquam de propriis hereditatibus vestris prout melius dici et intelligi potest [...] et per omnes vestras voluntates faciendas cuicumque volueritis per secula nunc et semper, escepto militibus et sanctis"¹⁶⁴. Y en Aragón la Carta de

159. Véase el documento citado en la nota 142.

160. R. GRAS Y DE ESTEVA: *La paleria de Lérida. Notas sobre la antigua organización municipal de la ciudad, 1149-1707*. Lérida, s. a. [1909], pág. 225; y F. VALLS TABERNER: *Las consuetudines Ilerdenses y su autor Guillermo Botet*. Barcelona, 1913, págs. 62-64.

161. UDINA: *El "Llibre blanch" de Santas Creus* núm. 52, pág. 59.

162. Véase la nota 155.

163. UDINA: *El "Llibre blanch" de Santas Creus* núm. 56, pág. 63.

164. R. de SISCAR: *La Carta puebla de Agramunt, y los privilegios concedidos a la misma villa por los condes de Urgel*. Barcelona, 1884.

población de Ejea, en 1180, concede “ut in alio termino quod habetis sic quomodo illa allia hereditate habeas, foras de illas torres totto alio illo dono, confirmo vobis, ut abeatis et posideatis vos et filii vestri et omni posteritas vestra, francum, ingenuum et liberum ad propiam vestram hereditatem per facere inde vestras voluntates, vos et filii vestri et omnis posteritas vestra, salva mea fidelitate et omni mea posteritate”¹⁶⁵.

33. La expresión *ad proprium* que, según acaba de verse en los textos citados, revela por sí misma un derecho sobre las cosas que aparece como típico, es general y constante. No sólo se consideran como *propriae* las *hereditates*, entendiendo por tales determinados derechos sobre las cosas (§ 29). Como *propria hereditas* se caracteriza de manera expresa el *ius hereditarium* en un documento de 1151 referente a Tortosa¹⁶⁶. Como *propio* se consideró en los primeros tiempos el *dominium*, cuando se transmitía el “*dominium ad proprium*”¹⁶⁷; o la *potestas*, al concederse “*potestatem ad proprium*”¹⁶⁸; o el derecho pleno, al cederse una cosa “*ad omnem integritatem ad proprium*”¹⁶⁹. Y de la misma manera, en los siglos XI y XII, como *plenissimum proprium* se consideró el “*dominium et potestatem ab omni integritatem*”¹⁷⁰ o el “*alodium*”¹⁷¹.

El nombre con que se designa el derecho pleno sobre las cosas —*dominium, ius, potestas, ius hereditarium*, etc.— varía en el transcurso del tiempo a la par que el contenido del mismo se va desintegrando y desdibujando. Únicamente el concepto que entraña la expresión *ad proprium* se mantiene inalterado. Los documentos de los primeros siglos de la Reconquista la repiten una y otra vez; dicen también que las cosas son *propriae*, pero no acostumbran a emplear la palabra *propietas* —utilizada en la época visigoda (§ 13)—, sin duda porque el hombre de la Alta Edad Media

pág. 49; también en *Marca Hispanica* núm. 350, col. 1.239, y en MUÑOZ ROMERO: *Colec. de Fueros* pág. 400.

165. MUÑOZ ROMERO: *Colec. de Fueros* pág. 299.

166. Véase citado en la nota 155.

167. Véase citado el documento en la nota 60.

168. Véase el documento citado en la nota 123.

169. Véase el documento citado en la nota 59.

170. Véase el documento citado en la nota 80.

171. Véase el documento citado en la nota 61.

rehuye las abstracciones. La tenencia de unos bienes *ad proprium* es un hecho claro y preciso; la concepción de que esto supone un derecho específico sobre los mismos, una *proprietas*, es una abstracción a la que en estos siglos no se llega.

34. La terminología jurídica de la Alta Edad Media en el aspecto de que nos ocupamos se presta a confusión. *Ius* designa indistintamente el dominio y la mera posesión o incluso cualquier derecho; de ahí que, para precisar cuándo se trata del pleno derecho sobre la cosa, se haya llegado a forjar la expresión *ius hereditarium*. Pero aun la voz *hereditas*, que ha llegado a expresar una específica situación o derecho sobre la cosa (§ 29), ofrece también otras acepciones, y así designa la tierra que el señor concede a otra persona para su cultivo. El conjunto de derechos sobre la cosa que el *dominium* abarcaba se ha disgregado en estos tiempos de tal forma que la palabra ya no dice nada, y por eso deja de usarse y se sustituye por otras: Por eso, también, cuando los glosadores a la vista de los textos romanos encuentran en ellos tratados como integrantes del dominio distintos derechos que en la práctica ven constantemente ejercitados por diversas personas, llegarán a ampliar el concepto clásico de *dominium* y a concebir como manifestaciones verdaderas y propias de él diversos derechos sobre la cosa¹⁷², y a distinguir un *dominium directum* y otro *dominium utile*¹⁷³. *Dominium*, por otra parte, se relaciona con el derecho y el poder de los señores sobre sus tierras y vasallos, y en este sentido, la palabra romance señorío adquiere un sentido propio fuera del campo estrictamente privado.

35. Precisamente, en oposición a los bienes ajenos recibidos en feudo o en tenencia señorial, *proprius* significa durante toda la Alta Edad Media lo que es estrictamente personal. En la época visigoda —y así aparece en las fuentes de la época— lo *proprium* o la *proprietas* es lo que constituye el patrimonio privado de una perso-

172. E. BUSSI: *La formazione dei dogmi di diritto privato nel Diritto comune. Diritti reali e diritti di obbligazione*. Padua, 1937, pág. 7.

173. Edm. MEYNAL: *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé*, en *Melanges Fitting*, Montpellier, 1908, II, 411-61; y BUSSI: Ob. cit. págs. 13-17.

na (§§ 12 y 13). En la Alta Edad Media esta noción aparece reforzada y se convierte en un concepto jurídico: lo *proprium* es lo que pertenece con exclusividad a una persona; como decía el dueño de una heredad: “est mea probria sine alteros omnes et sine aliqua calumpnia”¹⁷⁴. De esta manera se tienen las heredades *ad proprium*: con plenitud de derechos sobre ellas. Y esto, en realidad, sólo se da sobre los bienes que una persona recibe por herencia de sus padres y abuelos, es decir, *por abolengo* —no de un señor o un extraño—, y sobre los que ella adquiere por sí misma a título oneroso o gratuito, *por ganancia*. La diferencia que en el derecho sobre unos y otros puede existir —restricciones en la enajenación de los de abolengo y libertad en la de los de ganancia (a veces restringida cuando se hace “mortis causa”) y el diferente destino en la sucesión intestada— no afecta a la esencia y contenido del mismo.

36. Este modo de poseer *ad proprium* es el que luego se designará como *proprietas*, y quedará configurado como un derecho pleno sobre la cosa: el que nosotros conocemos con el nombre de *propiedad*. Todavía durante algún tiempo, la voz *dominium* o *señorío* —que es como se traduce al romance— se sigue empleando, pero luego cae en desuso porque *señorío* evoca una relación señorial o de vasallaje, contraria a la idea de pleno derecho sobre las cosas. Sólo más tarde, y como tecnicismo empleado por los juristas bajo el influjo de la recepción del Derecho romano, vuelve a aparecer *dominio* como sinónimo de *propiedad*.

ALFONSO GARCÍA-GALLO

174. Véase el documento citado en la nota 55.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PATRIMONIO UXORIO EN EL DERECHO VULGAR ROMANO-VISIGÓTICO *

SUMARIO: Introducción.—I. DERECHO ROMANO DEL BAJO IMPERIO: 1. Capacidad jurídica y situación personal de la mujer.—2. Necesidad del consentimiento de la mujer para la gestión de su patrimonio por el marido.—3. Tutela de la mujer.—4. *Donatio ante nuptias* o *spontánea largitas*. Legislación de Constantino.—5. Legislación de Valentiniano I y Teodosio I.—6. Novela XIV de Teodosio II.—7. Legislación de Honorio, Valentiniano III, Mayorano y Livio Severo.—8. *Pactum de lucranda donatione*.—9. Régimen de Justiniano.—10. La dote: FV. EGW. Cs.—11. La restitución de la dote en la legislación imperial.—12. Derechos sucesorios de la viuda.—II. DERECHO VISIGÓTICO: 1. Capacidad y situación personal de la mujer casada.—2. La dote marital.—3. Consecuencias patrimoniales del divorcio y del repudio.—4. Donaciones nupciales.—5. Donaciones *mortis causa*.—6. Reformas de Leovigildo y de Ervigio.—7. Derechos sucesorios de la viuda.—8. La comunidad de adquisiciones durante el matrimonio.

Con este trabajo pretendemos continuar la investigación ya realizada sobre la situación patrimonial de la *uxor* en Derecho romano clásico¹, centrándola en el estudio de la tradición romana sobre el patrimonio uxorio que ha venido influyendo durante siglos en el régimen de bienes del matrimonio. Nos proponemos, sobre todo, poner de relieve la pervivencia y continuidad de los principios romanos aptos para las más variadas apli-

* En este artículo ofrecemos una parte del estudio sobre la tradición romana en el régimen jurídico del patrimonio uxorio, realizado como becario de la Fundación «Juan March» 1958.

1. GARCÍA GARRIDO, *Ius Vxorium* (El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano). «Cuadernos del Instituto Jurídico Español», núm. 9, Roma-Madrid, 1958.

caciones y exigencias impuestas por la acuciante realidad jurídica.

La legislación romana del Bajo Imperio sobre la situación personal y patrimonial de la *uxor* constituye la base de partida de las nuevas tendencias y orientaciones que actúan mediante una progresiva vulgarización del modelo clásico. Los principios que inspiran el derecho de las constituciones imperiales, de la interpretación visigótica, y también las modificaciones que se introducen en las obras clásicas, marcan el inicio de una nueva y extensa etapa en la historia de las relaciones patrimoniales entre cónyuges.

Dentro de esta etapa deben considerarse las leyes visigóticas en esta materia. Las normas y principios jurídicos sobre el patrimonio uxorio de aquella legislación pueden considerarse continuación de los ya elaborados en las constituciones imperiales romanas y las innovaciones que con respecto a ellas se encuentran son la necesaria consecuencia de la aplicación práctica de las normas romanas y de la normal evolución jurídica.

Como consideraciones previas al estudio que iniciamos debemos destacar la influencia del Cristianismo en las nuevas tendencias vulgarizadoras.

El Cristianismo influyó en la legislación romano-imperial y romano-bárbara, en primer lugar, indirectamente, por la repercusión de los principios y máximas cristianas en las costumbres y vida social²; y, en segundo lugar, también directamente, en cuanto al régimen jurídico patrimonial de la *uxor*, por la introducción paulatina en las constituciones imperiales de dos principios fundamentales:

a) La igualdad sustancial de los esposos en el matrimonio³.

2. Vid. ROBERTI, *Le origini romano-cristiane della comunione dei beni fra coniugi* (Torino, 1919), p. 152 ss.; ANNE, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire* (Louvain, 1941), p. 453 ss., y BIONDI, *Il diritto romano-cristiano*, III (Milano, 1954), p. 102 ss.

3. Esta igualdad sustancial entre los esposos, que tienen por razón primaria el común origen de la humanidad en el primer matrimonio creado por Dios, viene solemnemente proclamada por San Pablo, *Galat. 3.28*.

La exaltación de la dignidad de la mujer como *socia et uxor*⁴, y el principio monogámico del matrimonio llevan al reconocimiento de la igualdad moral entre marido y mujer⁵ y a la consecuencia práctica de la igualdad en el campo matrimonial, en cuanto a las aportaciones de ambos cónyuges al matrimonio. A este respecto, la Patrística proclama y defiende determinadas consecuencias de la igualdad material, como la paridad de condición económica⁶, la aportación de dote por la mujer en compensación de la actividad productora del marido⁷ y la contra-dote del marido⁸. Los principios sobre la plena comunidad de vida llevan en el campo patrimonial a la comunidad de bienes durante el matrimonio⁹.

4. *Dilectissima mihi in domino conserva*, Tertuliano, *Ad uxor* 1.1. Vid. BARTSCH, *Die Rechtstellung der Frau als Gattin und Mutter* (Leipzig, 1903), p. 72 ss., y ROBERTI, *Le origini* cit., p. 162 ss., que se refiere a la nueva consideración cristiana del celibato y del matrimonio y a la influencia que en la elevación de la mujer tiene el culto a la Virgen María.

5. *Apud nos quod non licet feminis aequae non licet viris, et eadem servitus pari conditione censetur*, San Jerónimo, *Ep.* 73 (MIGNE, *Patr. Lat.* 22, c. 458); *nemo sibi blandiatur de legibus hominum. Omne stuprum adulterium est, nec viro licet quod mulieri non licet. Eadem a viro, quae ab uxore debetur castimonia*, San Ambrosio, *De Abrah.* 1, c. 2 (MIGNE, *Patr. Lat.* 14, c. 452); *non enim, sicut iuris publici ratio est, sola mulier adultera est, quae habet alium, maritus autem si plures habeat*, Lactancio, *De vero cultu* 6, 23 (MIGNE, *Patr. Lat.* 6, c. 719).

6. *Divitias magis in uxoribus eligi solet quam pudicitiam et multos non oculis sed digitis uxores ducere; mulierem pauperem alere difficile est; divitem ferre, tormentum*, San Jerónimo, *Adv. Jovin.* 1.312, 316 (MIGNE, *Patr. Lat.* 23 c. 288 s.). Vid. ROBERTI, *Le origini* cit., p. 175 ss.

7. SAN ISIDORO (*Etym.*, 50.9) observa que cuatro cosas son necesarias para una esposa: *pulcritudo, genus, divitiae, mores*, pero ya en Donato, comentador de Terencio, se encuentra la máxima así: *Quattuor sunt quae sponsis quaerentur: forma, probitas, dos, nobilitas*. Cfr. ROBERTI, *Le origini* cit., p. 181, n. y p. 182, que recoge también las normas referentes a la obligación de dotar del Decreto de Graciano.

8. Vid. ROBERTI, *Le origini* cit., p. 110 ss. y 183 ss., y ANNE, *Op. cit.*, p. 453 ss.

9. Vid. ROBERTI, *Le origini* cit., p. 197 ss., que expone interesantes particulares de la doctrina agustiniana sobre la comunidad conyugal y la disposición de bienes por parte de la mujer.

b) El sometimiento de la mujer al marido ¹⁰, que se considera por la Patrística como el *gubernator* de los bienes de la mujer ¹¹. Esta supremacía del marido que no rompe el principio de la igualdad de los esposos en el matrimonio, tiene un contenido moral y se justifica por la necesidad de protección de la mujer y la exigencia de la unidad de la familia personificada por el marido ¹²

I. DERECHO ROMANO DEL BAJO IMPERIO

1.—En la capacidad jurídica y situación personal de la mujer existe una constante influencia de los principios cristianos que, acogidos por los emperadores, llevan a una modificación de los principios clásicos y contribuyen decisivamente a la equiparación de los sexos y a la legislación protectora de la mujer ¹³.

El principio de la igualdad de rango de los esposos durante el matrimonio, que tiene ya precedentes clásicos ¹⁴, viene cla-

10. Según San Pablo (*Eph.*, 5.22) el marido es *caput mulieris* de la misma forma que Cristo es *Caput Ecclesiae*. En *Col.* 5:18 el apóstol manda a las mujeres: *subdite estote viris, sicut oportet in Domino*

11. Según San Ambrosio: *Hex.* 5.19 (MIGNE, *Patr. Lat.* 14, c. 228) Dios quiso al hombre *gubernatorem sexus inferioris*. Tertuliano usa la expresión *dilectissima mihi in domino conservata* (*Ad ux.* 1.1.). San Agustín (*Conf.* 9.9) afirma de Santa Mónica: *tradita viro, servivit veluti domino*, y en otro lugar (*sermo* 37.6) dice: *coniux bona maritum suum dominum vocat et corde sentit*. Vid. también San Agustín, *De Serm. Dei* 1.16; San Jerónimo, *Ep.* 13; San Gregorio Nacianceno, *orat.* 27 in *Math.* 6; San Juan Crisóstomo, *hom.* 20.

12. Vid. ROBERTI: *Le origini* cit., p. 194 ss.

13. A partir de esta indudable influencia del Cristianismo se observa una evolución de los principios romanos que se orientan a la liberación y protección de la mujer. Vid. *Ius Vxorium* cit., p. 141 ss.

14. ULPIANO: D. 1.9.1: *consularium uxores*. La mujer tenía el mismo domicilio y foro del marido. ULPIANO: D. 5.1.6.5: *exigere dotem mulier debet illic ubi maritus domicilium habeat*; Papirio Sexto, D. 50.1.38.3: *mulierem (nuptam) incolam eiusdem civitatis videri*; Diocleciano, C. Th. 5.4.10. Durante la época clásica, las matronas romanas disfrutaban de los honores y privilegios de los maridos e indirectamente influían en la vida pública. Vid. GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme* (Paris, 1885); SCHULZ: *Classical Roman Law* (Oxford, 1951), p. 302 ss.

ramente afirmado en una constitución del año 392 de Valentiniano I, Teodosio I y Arcadio ¹⁵. Estos emperadores conceden a la mujer el mismo rango del marido y le señalan el mismo foro y domicilio. La *interpretatio* es más extensa que el texto que comenta y habla de *honor* y de *dignitas* y, en lo referente al foro, especifica *pro negotiis suis* con referencia a los particulares negocios que la mujer realizaba.

En cuanto a la supremacía del marido sobre la mujer en la dirección del hogar, los emperadores siguen la orientación cristiana y en una constitución de Teodosio II y Valentiniano III del año 450 (C.I. 5.14.8) se utiliza, con referencia a los bienes parafernales dados en administración al marido una expresión muy semejante a las usadas por la Patrística: *Quamvis enim bonum erat mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam eiusdem pati arbitrio gubernari* ¹⁶.

El principio de la *fragilitas sexus*, que se invoca ya en las decisiones jurisprudenciales clásicas ¹⁷, inspira las normas protectoras de la mujer en esta época. En una constitución de Honorio y Teodosio II del año 414, las mujeres y los menores son considerados especialmente ¹⁸. Es importante destacar la

15. C.Th. 2.1.7, *Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius Martiniano Comiti Orientis: Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus. Iisdem forma ex eorum persona statuimus et domicilia mutamus.*

Interpretatio: Feminas secundum honorem, quem viri earum meruerit, volumus appellari, ut, ad curus domum nubta transierit, eius proficit dignitate et pro negotiis suis in eodem foro, ubi est maritum secuta, respondeat.

16. Sobre esta constitución: vid. *Ius Uxorium* cit., p. 37 ss.

17. GAYO: 1.144, *levitas animi*; CICERÓN: *Pro Murena* 12.27: *infirmitas consilii*; D. 16.1.2.3 y C.I. 4.29.5: *infirmitas feminarum*; D. 16.1.1.2: *sexus imbecillitas*.

18. C.Th. 2.16.3; *Imppp. Honorius et Theodosius Juliano II proconsuli Africae: Et mulieribus et minoribus in his, quae vel praetermiserint vel ignoraverint, innumeris auctoritatibus constat esse consultum.*

Interpretatio: Minoribus mulieribus sicut et viris ita in causis omnibus subvenitur. Maioribus vero mulieribus pro fragilitate sexus in multis rebus, quas per ignorantiam praetermiserint, sicut lex ipsa loquitur, iubet esse consultum; id est, ut, si fideiussores pro quibuscum-

extensa interpretación que el comentarista da a esta constitución y su referencia a las normas clásicas de protección a la mujer. Ante todo, el intérprete señala el alcance de la disposición fijando el sentido de *mulieres et minores*. Tratándose de menores, afirma que las mujeres, lo mismo que los varones, son protegidas *in causis omnibus*. Destaca, después, que existe una protección especial para las *maiores mulieres*, en razón de la *fragilitas sexus*, para aquellos negocios que *per ignorantiam praetermiserint* repitiendo una de las expresiones usadas en la constitución. La mención que a continuación hace, en vía de ejemplo, a la *fideiussio* es sin duda una referencia a la prohibición del Senadoconsulto Veleiano, del que no existe mención alguna en el Código Teodosiano y que tenía una finalidad protectora de la mujer¹⁹ que el intérprete tiene en cuenta. En la interpretación del *ignoraverint* de la constitución, el comentarista extiende la protección de la mujer a aquellos supuestos de dificultad o de ignorancia del derecho y de la ley (*in difficilioribus causis ius vel leges nescientes*), tratándose de negocios propios de la mujer²⁰, como en el caso del mandato que la mujer hace ignorando las circunstancias y consecuencias y que motiva un fraude. La protección se excluye en los contratos que la mujer realiza con las solemnidades prevenidas²¹.

2.—En cuanto a la capacidad jurídica de la mujer, las fuentes de esta época, si bien recogen algunas reglas clásicas de limitación de capacidad, interpretan y dan una mayor importancia a los principios sobre la libre disposición de los bienes y sobre

que accaserint, pro ipsa fideiussione non teneantur obnoxiae. Et si in difficilioribus causis ius vel leges nescientes mandatis chartulam pro negotiis suis sorti subscripserint, ut earum, cui mandaverint, negotium exequatur et illa in charta non solum procuratorem sed et dominum rescripserit, deceptis per hanc fraudem mulieribus subvenitur. Reliqui autem contractus, quos firma aetate publice et sollempnibus scripturis gesserint, in sua firmitate perdurent.

19. Vid. *Ius Vxorium*, p. 154 ss.

20. Cuando se trataba de negocios propios de la mujer se excluía en derecho clásico la *exceptio Senatusconsulti Velleiani*. Vid. los textos citados en *Ius Vxorium*, p. 155, n. 5.

21. MOMMSEM corrige *firma aetate* por *firmitate*.

la necesidad del consentimiento de la mujer para la gestión de su patrimonio por el marido.

En la *Consultatio* se refieren tres cuestiones respecto a la validez de los actos celebrados por el marido en nombre de la mujer sin su expreso consentimiento. En la primera consulta (Cs. 1.1-5) se trata de un pacto divisorio hecho entre la mujer y su hermano, que la mujer suscribe ignorando sus condiciones y coaccionada por el marido, por lo que el jurisconsulto lo considera nulo (*tale pactum nullius iudicatur esse momenti*). En 1.9 se recoge una constitución de Diocleciano y Maximiano (C. Greg. 2) que considera nula y sin efecto la caución efectuada por el marido sin el conocimiento y la anuencia de la mujer. En una segunda consulta (2.1-5) y a propósito de una división de bienes efectuada *sine conscientia uxoris*, se afirma el mismo precepto: *respondi maritum in negotiis uxoris sine mandato non recte aliquid definire*. La tercera respuesta (8.1 y 3), en la que se considera al marido *procurator* de la mujer como un extraño que debe atenerse a los términos de la *procuratio*, se funda en una constitución del año 393 de Teodosio I y Arcadio²². Deben observarse las diferencias de redacción de la constitución y de la *interpretatio*. En la constitución se trata de la *procuratio* como administración de bienes, en general, en la que se incluye el supuesto de la administración de bienes de la mujer por el marido²³ que se considera como un caso normal de administración sin especialidad alguna. La expresión *licet maritus sit* indica que el marido debe actuar como un *procurator* ordinario, efectuando sólo los actos incluidos expresamente en la *procuratio*, y limita los amplios poderes de disposición de que el marido usaba. El texto interpretativo

22. C.Th. 2.12.4 (Cs. 8.2): *Imppp. Theodosius et Arcadius et Honorius Victorini proconsuli Asiae. Procurator, licet maritus sit, is solum exequi debet, quod procuratio emisa praescripserit.*

Interpretatio: Qui uxoris suae negotium fuerit prosecutus, quamvis maritus sit, nihil aliud agat, nisi quod ei agendum per mandatum illa commiserit.

23. Según LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obliganenrecht* (Weimar, 1956), p. 66, el emperador se refería a la administración de bienes de la mujer por el marido y no a la representación procesal.

tiene, en cambio, un sentido más restringido ya que se refiere, más que a la *procuratio*, en general, al supuesto concreto de la administración por el marido. Después de la expresión *negotium uxoris suae*, el uso de *quamvis maritus sit* es reiterativo y superfluo y sólo se explica por el deseo de imitar el texto comentado. De otra parte, el intérprete contempla el caso especial de la posible realización por el marido de actos no previstos, en cuyo caso no puede actuar de no existir un concreto mandato. La norma general sobre la *procuratio* de los emperadores viene, pues, aplicada por el intérprete a un caso especial de administración por el marido.

Los textos antes mencionados de la Cs. se mantienen dentro de la tendencia marcada por las constituciones imperiales de considerar la administración del marido como un caso ordinario de administración. Debe destacarse el acusado carácter escolástico de consultas y respuestas de estos textos, que son interpretativos de las normas de los emperadores.

En el Epítome visigótico del Código Gregoriano (EGW 3.6.5 y 3.7.2) se recogen dos constituciones de Diocleciano y Maximiano, que se refieren también a la exigencia del consentimiento de la mujer para los actos de disposición del marido sobre su patrimonio. En la primera constitución, del año 287, los emperadores declaran que se permite a la mujer, con la intervención del gobernador de la provincia, el reivindicar la cosa cuya posesión ha sido enajenada por el marido sin el mandato de ella y sin su consentimiento posterior. El año precedente 286 los mismos emperadores, en el rescripto recogido después, afirmaron que si el marido había comprado en nombre de la mujer, pero había pagado con dinero propio y poseía la cosa, el gobernador de la provincia debía prohibir que se hiciera violencia en su posesión. La *interpretatio* recoge el principio de que quien compra en nombre de la mujer o en nombre ajeno, en general, no tiene derecho a retener la cosa, sino sólo a recuperar el dinero pagado. Estos rescriptos imperiales siguen, pues, la tendencia de que el marido que administra bienes de la mujer debe considerarse como un administrador ordinario.

3.—Especial mención merecen las normas que sobre la tutela de la mujer se encuentran en estas fuentes postclásicas. *Epitome Ulpiani* nos da noticia de los principios que perviven sobre la *tutela mulieris* una vez que desaparece la tutela legítima de la mujer que suprime la *lex Claudia*²⁴; *Fragm. Dositheanum* 15 se refiere a la necesidad de la *auctoritatis interpositio* del tutor en el caso de que la mujer realizase una mancipación. Es evidente, que la no exigencia de la *auctoritas tutoris* en el caso de la *manumissio vindicta*—en la que tratándose de un proceso era exigible la asistencia del tutor según el EU—, no pudo ser la regla clásica. La asistencia del tutor de la mujer aparece en estas fuentes como una formalidad vacía de contenido que sólo por el respeto de la tradición clásica puede explicarse. *Fragmenta Vaticana* 259 ofrece el ejemplo de un supuesto en el que la mujer dona un predio estipendiario *sine tutoris auctoritate*.

Con respecto a la facultad de la mujer de ejercer la tutela sobre sus hijos, una interesante constitución de Valentiniano, Teodosio I y Arcadio (CTh. 3.7.4) del 398 admite la facultad de la mujer mayor de edad de pedir la tutela sobre sus propios hijos en el caso de que falte tutor legítimo o se excuse el tutor o sea removido y no se encuentre una persona idónea al desempeño de la tutela, con tal de que prometa *in actis*, que no contraerá nuevas nupcias.

4.—En las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Bajo Imperio destaca una nueva e importante institución que surge en esta época y que tendrá gran influencia en la evolución jurídica posterior. Nos referimos a la *donatio ante nuptias* o *sponsalicia largitas*²⁵. La nueva figura jurídico-patrimonial que tiene algún precedente en Derecho hebreo y en los Derechos orientales²⁶, tuvo una gran difusión en la sociedad

24. EU 11.1, 8, 18, 20, 25 y 27. *Ius Vxorium* cit., p. 142 ss.

25. La bibliografía sobre este tema es muy abundante. Vid. la citada por BONFANTE, *Corso di diritto romano I Diritto di Famiglia* (Roma, 1925), p. 379 ss., y ANNE, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire* (Louvain, 1941), p. XIII ss.

26. Vid. VISMARA, *La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico*, en *Cristiane-*

romana, sobre todo por la influencia del Cristianismo²⁷, antes de ser objeto de regulación por los emperadores²⁸.

La primera disposición sobre esta donación fué la de Constantino del año 319 (CTh. 3.5.2-Cl. 5.3.15), que dispuso que las donaciones esponsalicias se sometían legalmente a la condición de que el matrimonio se realizara. Esta constitución contemplaba la ruptura de los esponsales en los dos supuestos de ruptura por *repudium* o por muerte prematura de uno de los esposos. En el primer caso, si el esposo rompe deliberadamente el compromiso pierde todo lo que había ya donado a la esposa y debe entregarle también los restantes bienes que le había destinado, pero que no le había aún entregado. La esposa debe también restituir todo lo que ha recibido si la ruptura es imputable a ella o a sus padres. Igual régimen se aplica en el caso de donación efectuada por la esposa. En el segundo caso, de muerte de uno de los esposos, si el que muere es el donante, el que sobrevive debe devolver todo lo que ha sido donado a los padres del donante o a los hijos de su primer matrimonio. En ausencia de estos sucesores, el donatario o donataria adquiere definitivamente los bienes donados, mientras que los bienes que recibió el esposo premuerto de-

simo e diritto romano (Milano, 1935), p. 297 ss. Sobre los precedentes de la *donatio ante nuptias* en la práctica provincial, vid. MITTEIS, *Reichsrecht und Volkrecht*, p. 265 ss. En los papiros, vid. DE RUGGIERO, *Studi papirologici sul matrimonio e divorzio nell'Egitto greco-romano* en BIDR 14 (1902), p. 179 ss., y ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹² p. 461, n. 2.

27. Vid. BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, en *Scritti*, I (1931), p. 119 ss.; VISMARA, *La donazione nuziale nel diritto classico e nelle fonti cristiane*, en *Cristianesimo* cit., p. 338 ss.; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, p. 106 y 354 ss.

28. Observa BRANDILEONE, *Sulla storia* cit., p. 119 ss., que la donación nupcial se desarrolló y configuró en la práctica y que en la legislación imperial sólo se recogen determinados aspectos de esta institución. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., p. 381, pone en relación la donación nupcial con todo un sistema de bienes que denomina «sistema del donativo maritale» y que distingue del sistema del «donativo paterno e familiare» como sería el régimen romano de la *manus*. En el sistema primitivo romano, se conjugan, sin embargo, ambos sistemas. Vid. *Ius Vxorium*, p. 160 ss.

ben siempre volver al donante²⁹. Esta segunda parte de la disposición fué modificada por otra constitución de Constantino del año 336 (CTh. 3.5.6), en la que limita la devolución a todos los herederos por muerte del esposo a la mitad de los bienes donados en el supuesto de *osculo interveniente*, reservando la otra mitad a la esposa o a sus herederos. Según la interpretación de Anne, que nos parece acertada, esta constitución no se refiere a todos los bienes donados, sino se limita a los bienes que fueron entregados el mismo día de los esponsales con ocasión del beso de ritual³⁰.

La donación nupcial en la legislación imperial se presenta como una aportación del marido que tiene la finalidad de constituir un patrimonio familiar, que puede servir en su día a la viuda y que debe reservarse a los hijos³¹. Esta institución tiene una evolución paralela en Oriente y en Occidente, y se implanta como consecuencia de un uso social muy difundido en la vida familiar romana de la época postclásica³².

29. Contra la tesis de KOSCHAKER, *Zur Geschichte der Arrha sponsalicia*, en ZSS, 33 (1912), 392 ss. que, aceptando la hipótesis de MITTEIS, afirma que con esta constitución aparece por primera vez el instituto oriental de las arras esponsalicias, VOLTERRA, *Studio sull'arrha sponsalicia*, en RISG, 2 (1927), p. 659 ss., afirma que se trata de una donación por causa de matrimonio, aunque no excluye que en cuanto a la primera parte de la constitución, referente a la ruptura de los esponsales por repudio, hayan influido en la disposición constantiniana las costumbres jurídicas orientales.

30. ANNE, *op. cit.*, p. 300 ss., traduce la frase de la constitución constantiniana que se refiere al ósculo interveniente de la siguiente forma: «Si se han ofrecido bienes por el esposo a la esposa con ocasión del beso y uno de los dos muere antes de la conclusión del matrimonio, la mitad de los bienes donados se hace del superviviente, mientras que la otra mitad debe ser atribuida a los herederos del difunto o de la difunta de modo que la donación se hace irrevocable por la mitad.» Apoya ANNE esta interpretación en las distintas interpretaciones al CTh., como la de LRW, la *Epitome cod. Guelpherbytani*, la *Scintilla* y el *cod. Vat. graec.* 845.

31. Sobre la finalidad de la *donatio ante nuptias* de atender a la subsistencia de la viuda, vid. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit. p. 381 ss.

32. Cfr. ANNE, *op. cit.*, p. 479 ss. Nos oponemos a este autor en cuanto patrocina una evolución independiente y autónoma de la *donatio ante nuptias* en Occidente y en Oriente. Vid. infra. n. 53.

Las normas imperiales, más que dar una regulación completa de esta institución, la presuponen y se ocupan sólo de delimitar aquellos aspectos o cuestiones que podrían dar lugar a controversias a la disolución del matrimonio.

5.—Una primera fase en la historia de la *donatio ante nuptias* marca, después de la constitución mencionada de Constantino ³³, la legislación de Valentiniano I y Teodosio I. Estos emperadores regularon el destino de la donación nupcial en caso de disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges.

Una constitución de Valentiniano I, Valente y Graciano, probablemente del año 368 (CTh. 3.5.9) dispone que muriendo la mujer antes que el marido, las cosas donadas deben volver al donante y que los herederos de la mujer no tienen derecho alguno a la donación. Una vez muerta la mujer a la que la donación se destinaba, pierde esta aportación patrimonial su razón de ser, porque su finalidad es atender a la subsistencia de la mujer en caso de viudedad. Esta especial finalidad la aparta del régimen ordinario de la donación.

Un importante paso adelante en la configuración de la donación nupcial como patrimonio familiar da la constitución *Feminae* del año 382 de Graciano, Valentiniano I y Teodosio I (CTh. 3.8.2).³⁴ Esta constitución, ante todo, debe ponerse en relación con la legislación imperial sobre las segundas nupcias ³¹. El año precedente 381 (CTh. 3.8.1) los mismos emperadores dispusieron que la viuda que contrayese segundas nupcias antes del año de la muerte del primer marido perdía todos los bienes que de él procediesen, ya se tratase de bienes objeto de la donación nupcial o de bienes dejados en testamento. En la constitución *Feminae*, Teodosio I impone

33. La constitución constantiniana del 321 (CTh. 9.42.1), referente a los bienes que se devuelven a la mujer en caso de deportación del marido, no se refiere especialmente a la donación nupcial, y la expresión *largitio viri* designa indistintamente todas las donaciones del marido, sean antes o después del matrimonio. Vid. ANNE, *op. cit.*, p. 306 ss. Observa este autor que, según Constantino, la mujer adquiere la propiedad definitiva sobre los bienes donados a menos que una convención especial no venga a limitarla.

34. Vid. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., p. 394 ss.

a la mujer que contrae segundas nupcias la obligación de reservar a los hijos del primer matrimonio todo lo que había percibido del marido, sea por donaciones nupciales o por donaciones *mortis causa*, por testamento o por cualquier otro acto de liberalidad, concediéndole sólo el derecho de usufructo³⁵. Todas las enajenaciones que la madre efectuase de estos bienes durante el segundo matrimonio carecerían de efecto y si vende, dona o lega alguno de ellos deberá ser reemplazado por otro propiedad de la madre. La mujer podría dar preferencia entre sus hijos al que quisiese, pero en el caso de que el hijo preferido muriese, los bienes pasarían a sus hermanos y no a la madre. Solamente en el supuesto de no existencia de hijos del primer matrimonio, o de que muriesen antes que la madre, ésta tendría la plena propiedad de los bienes procedentes del marido. En el último párrafo se aconseja pero no se impone al marido este régimen de reserva para el caso de que pasase a segundas nupcias. De esta disposición resultaba, pues, una situación legal de injusta disparidad y discriminación entre marido y mujer a la que puso fin más tarde Teodosio II.

En el Código de Justiniano (5.9.3) esta constitución aparece interpolada para limitarla al caso de que la viuda pasase a segundas nupcias antes de transcurrir el *tempus luctui statutum*. Por esa limitación del alcance de la norma, no se recoge en la última parte el consejo al marido.

Otra constitución de Teodosio I del año 392 (C.I. 5.10.1), disponía que si el marido había dejado a la mujer el usufructo de todos sus bienes y ella pasaba a segundas nupcias perdía el usufructo a favor de los hijos del primer matrimonio, dejando siempre a salvo el usufructo sobre la donación nupcial. En este mismo sentido se pronuncian Arcadio y Honorio en una constitución del 398 (C.Th. 3.9.1). En la *interpretatio* del

35. ANNE, *op. cit.*, p. 317, conjetura que, en la práctica, las viudas seguirían este mismo régimen también en el caso de que no pasasen a segundas nupcias, y que Teodosio I, como buen legislador, no preveía más que el caso en que estimaba que la sola obligación moral y las costumbres no bastaban para respetar los deseos del cónyuge difunto y el interés de los hijos.

Breviario, a esta ley se distingue claramente entre el usufructo de los bienes del marido que él deja a la mujer y el usufructo sobre la donación nupcial impuesto por la constitución del 382³⁶.

6.—A la disparidad de tratamiento entre el viudo y la viuda que contraían nuevas nupcias, pone fin Teodosio II con una constitución del año 439 (Nov. XIV)—precedida de otras dos en que marido y mujer tienen paridad de régimen³⁷—, que transforma la obligación moral a reservar a los hijos los bienes procedentes de la mujer en obligación legal. Esta larga Novela pretende regular, no sólo la donación nupcial, sino también el destino de todas las aportaciones de los cónyuges como integrantes del patrimonio familiar que debe pasar a los hijos. La primera parte de la disposición extiende al marido el mismo régimen de reserva de bienes que la constitución del año 382 imponía a la mujer en el caso de que pasase a segundas nupcias. El marido, si contraía nuevo matrimonio, debía reservar a los hijos la propiedad de la dote y de todos los otros bienes procedentes de la mujer. La reserva se impone también al marido en el caso de que otra persona haya dado por el marido la *donatio ante nuptias*, o por la mujer la *dos*. A continuación sigue en la Novela un principio que creemos de gran interés. Teodosio II contempla la situación frecuente—*ut adsolet fieri*—de que las *res ante nuptias donatae* sean dadas por la mujer como dote, en cuyo caso se impone también la reserva de estos bienes³⁸. La

36. A la concesión del derecho de usufructo sobre la donación nupcial a la viuda que pasa a segundas nupcias se refiere también una constitución de Teodosio II del año 412 (CTh. 3.8.3) y LRB 16.

37. CTh. 8.18.10 y 5.1.8. Estas constituciones de Teodosio II y Valentiniano III del año 426 concedían sólo el usufructo de parte de los bienes hereditarios del hijo premuerto al padre o madre superviviente cuando contrajeran segundas nupcias.

38. Teodosio II, con una constitución anterior (CTh. 3.5.3. a. 428), había suprimido la formalidad de la *tradio* para los bienes ofrecidos a la esposa, y dispensa de la *insinuatio* las donaciones no superiores a doscientos sueldos de oro. No es extraño que por esta disposición el emperador quisiera legalizar la práctica de la transformación de la dona-

interpretatio da un mayor alcance a lo que, en la constitución, es sólo la referencia a una situación frecuente con la expresión *nam permisit*, aclarando que cuando *proprium mulier nihil habeat* podrá dar al marido lo que recibió de él como *sponsalicia donatio*. Creemos que debe darse especial relieve a esta práctica, ya atestiguada en esta Novela teodosiana, que probablemente representa el primer paso de la adaptación posterior de la dote romana a la dote marital de las fuentes visigodas³⁹. Es evidente que Teodosio II distingue ya entre la dote propia, aportada por la mujer, y esta otra clase de dote que tiene por objeto las mismas cosas de la donación nupcial, al disponer que, si el matrimonio se disolvía por culpa de la mujer, el marido retenía toda la donación *non partes ut in altera dote*. Indudablemente, el emperador se refiere con la expresión *altera dos* a la dote clásica y al régimen de las *retentiones*⁴⁰.

La Nov. confirma también la facultad de los padres, ya reconocida a la madre por Teodosio I en el año 382 (CTh. 3.8.2), de dividir libremente los bienes entre los hijos o preferir a alguno de ellos. Se precisa después que en el supuesto de que los hijos no llegasen a adir la herencia del premuerto, el cónyuge bínubo podría retener los bienes que procedían de aquél. La Nov. establece, a continuación, el pleno derecho del cónyuge viudo

ción en dote, ya que en este caso la *traditio* no se efectuaba. De otra parte debe observarse que frecuentemente los bienes objeto de la donación se confundían con el patrimonio del marido. A este supuesto se refiere una disposición de Arcadio (CTh. 9.42.15): *Ea etiam, si forte cum proscripti bonis mixti sunt, non negentur, quae ab innoxio adhuc marito ante nuptias titulo donationis acceperit*.

39. Vid. infra Cap. II.

40. ANNE, *op. cit.*, p. 330, n. 1, por su lado, interpreta la expresión *altera dos* como referente a la donación *ante nuptias*, observando que todo el principio *nam-retinebit* rompe el curso de ideas de lo precedente y lo que sigue, lo que le lleva a dudar de la autenticidad de esta frase. No vemos el motivo para dudar y creemos que precisamente el emperador introdujo probablemente este inciso para poner en relación la donación nupcial con la práctica de devolver la donación en dote y para contraponer esta nueva dote así formada con la dote clásica y con el régimen de *retentiones*. El que este fragmento no esté recogido en el CI. no es una prueba para negar su autenticidad, como hace el autor.

que no pasa a segundas nupcias de disponer libremente de los bienes procedentes del otro cónyuge, como propietario, y la facultad de los hijos que no quieren adir la herencia del padre o madre superviviente de recibir sólo los bienes paternos o maternos considerados con independencia de la herencia ⁴¹. En el caso de premuerte de hijos *in potestate*, por los que el padre no adquiere ni la donación ni la dote ⁴², los bienes objeto de una u otra atribución pasan a los hijos de ellos *iure hereditatis* y no al padre *iure peculii*. Sin embargo, en el caso de disolución del matrimonio por muerte y de que el cónyuge viudo esté sometido a la patria potestad de su padre o abuelo, el emperador le obliga a ceder al *paterfamilias* el usufructo de todos los bienes que le haya dejado el otro cónyuge (CI. 6.61.2). Además tratándose del supuesto de marido superviviente, su *paterfamilias* recobra la propiedad de la donación nupcial y de todo aquello que donó a la mujer difunta en nombre de su hijo. El emperador declara que quería evitar con esta disposición que la idea de una cesión irrevocable y completa impidiese la generosidad de los padres hacia sus hijos. Tratándose de la supervivencia de la mujer y de que ésta sea aún *filiafamilias*, debe ceder también a su padre el usufructo de la donación y de todos los bienes procedentes del marido hasta el día de su emancipación, con la particularidad de que en este día el padre deduce una cierta cantidad en el acto de devolución de los bienes. De todo este complejo régimen se deduce que mientras Teodosio II asegura la propiedad y libre disposición de sus bienes y aportaciones nupciales a los cónyuges, incluso si están sometidos a la patria potestad, reserva estos bienes, a la disolución del matrimonio, a

41. ANNE, *op. cit.*, p. 327, afirma que si los hijos se niegan a aceptar la herencia del padre premuerto se les permite reivindicar, por una ficción de derecho, los *bona paterna* que se encuentran en manos de su madre «como si verdaderamente perteneciesen a esta última». No se trata, sin embargo, en este texto de una ficción, sino sólo de la aplicación de un principio o regla de derecho. Sobre los caracteres y diferencias que distinguen la ficción romana de otros medios de técnica jurídica y de la aplicación de preceptos, vid. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción romana*, en AHDE, 27 (1957-58), 305 ss.

42. Sobre la adquisición de dote y donación por los hijos en potestad vid. CTh. 8.18.6 y 8.19.1. y LRB 22.2.

los hijos o, a falta de ellos, al *paterfamilias* por la parte que procede de él.

Teodosio II regula también el destino de la donación nupcial a la disolución del matrimonio por divorcio. La primera disposición limitadora del repudio unilateral es de Constantino (CTh. 3.16.1), que establece sanciones contra los que repudiarán sin justa causa, y entre ellas la pérdida de la dote y de la donación nupcial. En un primer momento, Teodosio II recoge en su código (CTh. 3.16.2) la disposición de Constantino y una constitución de Honorio sobre los distintos grados de culpabilidad por el divorcio y las sanciones de la pérdida de la dote y de la donación por el repudio injustificado. Más tarde, sin embargo, en una extraña disposición del año 439 (Nov. XII), deroga esas constituciones para volver a las antiguas leyes de Augusto y de los Antoninos y a las respuestas de los juristas clásicos. Inexplicablemente vuelve en el año 449 (Cl. 5.17.8) al régimen anterior que había derogado. Estos cambios frecuentes en las ideas del emperador resultan un tanto extraños y mucho más si se observa que en la Nov. XIV, posterior sólo en unos meses a la Nov. XII, sostiene el mismo criterio de los emperadores precedentes al tratar del repudio imputable a la mujer.⁴³

En lo que respecta a la dote y donación nupcial, el emperador, sostiene, de acuerdo con la legislación precedente, que el repudio injustificado o el dar motivo al divorcio por parte de la mujer le acarrearán la pérdida de la dote y de la donación nupcial. Si el culpable es el marido, o a él se debe el repudio injustificado, debe devolver la dote a la mujer y pierde la donación. Tanto al marido como a la mujer inocente, en caso de divorcio, se impone la obligación de reservar a los hijos los bienes adquiridos como dote o donación (*quidquid ex nuptiis lucratum est*)⁴⁴.

43. Por todas estas razones, más que dudar de la genuinidad de la Nov. XIV, como hace ANNE, *op. cit.*, p. 330, n. 1, se debe dudar de la redacción actual de la Nov. XII y de que ella se deba realmente a Teodosio II que mantiene un criterio distinto en sus otras disposiciones.

44. A esta legislación de Teodosio II sobre el divorcio se refieren LRB 21.3 y ET 54.

En resumen, las disposiciones de Teodosio II con respecto al destino de la donación nupcial en caso de disolución del matrimonio se pueden agrupar así: en caso de disolución por muerte de la mujer, la donación se devuelve al marido y, en caso de muerte del marido, la viuda conserva la propiedad sobre la donación nupcial, y si se transformó en dote se devuelve a título de dote. En el caso de que la viuda contraiga nuevo matrimonio tendrá sólo el usufructo sobre la donación nupcial. Si la disolución del matrimonio es por divorcio o repudio injustificado, si la mujer es culpable, pierde la donación que se devuelve al marido y no recupera la dote, pero, si el culpable es el marido, la mujer adquiere la donación, cuya propiedad debe reservar a los hijos y el marido debe devolverle la dote.

7.—Una nueva fase en la historia de la *donatio ante nuptias* puede señalarse con las innovaciones que introducen los emperadores de Occidente Honorio, Valentiniano III, Mayoriano y Livio Severo.

Honorio, en una primera constitución (CTh. 3.16.2); completa la legislación de Constantino en materia de divorcio, estableciendo distintas sanciones patrimoniales que afectan a la dote y a la donación en los casos en que el repudio no esté justificado o lo esté sólo parcialmente. Si la mujer que repudia no alega causa alguna de divorcio o se basa en culpas leves del marido pierde la dote y la donación; en cambio, si aduce y prueba la comisión de faltas graves por el marido conserva la dote y la donación. Si es el marido el que repudia arbitrariamente perderá también dote y donación, pero recobrá la donación y adquirirá la dote si se basa en faltas graves de la mujer. Si la mujer es de costumbres viciosas podrá recobrar la donación, pero deberá devolver la dote. En una segunda constitución (CI. 5.9.4), Honorio dispone que los hermanos uterinos sólo tienen derecho a la donación que hizo su padre respectivo, y no pueden reclamar las donaciones que la madre obtiene en otros matrimonios que se reservan a los hijos nacidos en ellos.

De mayor importancia es la labor legislativa de Valenti-

niano III que, además de publicar en Occidente el Código y las novelas de Teodosio II, introduce fundamentales innovaciones en la donación nupcial. En una novela del año 452 (Nov. XXXV. 8-10), Valentiniano III dispuso que en el caso de que vivan los ascendientes y no existan hijos del matrimonio debe pasar la mitad de la donación o de la dote a los padres del cónyuge premuerto. El emperador establece el derecho de los ascendientes del cónyuge premuerto a hacer suya la mitad de la aportación que, en el supuesto normal, procedía de ellos. En el caso de que no vivan los ascendientes del marido, la viuda hace suya toda la donación *pro pudore percepta*⁴⁵. En cuanto a la dote, que el emperador quiere sea igual a la donación nupcial, a fin de que ninguno de los cónyuges se perjudique por el matrimonio, se impone el mismo régimen de devolución de la mitad a los ascendientes de la mujer. En el caso de existencia de hijos, si la mujer muere intestada, el marido tendrá el usufructo y la administración de todos sus bienes hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad.

Para evitar litigios entre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto, Valentiniano promulgó y aplicó la Novela XIII de Teodosio II del año 444, que disponía que los frutos consumidos durante el matrimonio no podrían ser reclamados por los herederos del marido o de la mujer difunto. En cuanto a la reserva a los hijos de los bienes aportados al matrimonio el emperador aplicó la Novela XIV de Teodosio II.

45. ANNE, *op. cit.*, mientras que en la p. 303, n. 1, pone en relación esta expresión *pro pudore percepta* de Valentiniano III, así como la usada por Constantino: *quia pudicitiae praemio cessit* (CTh. 9,42,1), con el *pretium pudicitiae*—ofreciendo abundantes testimonios literarios de que también era costumbre entre los romanos ofrecer un presente después de la primera noche de matrimonio—; después, en la p. 383, n. 1, afirma que la expresión de Valentiniano III más que a un verdadero *pretium pudicitiae* se refiere simplemente a los bienes donados *matrimonii causa*, e interpreta también la frase de Constantino en este sentido general. Aunque en la *interpretatio* la expresión *pro pudore percepta* indique la *sponsalicia donatio* simplemente, entre estas dos opiniones nos inclinamos por la primera, es decir, que las constituciones citadas se refieren al *pretium pudicitiae* que es una expresión que se generaliza y sirve para designar la donación nupcial.

Después de la Novela XXXV de Valentiniano III, que impone la igualdad entre dote y donación, el patrimonio familiar se integra por la aportación igual de los cónyuges⁴⁶, destinado a las necesidades del matrimonio.

Mayorano en la Novela VI del año 458 da un nuevo paso adelante al considerar la igualdad de aportaciones como una condición de validez para el matrimonio. Mayorano dispone que en el contrato matrimonial deben establecerse condiciones iguales (*par conditio*) para ambos cónyuges, añadiendo que todos los que se uniesen en matrimonio sin que se realizara entrega de dote, además de ser sancionados con la nota de infamia, no contraerían legítimo matrimonio ni los hijos se considerarían legítimos. Esta disposición que parece obligar a la constitución dotal, en todo caso, se refiere, en cambio, como sostiene Anne, sólo a aquellos matrimonios en que el marido ha efectuado una *donatio ante nuptias*⁴⁷. Una segunda innovación de esta Novela es la de considerar los bienes objeto de la donación nupcial como *bona paterna* reservados a los hijos. Caes sostiene que es Mayorano el autor de la iniciativa de obligar a la viuda a conservar a los hijos comunes la *sponsalicia largitas*, en todo caso, e independientemente de que pasara o no a segundas nupcias, con lo que la donación nupcial comienza a considerarse como un verdadero y propio patrimonio familiar reservado a los hijos⁴⁸. Mayorano obliga a la viuda, en caso

46. Es dudosa la interpretación de la frase de la Nov. *quam dari preasentis oraculi decernit auctoritas* (XXXV 7) que parece ya referirse a la obligatoriedad de la dote que más tarde impone Mayorano en la Nov. VI, por lo que es más acertado limitar su alcance y sentido a la igualdad entre dote y donación. Vid. ANNE, *op. cit.*, p. 378, n. 1.

47. Según ANNE, *op. cit.*, p. 379 ss., el texto de la constitución en su parte dispositiva se refiere a la igualdad entre dote y donación, y lo que sigue sobre la obligatoriedad de la dote no es más que la sanción. En apoyo de su interpretación este autor aduce el *Epitome Aegidii*, que se refiere sólo al caso de desigualdad de aportaciones para decretar la nulidad del matrimonio, la Nov. IV de Marciano del año 454 sobre el matrimonio de los senadores con mujeres nobles y pobres, que no menciona la obligación de dotar, y otros importantes testimonios.

48. Vid. CAES, *Le statut juridique de la sponsalicia largitas échue a la mere veuve sui iuris selon la Nov. 6 de Majorien et la Nov. 1 de*

de petición de los hijos, a garantizar mediante *cautiones* la conservación de los bienes. En el fragm. 8, el emperador abolió el derecho de preferencia de la madre a favor de uno de los hijos que habían concedido los emperadores a partir de la constitución *Feminae* de Teodosio I.

La Novela I de Livio Severo del año 463 deroga las disposiciones de Mayorano que califica de injustas, con excepción de las que se fundamentan en la autoridad de las antiguas leyes imperiales. Severo limita los derechos de la viuda, contraiga o no nuevas nupcias, al usufructo sobre la donación nupcial y reserva la propiedad de ella a los hijos, al mismo tiempo que dispensa a la viuda de la obligación de prestar fianza impuesta por Mayorano, ya que considera que el derecho de los hijos está suficientemente garantizado con los bienes o expectativas de la misma madre, y ello también en el caso de que contraiga nuevo matrimonio. Confirma la abolición de Mayorano del derecho de preferir a uno de los hijos, en cuanto a la reserva de la nuda propiedad, que se impone obligatoriamente a favor de todos los hijos por igual, pero se declara la libertad de la madre de hacer atribuciones al hijo que prefiera valiéndose de las facultades de su derecho de usufructo ⁴⁹.

8.—Como consecuencia de estas disposiciones imperiales que obligaban al cónyuge viudo a reservar la aportación nupcial del

Severe. Contribution à l'étude du régime juridique de la donation pour cause de mariage, échue à la mère veuve sui iuris depuis la loi Feminae (a. 382) de Théodose I jusqu'à la Nouvelle I (a. 463) de Severe (Courtrai, 1949.) Este autor sostiene que el derecho concedido a la viuda por la Nov. VI de Mayorano es más extenso que el simple derecho de usufructo de las constituciones precedentes. No nos parece, sin embargo, que de las expresiones usadas en la Nov. pueda desprenderse se trata de un derecho más extenso que el simple usufructo y la exigencia de *cautiones* es decisiva a este respecto. CAES, *La destinée de la Nov. Majorien 6 d'après la formula de publication de la Nov. Sev. I*, en *Mélanges de Visscher*, III (1950) 223 ss., se plantea la cuestión de si la Nov. de Mayorano ha sido publicada ya, junto con la Nov. de Severo, corregida y enmendada por Basilio, con lo que esa disposición tendría un contenido diverso del actual.

49. La madre podía revocar la donación por ingratitud del hijo, pero no si pasaba a segundas nupcias. Vid. CTh. 8.13.1 y 4 y LRB:22.2.

premuerto a los hijos o a devolver la mitad a los ascendientes de él, se generaliza en Occidente una costumbre que había tenido una gran difusión en Oriente: la de fijar en los documentos matrimoniales mediante pacto (*pactum de lucranda donatione*) la parte que la mujer adquiriría de la donación en caso de premoriencia del marido. La abolición por Livio Severo de la igualdad entre dote y donación impuesta por Valentiniano III y Mayorano favoreció la difusión de esta práctica. Anne niega que el *pactum de lucranda donatione* tuviese aplicación en Occidente⁵⁰, pero contra esta opinión puede aducirse el testimonio del fragmento de la LRW. atribuido a Papiniano que se refiere probablemente a esta clase de pactos⁵¹. Debiendo negarse que la actual redacción de este texto sea de Papiniano⁵², la frase final *ut neuter coniugium locupletior fiat* parece inspirada en la misma tendencia que lleva a Valentiniano a declarar la igualdad de dote y donación *ne placita futuraque coniunctio uni lucrum, alteri faciat detrimentum* (Nov. XXXV. 9). Es probable, por tanto, que el texto atribuido a Papiniano en la LRW. recoja algún comentario de un jurista postclásico que se refería a los pactos sobre el destino de la donación nupcial. La constante relación entre Oriente y Occidente y la difusión en una y otra parte del Imperio de las normas sobre el régimen jurídico-patrimonial de la mujer excluye

50. Cfr. ANNE, *op. cit.*, p. 382, n. 3 y 735 s. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., p. 386, relacionó la Nov. de Valentiniano III con la introducción de los *pacta de lucranda donatione* en Occidente, ya que por medio de estos pactos los cónyuges podían sustraer el régimen de su matrimonio a las disposiciones de Valentiniano III. En este mismo sentido, VISMARA, *La donazione nuziale* cit., p. 403.

51. I. *Papiniani lib. I. responsorum. I. de pactis inter virum et uxorem. Inter virum et uxorem pacta non solum verbis, sed et voluntate contrahentium constituuntur, ut neuter coniugium locupletior fiat.*

52. La existencia de estos pactos se aviene difícilmente con el régimen clásico. Sólo a partir de Teodosio se reconoce el *pactum dotis* que en el derecho justinianeo sustituye a la *dictio dotis*. De otra parte, PS. 1.1.6 y Cs. 4.3 disponen: *Functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio iuri publico nihil derogat*. La redacción del texto atribuido a Papiniano excluye que en él se tratase del *pactum de restituenda dote* o del *pactum de lucranda dote* en vigor durante la época clásica.

el que los *pacta de lucranda donatione* fueran desconocidos en Occidente ⁵³.

A la regulación de los *pacta de lucranda donatione* en Oriente contribuye decisivamente una constitución de León I del año 468 (CI. 5.14.9). Esta disposición viene a establecer un límite al régimen de libertad de convenciones matrimoniales y a la difundida práctica oriental de los pactos *de lucranda donatione* ⁵⁴. León I impone una igualdad de proporción entre las aportaciones de ambos cónyuges; es decir, dote y donación tenían que ser iguales respecto de la cuota (la mitad, la tercera, la cuarta parte, etc.), pero no respecto de la cuantía que se atribuía al cónyuge sobreviviente. Toda convención contraria a esta disposición se declara nula. En ausencia de pacto, León I dispone, en una constitución recogida en el Libro siro-romano de derecho (LS. 92), que la viuda sólo tiene derecho a su dote y a la mitad de la donación, pero esta disposición parece se refería a las viudas que no hubiesen tenido hijos en el matrimonio ⁵⁵. En definitiva, León I aplica la Nov. XXXV. 8, de Valentiniano III sobre la reserva de la mitad de la donación a los padres del marido premuerto en el caso de no existencia de hijos. Este emperador, considerando que la donación nupcial forma parte

53. Puede reprocharse a ANNE, *op. cit.*, p. 239 ss., el haber realizado en su libro una separación demasiado tajante entre la evolución de la donación nupcial en Oriente y la evolución en Occidente, manteniendo una historia autónoma y separada de la institución en las dos partes del Imperio que le lleva a considerar las normas de Justiniano en la evolución oriental. Aparte de los evidentes contactos e influencias, que hemos venido poniendo de relieve, la historia de la donación nupcial tiene un mismo punto de partida en Oriente y en Occidente: la legislación de Constantino y Teodosio I y una etapa de configuración definitiva: el régimen justiniano, que puede considerarse como un sistema que acoge tanto las normas procedentes de los emperadores de Oriente como las procedentes de Occidente.

54. Según ANNE, *op. cit.*, p. 276 ss., a partir de la segunda mitad del siglo quinto, la práctica de convertir en dote la donación ante nupcial comienza a declinar, al generalizarse el uso de redactar convenciones especiales para cada uno de los esposos.

55. Vid. ANNE, *op. cit.*, p. 335 ss., que combate la opinión de MITTEIS, *Reichsrecht* cit., p. 309, que sostiene que la disposición tuvo un alcance general.

de los *bona paterna*, la somete a la obligación de la *collatio*. Lo que en derecho clásico se preceptuaba para la dote⁵⁶ lo extiende el emperador a la donación nupcial siguiendo la tendencia imperante en esta época de equiparar dote y donación⁵⁷.

9.—Justiniano da una regulación definitiva a la donación nupcial y a su paralelismo con la dote. Ya Justino admitió que lo mismo que podía ser aumentada la dote durante el matrimonio por la mujer, podía el marido aumentar la donación nupcial en proporción a la dote⁵⁸. Justiniano dispuso que se pudiesen no sólo aumentar estas aportaciones, sino incluso efectuarse después de celebrado el matrimonio, sin que ello afectase a la prohibición de donaciones entre cónyuges. Por ello, cambia el nombre de *donatio ante nuptias* en *donatio propter nuptias*⁵⁹. Insistiendo en el paralelismo entre dote y donación que le lleva a afirmar *et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio* considera válida la donación en cuanto es una contraprestación a la dote y sea proporcional a ella. Si el matrimonio se disuelve por muerte del marido, la mujer adquiere la donación en la proporción fijada en el pacto⁶⁰. A

56. Vid. *Ius Vxorium* cit., p. 70.

57. León I (CI. 6.61.4 pr., 1 a 3) dispuso también que en caso de que la viuda que pasa a segundas nupcias pierda al marido y recaiga en la potestad paterna, pasará el derecho de usufructo sobre los bienes del primer marido a su *paterfamilias*, mientras que la propiedad continúa siendo reservada a los hijos. Si muere un hijo del primer matrimonio su parte en los *bona paterna* pasará a sus descendientes y, en su defecto, a sus hermanos germanos o a los uterinos. Por último, las disposiciones de Teodosio II sobre la hija *in potestate* y la adquisición de la donación por ella se aplica también a la novia por los bienes recibidos como *sponsalicia largitas* o como legado. Cfr. ANNE, *op. cit.*, p. 340.

58. CI. 5.3.20. Vid. *Ius Vxorium* cit., p. 102.

59. CI. 5.3.20. Vid. *Ius Vxorium* cit., p. 102. Un cuadro resumen de las innovaciones de Justiniano en esta materia hace ANNE, *op. cit.*, p. 489 ss.

60. En el caso de no existencia de pacto sobre lucros nupciales, BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., siguiendo a BRANDILEONE, afirma que Justiniano retornaba al sistema antiguo del lucro completo de la donación.

este respecto, Justiniano recoge en el Código la constitución de León I sobre la igualdad de los pactos nupciales, añadiendo que cuando los pactos fuesen desiguales se debían reducir ambos a la medida menor ⁶¹.

En las Novelas, Justiniano abandona el criterio proporcional de la igualdad en los pactos para acoger el de la igualdad aritmética entre dote y donación introducido por Valentiniano III y por Mayorano y abolido por Livio Severo ⁶². Sin embargo, en la Nov. 98 pr. 1 del año 539, y con respecto al derecho atribuido a la viuda con hijos, restaura el régimen impuesto por la Nov. de Livio Severo concediéndole sólo el usufructo. Más tarde, en la Nov. 127.3 del año 548 le otorgó nuevamente, en conformidad con el derecho anterior a la Nov. de Severo, la propiedad, pero sólo sobre una cuota viril de la donación junto con los demás hijos. Justiniano mantiene también la abolición de la preferencia de la madre entre sus hijos, atribuyéndoles por igual la donación ⁶³. Con todas estas disposiciones tomadas en gran parte de las constituciones precedentes y con las innovaciones que introduce, sobre todo respecto al perfecto paralelismo entre dote y donación ⁶⁴, Justiniano trazó las líneas maestras de un nuevo régimen jurídico-patrimonial entre cónyuges, susceptible de una nueva evolución hacia la comunidad de bienes.

10.—En la regulación de la dote las fuentes del Bajo Imperio introducen frecuentes modificaciones destinadas a adecuar la estructura y efectos de la dote clásica a la nueva concepción de la dote como una aportación al patrimonio familiar reservada a los hijos. En las colecciones vulgarizadas de *iura*, los principios clásicos aparecen a veces fielmente recogidos y a veces deformados para hacerlos compatibles con las nuevas concepciones dominantes en esta época.

61. Cl. 5.14.10; 5.3.20.7; Nov. 22.20 pr.

62. Nov. 97 pr. 1 y 2.

63. Nov. 2. 1.

64. Sobre los puntos de coincidencia y de divergencia entre dote y donación en derecho justinianeo, vid. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., p. 391 ss.

En cuanto a la pertenencia de la dote a la mujer, un texto de los FV. recogen un fragmento, probablemente de Paulo, en el que se afirma *ut autem de dote sua, quam apud maritum habet, mulieri testari liceat, inutiliter convenisse videri*⁶⁵. También PS. 4.1.1. afirma que la mujer a la que se deja un *praelegatum dotis, proprium recipere videtur*. La LRB. 6.2., en el supuesto de hijos en potestad que contrajesen matrimonio, aplica las constituciones de Teodosio I del 379 (CTh. 8.18.6) y de Teodosio II y Valentiniano III del 426 (CTh. 8.19.1) y dispone que las donaciones y la dote que consiguieran el hijo y la hija *in familia positi* se hacen de su propiedad y no son adquiridas por el padre⁶⁶.

En EGW 2.4.1. se recoge una constitución del año 235 que dispone que la dote, que *vivente patre bonis eius fuit separata*, no se puede computar en la cuarta hereditaria. Se continúa, pues, en estas fuentes la tendencia clásica de considerar la dote como un especial *patrimonium filiae*⁶⁷. Dentro de la tendencia clásica se mantiene también PS. 1.1.6 y Cs. 4.3. que declaran que la función de la dote no puede modificarse por pacto⁶⁸.

Un pasaje de PS (2.21b.1b) transmitido por D. 23.3.73 establece las causas por las que se admite la devolución de la dote *manente matrimonio*. D. 23.3.73 se ha considerado itp. por razones sustanciales y formales⁶⁹, sobre todo, porque la relación de las causas de restitución no concuerda con la que da el mismo Paulo en D. 24.3.20. Supuesto que la redacción de las PS. ha sido íntegramente recogida en el Digesto, nos incli-

65. FV 98. Vid. *Ius Vxorium* cit., p. 66.

66. La constitución de Teodosio II del 426 está recogida también en CI. 6.61.1. Una constitución de León y Antemio del 472 (CI. 6.61.4. pr.) dispuso que cualquier bien que el hijo o hija adquiriese por diversos títulos se hace suyo, prohibiéndose al padre la disposición. Vid. *Ius Vxorium* cit., p. 19 s.

67. Sobre la dote como *patrimonium filiae*, vid. *Ius Vxorium* cit., p. 68 ss.

68. Vid. supra n. 61.

69. Vid. *Index interpolationum*. BONFANTE: *Diritto di famiglia* cit., p. 336, afirma que este paso en su estilo bizantino (*non perditurae uxori*) está en relación con Ulpiano D. 24.3.22.1, considerado itp. por Czyhlarz.

namos a pensar que más que de una alteración de los compiladores se trata de una reelaboración efectuada tomando como base el comentario de Paulo a Sabino, quizá ya por el redactor del estrato A de las PS ⁷⁰.

II.—La restitución de la dote a la disolución del matrimonio sufre especiales modificaciones en la legislación imperial, introducidas para acomodar el régimen clásico a las nuevas concepciones sobre el destino del patrimonio familiar.

La nueva concepción de la dote no es, sin embargo, precisa ni clara, ya que los emperadores la consideran especialmente en las disposiciones penales sobre el repudio y sobre las segundas nupcias, y se ocupan de ella junto con la donación nupcial englobándola en el destino a los hijos del patrimonio familiar.

En una constitución de Honorio, recogida por Teodosio II (CTh. 3.16.2), se dispone que la mujer no puede reclamar la dote del marido si da el repudio sin causa que lo justifique o si resulta ella culpable, aparte de la sanción que se le aplica de la pérdida de la donación ⁷¹.

En otra constitución del 422 (CTh. 3.13.3), estos mismos emperadores pretenden dar una regulación a la restitución de la dote, disponiendo que la dote constituída *ex uxoris facultatibus* debe volver a la mujer a la muerte del marido. En el caso de disolución del matrimonio por muerte de la mujer, la disposición establece que el marido lucra la dote en todo caso—incluso si es profecticia ⁷²—, pero se le prohíbe la enajenación de los bienes dotales que deben reservarse a los hijos ⁷³. La *interpretatio* distingue entre el usufructo que pertenece al padre y la nuda propiedad que es de los hijos, consolidándose el derecho de éstos a la muerte del padre.

En la Nov. XIV.7, el mismo Teodosio II prohíbe la enaje-

70. Sobre los distintos estratos de las PS, vid. LEVY: *Pauli Sententiae. A Palingenesia of the Opening Titles*, New York-Ithaca, 1946.

71. Vid. supra, par. 5.

72. Cfr. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., p. 348.

73. La constitución teodosiana está dividida en dos en Cl. 5.18.11 y 5.19.1, itp.

nación de los bienes dotales por el marido, pero sólo en el caso de que contraiga nuevo matrimonio: *si res vel maritus vel uxor non consumpserit vel alienaverit (quod eis ad secundas nuptias non venientibus quasi rerum dominis concessum est non dubium est)*.

La Nov. de Mayorano VI. 9—que impuso la obligación de constituir la dote bajo pena de infamia—y la de Livio Severo no modificaron este régimen de la dote, pues estas disposiciones se referían sólo a la mujer, con respecto a la *donatio ante nuptias*, pero no al marido con respecto a la dote ⁷⁴.

La Nov. de Valentiniano III, XXXV. 9, atribuía en caso de ausencia de hijos la mitad de la dote al padre y madre de la mujer ⁷⁵.

En el Libro siro-romano se recogen dos disposiciones de Teodosio II y de León (LS. 29 y 92). Según la disposición de Teodosio II, la dote se restituye a la disolución del matrimonio y por cualquier causa ésta ocurra. Si el matrimonio se disuelve por muerte de la mujer, el marido adquiere la dote, pero siempre en nombre de los hijos; en el caso de falta de hijos, se impone una división de la dote entre el marido y el padre de la mujer, en la que se tiene en cuenta el número de hijos premuertos y los años de duración del matrimonio. La ley de León dispone que el marido se lucra de toda la dote en nombre de los hijos sólo si el padre de la mujer ha muerto; si éste vive, en el caso de existencia de hijos, la dote se divide por mitad entre el marido y el titular de la patria potestad; en caso de no existencia de hijos, si la mujer es *sui iuris*, la dote se divide entre el marido y la mujer divorciados. Si el matrimonio se disuelve por muerte del marido se devuelve toda la dote a la mujer ⁷⁶. En la concepción de la dote en la legislación imperial deben tenerse presente las normas sobre el paralelismo entre dote y donación, ya examinadas, así como la

74. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., p. 348, n. 2, afirma que, en cuando al marido, la Nov. Th. XIV.7 debe considerarse vigente durante el derecho antejustiniano.

75. Vid. supra par. 7.

76. Vid. también LS. 123.

práctica de la entrega por la mujer en dote de los bienes recibidos como donación nupcial, en cuanto suponen nuevas concepciones de la dote e indican la decadencia de la institución en la legislación del Bajo Imperio.

12.—Como consecuencia de estas fundamentales reformas en las aportaciones nupciales, se modifican las normas sobre los derechos sucesorios de la viuda y el uso difundido en la época clásica de los legados a favor de la mujer ⁷⁷ se sustituye por la práctica de la *donatio ante nuptias* que viene a asumir la misma función.

Las restricciones de los derechos sucesorios de la *uxor* están en relación con la legislación sobre las segundas nupcias de la viuda ⁷⁸. En el año 426, Teodosio II dispuso que si la madre sucedía *ab intestato* a un hijo, en concurso con los hermanos de éste, debía tener sólo el usufructo de los bienes procedentes del padre, cuya nuda propiedad pertenecía a los otros hermanos herederos (CTh. 5.1.8). León I en el año 429 (Cl. 5.9.6. pr. 1) prohibió al viudo o viuda, que contraía nuevo matrimonio, el conceder por acto de última voluntad al nuevo cónyuge más de cuanto había concedido al hijo menos favorecido del matrimonio anterior ⁷⁹. Por último, Justino en el año 527 (Cl. 5.3.19 in fine) prohibió toda disminución de la dote y de la donación en el segundo matrimonio para proteger el derecho de los hijos del primer lecho.

La ley Papia sobre la limitación de los derechos sucesorios de los cónyuges sin hijos se abolió por una constitución de Arcadio y Honorio del 396 (CTh. 8.17.2) que disponía: *Maritus vel uxor sibi invicem derelinquant quantum superstes amor exegerit*.

En cuanto a la sucesión *ab intestato* una constitución de Teodosio II y Valentiniano III del año 428 (CTh. 5.1.9) ex-

77. Vid. *Ius Vxorium*, p. 106 ss.

78. Cfr. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit., p. 396 s.

79. Zenón, en el año 489 (CG. 49.6.2), impuso al padre que pasaba a segundas nupcias la *cautio legatorum servandorum causa*, de la que estaban dispensados los padres respecto a los legados a favor de los hijos.

cluía de la sucesión a marido y mujer siempre que existiesen parientes (*propinqui*), pero heredaban con preferencia al Fisco. Una disposición precedente de Arcadio y Honorio (CTh. 4.21.1) obligaba al marido a devolver los bienes de la mujer, muerta sin testamento, a sus parientes consanguíneos.

De otra parte, el régimen de la sucesión *ab intestato* de la mujer en general sufre importantes modificaciones. Como afirma D'Ors, a la vista de la corrupción del viejo sistema (PS. 4.8.3-13-17), se diría hubo una contaminación entre la postergación de los cognados (parientes *per feminam*) y la incapacidad de las mujeres de heredar más allá del segundo grado colateral, lo que suponía la exclusión de la mujer de la sucesión *ab intestato* de los colaterales⁸⁰.

II. DERECHO VISIGOTICO

1.—La capacidad y situación personal de la mujer casada en derecho visigótico debe situarse dentro del ámbito de las dos tendencias que tradicionalmente imperan en la evolución romana: de una parte, la limitación de los derechos y facultades de la mujer, especialmente de los que suponen una definitiva disposición del patrimonio familiar que continúa reservándose a los hijos y parientes; de otra, el reconocimiento de la función que la mujer como esposa y madre desempeña en la familia y de su autonomía para disponer de sus bienes frente a los posibles abusos por parte del marido.

Dentro de la concepción de considerar a la mujer como una sometida al marido, tanto en su persona como en sus bienes, podemos considerar la disposición del CE. 323: *Sed vir, qui uxorem suam secundum sanctam scripturam in potestate habet, similiter et in servis eius potestatem habebit*. El marido tiene, pues, potestad sobre la persona y los bienes de la mujer, que no puede considerarse como la *manus* romana o

80. Vid. D'ORS, *Estudios Visigóticos* II. *El Código de Eurico*. Edición, *Palíngenesia*, *Índices*. Cuadernos del Instituto Jurídico Español en Roma núm. 12, p. 251. Agradecemos al Prof. D'ORS el habernos permitido conocer el original de esta obra antes de su aparición.

el «mundio» germánico, sino que es una especial potestad de gobierno y administración basada en un fundamento religioso ⁸¹.

De otra parte, una importante limitación de la capacidad de la mujer en general establecen las normas sucesorias del Código Euriciano al disponer que la mujer concurriendo con varones hereda sólo el usufructo de los inmuebles y no la propiedad y al atribuir sólo el derecho de usufructo a la viuda ⁸². Estas normas, que continúan la línea evolutiva ya trazada en el Bajo Imperio, muestran cómo en las fuentes visigóticas sigue perviviendo la tradicional tendencia romana de limitar la capacidad femenina. Las limitaciones a la definitiva atribución del patrimonio familiar a la mujer pueden considerarse como el último reducto de la *tutela mulierum* clásica en cuanto limitan la capacidad femenina en beneficio de los hijos y parientes.

Con respecto a la posibilidad de que la madre sea tutora de sus hijos, la LV. 4.3.3 le concede esta facultad si permanece viuda. Comparando esta ley de Chindasvinto con la constitución de Teodosio I del 309 (CTh. 3.7.4) ⁸³, que concedió a las madres la tutela de los hijos, se observa que la facultad que, en la disposición imperial, se limita al supuesto de la no existencia de tutor legítimo o de persona idónea para el desempeño de la tutela se concede en la ley visigoda a la madre en todo caso con la sola condición de que no contraiga nuevo matrimonio. Por tanto, la concesión a la madre de la tutela, que sólo se efectuaba como excepción en la ley romana, la convierte esta ley en un supuesto normal.

Como norma protectora de la libertad de disposición de la mujer sobre sus propios bienes, contra los eventuales actos lesivos del marido, podemos citar una ley de Chindasvinto (LV.

81. ZEUMER, en su edición del CE, cita Génesis 3.16 como la *sancta scriptura* a que se refiere la ley. Vid. DAHN, *Westgothische Studien, Entstehungsgeschichte, Privatrecht, Strafrecht, Civil- un. Straf-Process und Gesamtkritik der Lex Visigothorum* (Mürzburg, 1874), p. 122, que observa como la analogía con la potestad sobre los no libres no es acertada.

82. CE. 320.322.332. Vid. infra, par. 9.

83. Vid. supra, cap. I, par. 3.

3.6.1) ⁸⁴. Esta disposición se refiere en la parte final a la mujer que actuaba en su perjuicio coaccionada por el marido—supuesto al que también se refieren algunos textos de la *Cs.* ⁸⁵—, y que, convencida o engañada por el marido, le cede mediante documento alguna de las cosas que recibió de él ⁸⁶, disponiendo que el documento no tenga algún valor y que la mujer pueda reivindicar siempre las cosas que entregó en estas circunstancias. En definitiva, como en la legislación imperial y en sus comentarios, se acoge el principio de que la mujer es completamente libre de disponer de sus propios bienes durante el matrimonio, y que, en el caso en que el consentimiento de la mujer no sea libre por la coacción del marido, la enajenación de los bienes no tiene algún valor.

2.—La innovación más importante que ofrecen las leyes visigodas en esta materia es la de la dote marital, aportación de bienes del marido destinada a formar, junto con las otras aportaciones nupciales, el patrimonio familiar. La dote visigoda se nos presenta como una institución compleja en la que influyen, indudablemente, las normas y principios del derecho romano del Bajo Imperio que regulan la *donatio ante nuptias*, y quizá también principios germánicos ⁸⁷. La nueva dote toma

84. LV. 3.6.1: *Certe si maritus uxorem iniuste reliquerit, et donationem dotis amittat...* (cfr. infra, n. 108). *Quod si mulier sub metu viri, consistens, quocumque argumento persuasa vel decepta aliquam de suis rebus nomine illius viri, qui eam relinquit, scripturam conscripserit, huiusmodi scriptura nullam, omnimodo firmitatem habebit, sed universa, que per eandem scripturam mulier dederat, iuri suo perenniter vindicabit.*

85. Vid. supra, cap. I, par. 2.

86. El Fuero Juzgo traduce: «Si la mulier, seyendo en poder del marido, por enganno o por arte le diere la *quarta parte dun dinero* al marido que la lexó, non le vala aunque ge lo dé por escripto; mas quanto diera la mulier por aquel escripto, todo deve tornar a ella.» El *aliquam de suis rebus* se cambia, pues, en la «*quarta parte dun dinero*».

87. Consideran la dote visigótica como una mezcla de la dote *ex marito* germánica y de la *donatio ante nuptias* romana, DANIEL, *Westgothische Studien* cit., p. 118 ss.; LONDON, *Quaestiones de historia iuris Familiae quod in lege Visigothorum inest* (Regimontii, 1875), p. 68 ss.; HINOJOSA, *Sobre la condición de la mujer casada en la es-*

de la *donatio ante nuptias* la finalidad de dotar a la mujer de un patrimonio para atender a su subsistencia en caso de viudedad, las normas que lo protegen y también las limitaciones referentes a la reserva de estos bienes a los hijos. Por ello, aunque es probable la influencia de elementos germánicos en la institución visigótica⁸⁸, se puede considerar en lo esencial como la consecuencia de la simplificación y definitiva vulgarización de las normas romano-imperiales. Entre la práctica del Bajo Imperio de que la esposa devuelva la donación recibida del esposo como su dote⁸⁹, y el nuevo régimen que considera como dote la aportación del esposo, sólo mediaba un paso que fué dado tal vez a impulso de los principios germánicos que intervienen como factores de vulgarización⁹⁰. Estos principios germánicos proceden ya de una etapa avanzada en la que

fera del derecho civil, en *Obras*, II (Madrid, 1955), p. 356 ss., y MEREZ, *Dois estudos sobre a dote no Direito medieval* (Coimbra, 1943), p. 3 ss.

88. Cfr. MEREZ, *Dois estudos...* cit.

89. Vid. supra cap. I, par. 6.

90. BRÜNNER, *Die fränkisch-romanische dos*, en *Sitz. Berliner Akademie*, 1894, p. 545 ss., afirmó que el origen de la dote marital pudo estar en la *donatio ante nuptias in dotem redacta* en relación con la obligatoriedad de la donación. El hecho singular de que la LRB. considere la donación en lugar de la dote, que había impuesto obligatoriamente Mayorano reputándola requisito esencial del matrimonio, deja entrever el camino por el que el derecho romano vulgar cambia la dote de aportación al marido en aportación del marido. De ello deduce que el *in dotem redigere* se cambia fácilmente de acto de la mujer en acto del marido y que el esposo designe la donación nupcial como dote. Para VACCARI, *Note per la storia de la donatio ante nuptias*, en *Scritti di storia del diritto privato italiano*, p. 73 ss., BRÜNNER fija con demasiada insistencia su atención sobre la *donatio in dotem redacta*, y debe observarse que la práctica de la dote estaba destinada a aclipsarse hasta su definitiva desaparición en algún territorio del antiguo imperio, y que en la LRB. no es posible ver ya la asignación marital entregada después por la mujer como dote. Estas y otras reservas que se hicieron a la tesis de BRÜNNER sobre la obligatoriedad de la dote marital en territorio franco deben tenerse en cuenta, pero no puede negarse el acierto de BRÜNNER en aproximar la *donatio in dotem redacta* y la dote marital de la que sólo la separaba el paso del cambio de terminología.

se había cumplido la evolución que va del precio a la dote ⁹¹.

La dote se entregaba por el esposo o su padre al padre de la novia o a esta misma en el acto de los esponsales ⁹² y debía ser conservada hasta la celebración del matrimonio. En las nupcias nobles, que eran las bendecidas por la Iglesia, la dote se consideraba como requisito necesario ⁹³. En un principio, parece que no existió limitación alguna a la cuantía de la

91. Cfr. MEREJA, *Dois estudos cit.*, p. 3. Según HINOJOSA, *Sobre la condición de la mujer casada cit.* p. 335, n. II, del uso del nombre de *pretium* en las leyes para designar la dote y de la comparación del matrimonio con la compra en una de las fórmulas (form. 19: *in quantum maritandis ordinibus erit comparanda mercatio*) no se infiere sino que los visigodos consideraban el matrimonio como un contrato remuneratorio; en manera alguna que fuere para ellos la dote el precio real de venta de la mujer.

92. En los esponsales de la *puella* se pacta el usual *pretium dotis* (LV. 3.1.10; 3.1.2; 3.4.7). Vid. DAHN, *Westgothische Studien cit.*, p. 116 ss. Con respecto a las formalidades y efectos jurídicos de los esponsales en la LV, no se encuentra ningún precepto relativo al cambio tradicional del beso (*ósculo interviniente*), pero sí se encuentra, en cambio, en el Fuero Juzgo, 3.1.5: *Si algun esposo muriere por ventura fechas las esposaias, y el beso dado, é las arras dadas, estonze la esposa que finca deve aver la meetad de todas las cosas que diera el esposo, y el otra meetad deven aver los herederos del esposo quales que quiere que devan aver su buena. E si el beso non era dado, y el esposo muriere, la manceba non deve aver nada daquellas cosas. E si el esposo recibe alguna cosa quel de la esposa, é muriere la esposa, si quier sea dado el beso, si quier non, tod aquellos deve seer tornado á los herederos de la esposa.* LARDIZÁBAL sostiene que se trata de una antigua costumbre española que se recogió en la LRV, y pasó después al Código godo de donde fué traducida al español. Vid. PACHECO, *Introducción al vol. I de Los Códigos españoles concordados y anotados*² (Madrid, 1872). HINOJOSA, *Sobre la condición de la mujer cit.*, p. 357, refiere también este precepto a LV. Es poco probable, sin embargo, que esta disposición haya sido recogida en LV, y debe pensarse que pasó directamente de LRV.—donde se recogió la constitución de Constantino referentes al *ósculo interviniente* (CTh. 3.5.6)—al Fuero Juzgo.

93. LV. 3.1.1.: *Ne sine dote coniugium fiat. Nuptiarum opus in hoc dinoscitur habere dignitatis nobile decus, si dotalium scripturarum evidens praecesserit munus. Nam ubi dos nec data est, nec confirmata, quod testimonium esse poterit in coniugii dignitate futura, quando nec coniunctionem celebratam publica roborat dignitas, nec dotalium tabularum adcomitatur honestas.*

aportación dotal del marido y la fórmula 20 ofrece un ejemplo de constitución de dote, en tiempos de Sisebuto, de la mitad de los bienes del marido ⁹⁴. Que la aportación marital consistiera en la práctica en una parte importante del capital del marido resulta también de la disposición limitadora de la dote de Chindasvinto que hace referencia a los litigios y altercados que se suscitaban por la dote, a los que puso término. La disposición de Chindasvinto (LV. 3.1.5) se refiere a la limitación de la dote, que no podía exceder en ningún caso de la décima parte de los bienes del esposo y, además, a la reminiscencia tradicional del morgengabe por la que se permite hacer a los nobles una donación consistente en objetos de ajuar por valor de mil sueldos y también diez siervos, diez siervas y veinte caballos ⁹⁵. Esta ley de Chindasvinto es importante porque en ella se trata de las facultades de disposición de la mujer sobre la dote ⁹⁶. La mención de la donación tradicional que en la redacción de Recesvinto se hace al principio, en la de Ervigio

94. Form. 20: *Ecce decem inpremis pueros totidemque puellas/Tradimus atque decem virorum corpora equorum,/Pari nulos numero damus inter caetera et arma,/Ordinis ut Getici est et morgingeba vetustli/Rusticos impendam famulos per nostra manentes/Rura tibi, terris, vineis et pradiae, olivis,/Omnibus in rebus, silvis ac pascua, lymphis/Immobiles res seu mobiles, tam omne pecusque,/Argentum, aes, lyssum, vas fictile et aurum.../Te dominam in mediis cunctisque per omnia rebus/Constituo donoque tibi vel confero, virgo,/Singula quippe supra vult conscripta iucundo/Adprehendas, habeas, teneas, post multa relinquis/Secula posteris in iure, carissima, nostris,/Aut inde facere vestra quodcumque voluntas/Elegerit, directa tibi est vel certa potestas/... Vid. esta interesante fórmula en *Formulae Visigothicae*, ed. ZEUMER, en *Monumenta Germ. Hist. Legum Sectio V. Pars. I-II*, p. 583 ss.*

95. Probablemente está en relación con el morgengabe el texto de Tácito, *de moribus Germ.* 18,9, que menciona la dote del esposo con un contenido en parte económico (boves) y en parte simbólico. (*frenatum equum et sentum cum franea gladioque*) y la donación de las armas hecho por la esposa como contracambio. SCHRÖDER, *Deutsche Rechege-schichte*⁹, p. 340, explica la dote marital de Tácito recurriendo a las formas simbólicas de adopción y especialmente a la donación del adoptante al adoptado. Vid. VACCARI, *Il matrimonio germanico*, en *Scritti di storia del diritto privato* (Padova, 1956), p. II ss.

96. LV. 3.1.5.

se hace al final. En el caso de que, violando esta disposición, el esposo o sus familiares prometiesen más del límite legal establecido, no estaban obligados a entregar lo que de él excediera la dote y, si lo habían entregado, tenían la facultad de repetirlo. Cuando este límite legal no se respetaba por negligencia o en virtud de compromiso previo o juramento, se facultaba a los parientes del esposo para retener o repetir la cantidad excedente ⁹⁷. Una excepción a la regla del límite legal existía en el caso de estupro anterior a la celebración del matrimonio, ya que entonces se permitía a la esposa o a sus parientes fijar la cuantía de la dote ⁹⁸. Sobre estos bienes dotales la mujer tiene la plena propiedad y todas las facultades de disposición que ello supone ⁹⁹. Sin embargo, la posibilidad de

red. Rec.

...non amplius in puellae vel mulieris nomine dotis titulo conferat vel conscribat, rebus omnibus intronmissis, quam quod adpretiatum rationabiliter mille solidorum valere summam constiterit, adque insuper X pueros X puellas et caballos XX sit ille conscribendi dandique concessa libertas; ita ut de his omnibus rebus in coniugio mulier adsunta, si non reliquerit filios, facere quod voluerit liberam se noverit habere licentiam; aut si intestata decesserit, ad maritum aut ad propinquos mariti heredes eadem donatio redeat...; aut si forte, iuxta quod et legibus Romanis recolimus fuisse decretum, tantum puella vel mulier de suis rebus sponsi dare elegerit, quantum sibi ipsa dari poposcerit.

red. Ervig.

...non amplius unusquisque in puellae vel mulieris nomine dotis titulo conferat vel conscribat, quam quod decimam partem rerum suarum esse constiterit. Quod si contingerit ut quicumque parentum pro filio suo in nurus suo nomine dotem conscribere debeat, eodem modo de id, quod eidem filio post obitum parentum suorum in portione convenire poterat, decimam exinde partem per dotis titulum conferat, quod mulier vel puella nuptiis traditura obtineat, atque insuper decem pueros decemque puellas et caballos XX, seu ornamentis quantum mille solidorum summa esse constiterit, dare deberit. Ita ut de his omnibus rebus in coniugium donatio redeat. Aut si forte dari poposcerit.

97. Form. 15 y 16. Cfr. LONDON, *Quaestiones* cit., p. 68 ss.

98. LV. 3.47. Vid. SCHRÖDER, *Geschichte des ehelichen Güterrecht*, I, p. 72.

99. Aunque las leyes visigodas se refieren sólo al caso de disposición *mortis causa* de la dote por la mujer, es indudable que puede

disponer libremente de estos bienes por testamento se limita al supuesto de no existencia de hijos. Extendiendo a la dote la disposición leovigildiana referente a la donación (LV. 5.2.5), si la mujer moría sin testar, los bienes dotales pasaban al marido o a sus herederos, independientemente del destino de los otros bienes objeto de la herencia de la mujer. La disposición de Chindasvinto permite, además, que la mujer dé al marido como donación la misma cantidad que había recibido de él como dote, refiriéndose explícitamente a las normas imperiales romanas sobre la igualdad de dote y donación¹⁰⁰. El sentido de una y otra aportación cambia del derecho romano imperial al derecho visigótico, en cuanto lo que en el primero era donación del marido y dote de la mujer pasa a ser en las leyes visigóticas dote del marido y donación de la mujer con arreglo a la nueva terminología.

Según LV. 3.1.6, el padre tiene la facultad de exigir la dote y de conservarla para su hija, y, en su defecto, pueden pedirla la madre o los hermanos¹⁰¹. La expresión *potestas conservandi* indica la facultad de administración de la dote por el padre, facultad que, aunque no resulte explícitamente del texto, parecía también la madre; en cambio, los hermanos sólo tenían la *potestas exigendi* y debían entregar la dote a la hermana¹⁰².

Importantes preceptos de la LV. se refieren al destino de la dote. Ante todo, los principios referentes a la definitiva atribución de la dote a la mujer, con la consiguiente facultad de disponer de ella por testamento, han sufrido un importante cambio en el derecho visigodo. En una primera etapa, la mujer

disponer de ella por negocios *inter vivos*, y así lo admiten los autores, Vid. LONDON, *Quaestiones* cit., p. 72, y MEREJA, *Dois estudos* cit.

100. Vid. *supra*, cap. I, par. 7 y 10.

101. LV. 3.1.6: ... *Ut dotem puella pater exigat et conservet. Dotem puella traditam pater exigendi vel conservandi ipsi puella habeat potestatem. Quod si pater vel mater defuerint, tunc fratres vel proximi parentes dotem, quam susceperint, ipsi consorori sue ad integrum restituat.*

102. En el caso de estupro de la mujer, que la ley 3.4.7 llama adulterio, el texto afirma explícitamente que la dote se entregaba a los padres de la esposa (*pretium dat parentibus*).

podía disponer de la dote entregada por su marido con entera libertad; atribuyéndola en su testamento a quien quisiese. Esta originaria libertad de disposición *mortis causa* de la dote está atestiguada, además de por las fórmulas 20 y 24¹⁰³, por dos leyes de Chindasvinto: la primera (LV. 4.5.1), que declara abrogada una precedente disposición que disponía: *de dote sua facere mulier quod elegisset in arbitrio suo consisteret*, y la segunda, que le sigue, en la que hace referencia a un régimen anterior que modifica con la obligación de la reserva de la cuarta parte a los hijos¹⁰⁴. Esta última disposición supone la recepción de los principios que inspiran la legislación del Bajo Imperio sobre la reserva de la aportación del marido a los hijos o sobrinos, si bien—quizá como un influjo del régimen de libertad de disposición de la viuda que antecede—, la obligación de reserva se limite a las tres cuartas partes de la atribución patrimonial del marido y no comprenda la totalidad, deducido el usufructo, como en la legislación imperial. La recepción de las normas dictadas por los emperadores romanos

103. Form. 24: *quatenus exinde qui de nobis superadvixerit, quicquid facere voluerit, liberam pro solo Domino fruatur in omnibus ac firmissimam potestatem*. Vid. Monumenta Germ. Hist. Legum Sectio V, I-II, p. 587, y LONDON, *Quaestiones cit.*, p. 72.

104. LV. 4.5.2. *De quota parte licet mulieribus iudicare de dotibus suis. Quia mulieres, quibus dudum concessum fuerat de suis dotibus iudicare quod voluissent, quaedam reperiuntur, spretis filiis vel nepotibus, easdem dotes illis conferre, cum quibus constiterit nequiter eas vixisse, adeo necesse est illos exinde percipere commodum, pro quibus creandis fuerat adsumptum coniugium. Denique constituentibus decernimus, ut de dote sua mulier habens filios, aut nepotes, seu causa mercedis ecclesiis atque libertis conferre, sive cuicumque voluerit, non amplius quam de parte quarta potestatem habeat. Nam tres partes legitimis filiis, aut nepotibus, seu sit unus, sive forsitan plures, absque dubio relictura est. De tota interim dote, tunc facere quod voluerit erit mulieri potestas, quando nullum legitimum filium, filiamve, seu nepotem vel neptem superstem reliquerit. Veruntamen feminae quas contingerit duobus viris, aut amplius nubere, atque ex eis filios procreare, non eis licitum erit, dotem ab alio marito acceptam filiis aut nepotibus ex alio viro genitis dare; sed unusquisque filius filiae, nepos aut neptis, ex ipsa linea procreati, dotem quam avus, aut pater eorum concesserat, post mulieris obitum per omnia consequenturi sunt.*

es más patente en la última parte de la ley visigoda sobre la asignación a los hijos de los sucesivos matrimonios de la aportación del padre, en lo que se sigue la constitución de Honorio (CI. 5.9.4) ¹⁰⁵. Esta recepción se operó en tiempos de Chindasvinto, que la hace patente con esta disposición ¹⁰⁶, que deroga el régimen precedente de atribución definitiva de la dote a la mujer. En el régimen visigodo primitivo, la mujer podría disponer también por testamento de la dote aportada por el marido, que perdería todo derecho sobre ella, ya que sólo en el caso de que la mujer muriese intestada, la dote se devolvería al marido o a sus herederos. Después de la ley de Chindasvinto, por tanto, la libre disposición de la mujer sobre la totalidad de la dote queda limitada al supuesto de que no dejase hijos o sobrinos.

3.—El título sexto del libro tercero de la LV trata del repudio y divorcio y de sus consecuencias patrimoniales respecto a la dote y a los otros bienes de la mujer. Estas disposiciones proceden de Chindasvinto. El repudio de la mujer sólo se admite por causa de adulterio ¹⁰⁷, y si el marido la repudia injustamente, es decir, por cualquier otra causa que no sea el adulterio, pierde la *donatio dotis* y no puede retener nada de los bienes de la mujer y si enajenase alguno de ellos debe restituirlo ¹⁰⁸. En el supuesto de que sea la mujer la que abandone al marido, LV. 3.6.2, establece que debe ser conducida de nuevo

105. Vid. supra, cap. I, par. 7.

106. MEREJA, *Dois estudos* cit., atribuye fundadamente la recepción a Chindasvinto en contra de la opinión de BRÜNNER que la situaba en la revisión de Leovigildo.

107. LV. 3.6.2: *...nullus virorum, excepta manifesta fornicationis causa, uxorem suam aliquando relinquat, et neque per testem neque per scripturam, seu sub quocumque argumento facere divortium inter se et suam coniugem audeat.*

108. LV. 3.6.1: *Certe si maritus uxorem iniuste reliquerit, et donationem dotis amittat, quam ei contulerat, eidem mulieri procul dubio profuturam, et de rebus eiusdem mulieris nihil, se habiturum esse cognoscat. Sed quidquid etiam de facultatem mulieris vel alienasse vel defraudasse dinoscitur, ad integrum, distringente iudice mulieri restituat...* (cfr. supra, n. 84).

bajo la potestad del varón *cum omnibus rebus suis* y sufre la misma sanción patrimonial que se aplica al marido, es decir, que pierde todos los bienes que donó al marido y debe restituirle la dote y todos los bienes que recibió de él. En esta legislación sobre el repudio injustificado influyeron probablemente las normas dictadas por Constantino y Honorio sobre las sanciones patrimoniales aplicables al cónyuge que repudiase sin fundamento o diese motivo al divorcio ¹⁰⁹.

Las disposiciones de Chindasvinto sobre el repudio son aplicadas por Recesvinto también a los esponsales, una vez que se han cambiado las recíprocas promesas de matrimonio y se han entregado las arras esponsalicias ¹¹⁰.

En resumen, la dote visigótica se constituye por los parientes del novio o por él mismo en el acto de los esponsales, y se entrega a la mujer o a sus parientes. Durante el matrimonio, la mujer tiene la plena facultad de disposición y administración. A la disolución del matrimonio por muerte del marido, la mujer conserva la dote como un especial patrimonio a ella destinado y dispone de la aportación dotal libremente. Originariamente, podía disponer de ella por testamento, pero a partir de Chindasvinto debe reservar las tres cuartas partes a los hijos. Sólo en el caso de que la mujer muera sin hacer testamento y no deje hijos, la dote se devuelve al marido o a sus herederos. En caso de divorcio, si la mujer se separa del marido, o da lugar al divorcio por adulterio, debe restituir la dote al marido y, si es el marido el que la repudia injustamente, debe restituir a la mujer la donación y todos los bienes de ella recibidos.

4.—Junto a la normas que regulan la dote, existen otras importantes leyes referentes a las donaciones que se hacen mutuamente los cónyuges antes del matrimonio o durante el matrimonio. En estos preceptos sobre donaciones podemos descubrir también la marcada influencia de la legislación romano-imperial.

A la entrega de dote del esposo podía acompañar una do-

109. Vid supra, cap. I, par. 7.

110. LV. 3.6.3.

nación por parte de la mujer, a la que se refiere la misma ley de Chindasvinto que limita la cuantía dotal ¹¹¹. Con referencia explícita a las leyes romanas ¹¹², Chindasvinto impone también la igualdad entre donación y dote, disponiendo que la mujer dará al esposo de sus propios bienes la misma cantidad que él dió a ella. Esta donación de la esposa paralela a la dote, o donación del esposo, se efectúa en los esponsales y siempre antes del matrimonio.

De las donaciones durante el matrimonio trata a continuación la misma ley de Chindasvinto ¹¹³. El rey visigodo aplica la prohibición romana de donaciones entre cónyuges sólo al primer año de matrimonio en el que puede haber un mayor peligro de excesivas liberalidades de los cónyuges ¹¹⁴. Esta prohibición afecta tanto al marido como a la mujer y sólo deja de aplicarse, durante ese primer año, en caso de peligro de muerte. Una vez transcurrido este período, los cónyuges pueden hacerse recíprocamente las liberalidades que tengan por conveniente sin limitación alguna.

De gran interés con respecto a la práctica de la donación nupcial es una disposición de Ervigio, que se añade a la ley de Chindasvinto *De postumis* ¹¹⁵, en la que se trata de una do-

111. LV. 3.1.5: ...*Aut si forte iuxta quod ex legibus romanis recolimus fuisse decretum, tantum puella vel mulier de suis rebus sponso dare elegerit, quantum sibi ipsa dari poposcerit.*

112. Vid. Nov. Valentiniano III, XXXIV.9; Nov. Mayorano, VI; Nov. Justiniano XCVII. Vid. supra, cap. I, pars. 7 y 10.

113. *Certe si iam vir habens uxorem, transacto scilicet anno, pro dilectione vel merito coniugalis obsequii ei aliquid donare elegerit vel voluerit, licentiam incunctanter habebit. Nam non aliter infra anni circulum maritus in uxorem, seu mulier in maritum, excepta dote, ut praedictum est, aliam donationem conscribere poterint, nisi gravati infirmitate periculum sibi mortis imminere perspexerint.*

114. Según LONDON, *Quaestiones* cit., p. 67 s., la misma razón jurídica que hacía prohibir a los romanos las donaciones entre cónyuges servía a los legisladores visigodos.

115. LV. 4.2.19: *Quod si vir et uxor in coniugio positi antequam filios habeant, invicem sibi unos in alterius nomine de facultate propria donationis faciunt scripturam, et post huius testationis ordinem filios talibus habere contingat, talis parentum testatio, si filii ipsi supprestes extiterint, omnino non valeat, sed ex toto huius tam indiscre-*

nación recíproca, probablemente de toda la *res familiaris*. En ella se refieren dos supuestos: en el primero se trata de una donación *mortis causa* efectuada durante el matrimonio que se anula en caso de nacimiento posterior de hijos; en el segundo supuesto, en cambio, se trata de una donación que los esposos se hacen recíprocamente antes de contraer matrimonio y que conserva siempre sus efectos, independientemente del nacimiento posterior de hijos. Esta donación nupcial proporcionaría, pues, a los cónyuges durante el matrimonio y a su disolución un patrimonio propio no sometido a las reservas legales.

5.—Las normas referentes a las donaciones entre cónyuges del tít. II del libro V de la LV., que se ocupa de las donaciones en general, tratan especialmente del régimen de las donaciones *mortis causa*. Debe observarse que los reyes visigodos legislan, tanto en la donación como en la dote, atendiendo al destino de estos bienes después de la muerte de los cónyuges, ya que es entonces cuando se planteaba el problema de la atribución de estos bienes que habían sido usados en común durante el matrimonio. El estudio particularizado de estas leyes nos permitirá observar, en efecto, cómo regulan o verdaderas donaciones *mortis causa* o el destino de las donaciones *inter vivos* a la muerte del donante¹¹⁶. Es ésta una de las materias donde puede apreciarse la evolución histórica de la legislación visigótica con las siguientes etapas: Código Euriciano, revi-

tae ordinationis voluntate disrupta, debitam sibi omnem parentum facultatem filii capiant et adsumant: de quinta tantum parte parentibus, si aliquid inde testasse contingerit, potestate concessa habebunt. Ceterum si unus ex ambobus, id est vir aut uxor, antequam unius copulae societatem adirent, quicumque ex ambobus in alterius nomine scripturam de rebus suis probatus fuerit conscripsisse, omni vigore valitura persistat, et talis testatio per eorum vocem qui postea ex illis nati fuerint, non erit ullo modo convellenda.

116. Según LONDON, *Quaestiones* cit. no es extraño que testamento y donación *inter vivos* y *mortis causa* se traten en estas leyes sin alguna diferencia, pues en tanto testamento y donación m.c. pueden ser revocados, estos institutos se equiparan en la LV. Sin embargo, ni este autor ni los otros citados insisten lo bastante en el destino m.c. de estas donaciones.

sión de Leovigildo, LV. redacción de Recesvinto y LV. redacción de Ervigio. En estas sucesivas redacciones se tiende a confundir el régimen particular de donaciones con el general de sucesiones.

En el CE. se encuentran varias normas referentes a las donaciones *mortis causa* entre cónyuges. La c. 307 regula la forma en que deben efectuarse estas donaciones¹¹⁷. En ella se dispone que tanto las donaciones que el marido hace a la mujer como las que ésta hace al marido deben hacerse en documento escrito y firmado por el donante y por dos o tres testigos. El empleo del término *voluntas* (*voluntas ipsius, de uxoris voluntate*) indica que se trata de una disposición *mortis causa*. La forma documental que se prescribe es, en definitiva, el testamento del que se trata en este capítulo de donaciones¹¹⁸.

La disposición que sigue se refiere a la donación *inter vivos*

117. Para la comparación entre las redacciones de CE. y de LV., que haremos después, recogemos ambas:

CE. 307.

Maritus si uxori suae aliquid donaverit, de hoc, quod voluerit scriptura sua manu signo sive subscriptione confirmet, ita ut duo aut tres testes ingenui subscriptores accedant; et sic voluntas ipsius habeat firmitatem... 3. Voluntas autem, si necessitas est, coram duobus aut tribus testibus ore promulgari potest. 4. Similis de uxoris voluntate, quae in maritum conferre voluerit, donationis forma servetur.

LV. Antiqua 4.2.7.

Maritus si uxori suae aliquid donaverit, de hoc, quod ipsa sibi habere voluerit, scriptura manus suae subscriptione vel signo confirmet. Ita ut duo aut tres testes ingenui subscriptores vel signa facientes accedant, et sic voluntas ipsius habeat firmitatem. Similis et de uxoris voluntate, quae in maritum conferre voluerit, donationis hec forma servatur, si tamen violenter a viris non fuerit exacta donatio; servata legum in omnibus sanctione, que in decernendis facultatibus dinoscitur ordinata consistere.

118. Vid D'ORS, *La territorialidad del derecho de los visigodos*, en *Estudios Visigóticos*, I (Roma-Madrid, 1956), p. 116 y, sobre todo, *El Código de Eurico*, p. 236 s., donde frente a MEREJA y LEVY, afirma que esta ley no habla propiamente de irrevocabilidad sino más bien de validez (*firmitas*), en relación con una forma de donación que es la forma general de donación *mortis causa*, es decir, la forma del testamento; se trata, por tanto, de donaciones testamentarias a favor del cónyuge.

y a su diferencia con la *mortis causa* respecto a la facultad de revocación ¹¹⁹. Eurico declara irrevocable la donación *inter vivos* realizada mediante simultánea *traditio* a no ser que exista alguna justa causa probada. En cambio, considera revocable la *donatio mortis causa*, a semejanza del testamento, aun sin motivo legal, con referencia explícita a la revocación por ingratitude del donatario (*laesum*) ¹²⁰. Mientras CE. 307 nos da la forma de las donaciones testamentarias, CE. 308 refleja la de las donaciones *inter vivos* que se perfeccionan por la simultánea *traditio* ¹²¹.

CE. 319 relaciona el régimen de la donación m. c. con el comportamiento de la mujer tras la muerte del marido ¹²². En el caso de que la mujer tuviese un comportamiento honesto —que aquí probablemente hacía referencia también a la prohibición de pasar a segundas nupcias antes del año ¹²³—se hace propietaria de la donación y puede disponer de ella por testamento; en caso de adulterio o de *inhonesta coniunctio*, pierde la donación a favor de los herederos del marido. La posibili-

¹¹⁹. CE. 308: *Res donata, si in praesenti traditur, nullo modo a donatore repetatur, nisi causis certis et probatis. 2. Qui vero sub hac occasione largitur, ut post eius mortem ad illum cui donaverit res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam immutandi voluntatem suam quando voluerit, etiam si in nullo laesum fuisse se dixerit.*

¹²⁰. Cfr. D'ORS, *El Código de Eurico* cit. p. 235 s. Para este autor la distinción entre *donatio inter vivos* o directa y *donatio mortis causa* o testamentaria refleja precedentes romanos como *interp.* a CTh. 8.12.1: *Donatio aut directa est aut mortis causa conscribitur. Donatio directa est ubi in praesenti res donata traditur.*

¹²¹. Cfr. D'ORS, *El Código de Eurico* cit., p. 238.

¹²². CE. 319: *Maritus si uxori suae aliquid donaverit, et ipsa post obitum mariti sui in nullo scelere adulterii fuerit conversata, sed in pudicitia permanserit, aut si certe ad alium maritum honesta coniunctione pervenerit, de rebus sibi a marito donatis possidendi et post obitum suum relinquendi cui voluerit habeat potestatem. 2. Sin autem per adulterium seu inhonestam coniunctionem se miscuisse convincitur, quidquid de facultate mariti sui fuerat consecuta, totum incunctanter amittat et ad heredes donatoris legitimos revertatur.*

¹²³. CE. 322 sanciona las segundas nupcias de la madre. Vid. infra LV. 3.2.1 que se refiere expresamente a las segundas nupcias contraídas antes de transcurrido el año de la muerte del marido. Según D'ORS,

dad de que la mujer se lucre o no de la donación se hace depender, por tanto, de su comportamiento. El uso en esta ley de la misma expresión inicial de la 307 (*maritus si uxori suae aliquid donaverit*), y también de *post obitum mariti*, demuestra que se hace referencia especialmente al régimen de la donación *mortis causa*.

6.—A la donación nupcial en general se refiere una ley de Leovigildo (LV. 5.2.4), que recoge Recesvinto y que deroga la precedente ley de Eurico ¹²⁴. Esta disposición tiene el más

El Código de Eurico cit., p. 135 el respeto del tempus ligendi pudo muy bien recogerse ya en CE.

¹²⁴. LV Antiqua 5.2.4. *De rebus extra dotem uxori a marito conlatis.*

Redac. Recesv.

Si mulier a marito extra dotem de quibuscumque rebus quacumque donatione vel profligatione conquisitis aut illi debitis, quoquo tempore quodcumque donatum acceperit, si filii de eodem coniugio fuerint procreati, mulier usque ad diem obitus sui secura possideat et de quinta tantundem parte earum rerum faciendā quod voluerit potestatem obtineat; post obitum vero suum reliqua integra et intemerata filiis ex ipso viro procreatis derelinquat, et nulla occasione exinde, excepto, ut dictum est, quintam partem, quidquam aliu d mulier alienare presumat. Quod si ex ipso coniugio filii non fuerint procreati, quidquid mulier de rebus suis donatis facere elegerit, liberam habeat potestatem. Ceterum si intestata discesserit, ad maritum eius, si supresti extiterit, donatio revertatur. Sin autem maritus non fuerit, ad heredes mariti, que donationem fecit, eadem donatio pertinebit. Simili ratione et de viris precipimus custodiri de his quae ab

Redac. Ervig.

Si mulier extra dotem a marito de quibuscumque rebus quacumque donatione vel profligatione conquisitis, aut illi debitis, quoquo tempore, quodcumque donatum acceperit, si filii de eodem coniugio fuerint procreati, mulier usque ad diem obitus sui secundum voluntatem vel ordinationem testatoris secura possideat. Fructus tamen, sicut testator ipse, qui hoc testavit, expendendi vel utendi potestatem habere poterit. Ita et illa, quae usu hoc ad possidendum percepit, omnia, dum advixerit, sine cuiuslibet inquietudine suis incunctanter utatur expensis; si tamen idem testator aliquam specialem testationem de ipsis fructibus non instituerit post obitum ... exinde mulier, exceptis fructibus, alienare praesumat de rebus suis donatis iuxta prescriptum testatoris ordinem facere... Ceterum si intestata (redacción coincidente)

amplio contenido, pues se refiere a toda clase de bienes que el marido entregue a la mujer, o, según la disposición final, también la mujer al marido por cualquier título y en todo tiempo y circunstancia, con la sola excepción de la dote. La mujer poseerá estos bienes hasta el día de su muerte y tendrá sólo la facultad de disposición de una quinta parte de ellos, en el caso de existencia de hijos del matrimonio, a quienes los bienes irán a la muerte de la madre. En el supuesto de no existencia de hijos, la mujer podrá disponer de todos esos bienes que, en el caso de morir intestada, se devuelven al marido o a sus herederos. Este mismo régimen se aplica a los bienes que el marido recibió de la mujer. Leovigildo acoge, pues, las normas imperiales sobre la reserva de la donación nupcial, extendiéndola, de una parte, a toda clase de donación, sea *inter vivos* (antes o durante el matrimonio), sea *mortis causa*, y, de otra parte, limitándola a las cuatro quintas partes del total de los bienes. El que, en esta disposición general, se deje fuera la dote parece indicar que sobre ella la mujer tenía para Leovigildo la plena facultad de disposición, lo que además confirma la referencia explícita de Chindasvinto a un régimen anterior que esta ley deroga. Con ello se tendría, pues, una primera recepción de las normas romano-imperiales sobre la reserva de los *bona paterna* a los hijos en el *Codex revisus* de Leovigildo, que las aplica extensivamente a toda clase de donación del marido con excepción de la dote, y una segunda recepción en el régimen que instaura Chindasvinto que extiende también esta reserva a la dote.

La tradicional tendencia a dejar una parte de los bienes (1/5 de la donación o 1/4 de la dote) a la libre disposición de la mujer tenía probablemente la finalidad de permitirle disponer de la «cuota del alma» a favor de la Iglesia ¹²⁵.

uxoribus tempore quocumque donata perceperint. *perceperint.*

125. Según BRUCK, *Kirchenväter und soziales Erbrecht Wanderungen religiöser Ideen durch die Rechte der östlichen und westlichen Welt* (Berlín-Göttingen-Heidelberg, 1956), p. 149 ss., la quinta leovigildiana supondría la primera referencia legal entre los visigodos a la cuota del alma, pues tal disponibilidad debería entenderse como a favor del alma

Para adaptar CE. 319 al nuevo régimen instaurado por esta ley (I.V. 5.2.4), Leovigildo modifica y altera sustancialmente la norma euriciana en la redacción de LV. 5.2.5, acogida por Recesvinto. En la revisión leovigildiana se introduce una primera interpolación: *si filios non habuerit* que cambia todo el sentido de la ley euriciana, ya que la facultad plena de disposición que ésta concedía a la mujer en todo caso se limita sólo al supuesto de no existencia de hijos. Se interpola después toda la frase *Ceterum-pertinebit*¹²⁶ y, en virtud de esta alteración, los bienes que la mujer recibiese del marido se devuelven a él o a sus herederos en el caso de que, no dejando hijos, la mujer muera sin testar. Por último, en el párrafo final se añade *vel ad filios legitimos*, con lo que se dispone que, en el caso de comportamiento deshonesto de la mujer, la donación se devuelve a los hijos legítimos del matrimonio, que serían también los *heredes donatoris*, de conformidad con las disposiciones sobre la reserva de estos bienes a los hijos.

La ley de Eurico 307 sobre la forma de la donación es recogida también con alteraciones en LV. *Antiqua* 5.2.7. La primera alteración de Leovigildo consiste en la inserción de *ipsa sibi habere*, con lo que la frase *de hoc quod voluerit* queda modificada en *de hoc quod ipsa sibi voluerit*. Esta interpolación cambia el sujeto de *voluerit*, que en la redacción de Eurico era el marido, mientras que en esta revisión leovigildiana es la mujer. Con esta alteración se pretendió recalcar la idea de que todo lo que la mujer quería tener para sí de la donación del marido después de la muerte de éste debía constar en el testamento. La expresión citada indica que no existe en la LV. una norma similar a la *praesumptio Muciana* del derecho ro-

de la viuda. La destinación de la quinta a favor de la Iglesia parece deducirse de la ley de Chindasvinto LV. 4.5.1 y también de 4.5.2, donde, con referencia a los bienes dotales, la viuda con hijos o sobrinos podía disponer de una *quarta*. Vid. las observaciones de D'ORS en AHDE, 27-28 (1957-58), p. 1183 s.

126. LV. 5.2.5... *Ceterum si filios non reliqueris intestata discesserit, aut ad maritum eius, si suprestis extiterit, aut ad heredes mariti, qui donationem conscripsit, eadem donatio pertinebit.*

mano clásico ¹²⁷. Mientras se omite la referencia euriciana a la forma testamentaria oral, en relación con la donación testamentaria de la mujer, se añade en la redacción de la LV. *si tamen violenter consistere* ¹²⁸, con lo que se insiste en la libertad de disposición de la mujer, que no puede ser coaccionada por el marido y en el tratamiento igual de la ley para uno y otro sexo.

CE. 308 sirve de base para la redacción más extensa de LV. 5.2.6 de Chindasvinto, que nos ofrece nuevos y atrayentes aspectos en la doctrina de la donación directa o *inter vivos* y de la donación *mortis causa* sometida a revocación. El *in praesenti traditur* de la redacción euriciana, se convierte en *in praesentia testium*, lo que da ocasión al reelaborador visigodo para tratar de la donación efectuada mediante escritura. Pasa después a tratar de la *donatio mortis causa*, en la que se destaca la característica esencial de la revocación de esta donación, que se compara también con el testamento, y la consecuencia de que la donación no tiene efecto si el donatario muriese antes que el donante. Si se trata, en cambio, de una donación directa y perfecta, aunque el donatario muriese antes que el donante, podría el donatario disponer de ella por testamento y, en el caso que muriese sin testar, pasaría a sus herederos. Chindasvinto distingue, pues, la *donatio inter vivos perfecta* y la *donatio mortis causa* con adquisición diferida a la muerte del donante.

Ervigio efectúa nuevas modificaciones y alteraciones en las *Antiquae* 5.2.4 y 5.2.5 acogidas por Recesvinto. En su revisión de LV. 5.2.4 modifica la ley de Leovigildo cambiando la norma sobre la facultad de la mujer de disponer de la quinta parte de la donación por la referencia expresa a un derecho de usufructo sobre todos los bienes que en la ley leovigildiana la

127. La *praesumptio Muciana*, referente al régimen de legados dejados por el marido a la mujer, consideraba que todos los objetos en poder de la mujer le habían sido donados por el marido, debiendo los herederos de éste probar lo contrario para que no se considerasen comprendidos en el legado. Vid. *Ius Vxorium* cit., p. 119 ss.

128. Vid. *supra*, par. 5.

mujer ya poseía. Comparando las dos redacciones recesvindiciana y la ervigiana de LV. 5.2.4, se observan las siguientes alteraciones ¹²⁹: Interpolación de *secundum voluntatem vel ordinationem testatoris* y *iuxta praescriptum testatoris*; sustitución de *et de quinta-obtineat* por *fructus tamen-non instituerit* y de *excepto-quidquam aliud* por *exceptis fructibus*. Con estas alteraciones, Ervigio no introduce ninguna idea nueva, sino simplemente deroga la reserva a la mujer de la quinta parte de la donación y se remite a la tradicional práctica de que el marido le deje en el testamento sólo el usufructo de la donación. En LV. 5.2.5 Ervigio efectúa algunas alteraciones encaminadas a limitar aún más las disposiciones *mortis causa* de la mujer sobre las donaciones del marido. En su revisión, interpola también *secundum voluntatis testatoris*, que se refiere como en la ley anterior al testamento del marido, con lo que la disposición sobre la facultad dispositiva de la mujer queda así redactada: *si filios non habuerit, reliquendi cui voluerit secundum voluntatem testatoris habeat potestatem*. Con estas modificaciones de las leyes leovigildianas, Ervigio pretende uniformar el régimen de la donación nupcial concediendo a la mujer sobre ella sólo un derecho de usufructo, aplicando con ello la norma ya dictada por Eurico sobre el usufructo del cónyuge viudo sobre los bienes del premuerto (CE.322).

El estudio del régimen de donaciones nupciales en el derecho visigodo nos lleva a la conclusión de que, en esta materia, las ideas y principios romanos que se encuentran en la LV. proceden en su mayor parte del Código de Eurico, y que en las sucesivas elaboraciones de los monarcas visigodos perviven bajo distintas apariencias las mismas ideas romano-imperiales que divulga el Breviario Alariciano.

7.—En cuanto a los derechos sucesorios de la mujer, respecto al patrimonio del marido, se acogen también en gran parte las normas de la legislación romana-imperial.

Como régimen general aplicable a la mujer, se admite su capacidad hereditaria, pero se le impone una inhabilitación para

129. Vid. supra, n. 124.

disponer de los bienes inmuebles en beneficio de sus herederos legítimos a los que se reserva la propiedad ¹³⁰. Así, se dispone para las hijas que concurren con sus hermanos ¹³¹, probablemente para las *sorores* que concurren con otros *fratres* ¹³², y con extensión a todos los bienes, sean inmuebles o muebles, se establece en C.E. 322 para la *uxor* que concurre con sus hi-

130. Cfr. D'ORS, *El Código de Eurico* cit., p. 252.

131. C.E. 320: *Si parentes testati decesserint... de ea... eas ad facultates... sorores... accipient... cum fratribus suis in terris vel in aliis rebus aequalem habeant portionem. 2. Quod si aliqua sine viro fuerit relicta, et ad coniugium expertens sponte transierit, totam portionem quam acceperat suis fratribus vel eorum heredibus reliquat. 3. Quod si ipsa virgo permanserit, quamdiu advixerit in rebus vel in culturis cum fratribus habeat portionem; post obitum vero eius terras ad heredes superioris comprehensos sine mora revertatur, reliquas facultates cui voluerit donatura. 5. Quod si parentes sic transierit ut nullum fuerit testamentum, ea puella inter fratres aequalem in omnibus habeat portionem, quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, post obitum vero suum terras suis heredibus relinquat; de reliqua facultate faciendi quod voluerit in eius potestate consistat.*

Según D'ORS, *El Código de Eurico*, cit., p. 256 s. lo que resulta legible es compatible con el principio de que las hijas, en la sucesión testada, heredan como sus hermanos todo lo que se les dejó en el testamento, tanto en los inmuebles como en las demás cosas y en una proporción igual si el testador no dispuso otra cosa. Sobre la hija soltera: a) si contrae matrimonio sin consentimiento de los hermanos, pierde su cuota hereditaria; b) si permanece soltera, conserva la disposición sobre los bienes muebles y los inmuebles deben pasar a sus hermanos o hijos de ellos. En la sucesión intestada, las hijas heredan la misma porción que sus hermanos, pero sobre los inmuebles no pueden realizar actos de disposición, pues deben quedar para los sucesores legítimos de ellas.

132. Según D'ORS, *El Código de Eurico*, cit., p. 252, esto diría probablemente el perdido C.E. 330. Añade que Eurico daba preferencia más allá del segundo grado a los colaterales agnados sobre los cognados, pero sólo a los varones, pues las mujeres eran siempre cognadas. Leovigildo suprimió esa postergación de las mujeres y equiparó al mismo tiempo todos los agnados con los cognados. Se aplicaría el mismo principio de que la propiedad de los inmuebles heredados por las mujeres debía reservarse a sus herederos legítimos, quedando ellas como simples usufructuarias. Esta regla general sería la que vendría a establecer el capítulo 332 perdido y sin correspondencia con la ley de Chindasvinto 4.2.9 (p. 270).

jos a la herencia del marido. En virtud de esta limitación, la viuda sólo hereda el usufructo sobre una parte de los bienes del marido igual a la porción que reciben en propiedad los hijos ¹³³. Es indudable en esta ley euriciana la influencia de las constituciones imperiales. Eurico, de una parte, favorece con la cuota usufructuaria a la viuda que no pasa a segundas nupcias, acogiendo con ello las disposiciones de los emperadores que imponían sanciones patrimoniales a la viuda que contraía nuevo matrimonio ¹³⁴. El mismo régimen se aplica en CE. 321 al viudo que contrae nuevo matrimonio, al que se priva de todo derecho sobre los *bona materna* ¹³⁵. De otra parte, Eurico aplica a esta limitada cuota de usufructo principios procedentes de la Nov. I de Livio Severo; como son la reserva de la propiedad a los hijos—que se impone obligatoriamente a favor de todos los hijos por igual—y la facultad de la viuda de ceder a uno o varios de sus hijos el ejercicio de su derecho de usufructo.

La ley euriciana se recoge en la *Antiqua* 4.2.14 con algunas modificaciones. Ante todo, *usufructuariam (portionem)* se cambia por *usufructuario iure de facultate mariti*, con lo que se

133. CE. 322. *Mater, si in viduitate permansit, aequalem inter filios, id est qualem unus ex filiis, usufructuariam habeat portionem; quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, ceterum nec donare nec vendere nec uni ex filiis conferre praesumat... 3. Nam usufructum quam ipsa fuerat perceptura dare cui voluerit, filio vel filiae, non vetetur. 4. Verum si ex ea usufructuaria portione aliquid probatur eversum, filiis post mortem matris de eius facultatibus sarciatur. 5. Post obitum vero matris, portio quam acceperat ad filios equaliter revertatur, quia non possunt de paterna hereditate fraudari...*

134. Vid. supra, cap. I, par. 5 y 6.

135. A diferencia de la madre viuda que sólo tiene el usufructo sobre una parte de los *bona paterna*, CE. 321 dispone que el padre viudo tiene el usufructo sobre la totalidad de los *bona materna*, que quedará reducido más tarde en las siguientes partes: 1) Cuando el hijo o hija contraigan matrimonio, debe entregarle los bienes y retiene un tercio del usufructo. 2) A la mayoría de edad del hijo o hija entrega la mitad y retiene la otra en usufructo. Es importante poner de relieve que, según esta ley euriciana, la hija puede disponer de una parte importante de los bienes maternos cuando contrae matrimonio o cuando alcanza la mayoría de edad.

quiere explicar que la mujer obtiene esos bienes del patrimonio del marido, independientemente de otras aportaciones, por derecho de usufructo, aunque ello resulta una repetición innecesaria supuesto el *usufructuario iure* que sigue después. En la redacción de LV. se introduce después de *Nam usufructum non vetetur: Sed et quod de ipso usu sibi debito iuste conquirere potuerit, faciat quodcumque illi omnimodis iustissime placuerit*. Con la introducción de esta frase se quiere insistir en que la madre, no sólo puede atribuir la porción hereditaria en usufructo al hijo o hija que prefiera, sino que puede disponer de ella libremente y en la forma que quisiese.

En el caso de que no existan hijos del matrimonio, una ley de Chindasvinto (LV. 4.2.20) concede la más amplia libertad de disposición sobre sus bienes a favor de quien quisiese y, por tanto, también a un cónyuge a favor del otro ¹³⁶.

A las donaciones testamentarias del marido a favor de la mujer se refieren las leyes que antes examinamos (CE. 307, 308. 2, 319) ¹³⁷. Es importante destacar que, a partir de Ervigio ¹³⁸, los cónyuges pueden efectuar, con anterioridad al matrimonio, pactos documentados en los que se donan recíprocamente todos sus bienes, que conservan sus efectos en todo caso y que eluden las limitaciones y reservas legales.

Con respecto a la sucesión *ab intestato*, Eurico (CE. 334) mantiene el llamamiento romano *unde vir et uxor* cuando falten otros herederos ¹³⁹. La constitución de Teodosio II del año

136. LV. 4.2.20. *Ut qui non reliquerit filios, faciendi de rebus suis quod voluerit, habeat potestatem. Omnis vir ingenuus atque femina, sive nobilis, seu inferior; qui filios, vel nepotes aut prenepotes non reliquerit, faciendi de rebus suis quidquid voluerit indubitante licentiam habeat, nec ab aliis quibuslibet proximis, ex superiori vel ex transverso venientibus, poterit ordinatio eius in quocumque convelli. Quia recta linea decurrens non habet originem, quae cum successione naturae haereditatem possit accipere. Ex intestato autem, iuxta legum ordinem, sibi debitam haereditare poterunt iure successionem.*

137. Vid. supra, par. 5.

138. LV. 4.2.19. Vid. supra, n. 115.

139. CE. 334.

LV. Antiqua 4.2.11.

Maritus et uxor tunc sibi hereditario iure succedant quando nu-

Maritus et uxor tunc sibi hereditario iure succedant, quando nu-

428¹⁴⁰, excluía de la sucesión a marido y mujer siempre que existiesen otros parientes y en ETh. se llama también al marido o mujer después de todos los parientes con preferencia al Fisco. A diferencia del c. 320, Eurico llama aquí a la mujer a heredar en plena propiedad¹⁴¹.

En relación con c. 322 está la ley que le sigue CE. 323 recogida con algunas alteraciones en LV. 4.2.15. Esta ley euriana considera que pertenecen a los *bona paterna* las ganancias obtenidas por el padre *in expeditione*, ya sea con esclavos propios, ya con esclavos de la mujer. Estas ganancias no pueden ser reclamadas por la mujer, y la propiedad del marido sobre ellas se justifica con una cita bíblica y también por el principio de que esas ganancias compensan los posibles daños y pérdidas que pueden ocasionar los siervos por los que el dueño debe pagar la *compositio*¹⁴².

8. Consideración especial merece la cuestión de la existencia de una comunidad de adquisiciones durante el matrimonio en derecho visigodo.

Ante todo, es necesario destacar que los principios de la legislación visigoda en esta materia suponen sólo una nueva fase en la evolución histórica que del régimen de separación de bienes conduce a la comunidad universal de bienes entre cónyuges: Si en derecho romano clásico, en que rige el sistema de estricta separación de patrimonios, puede hablarse de comunidad de uso de los bienes de los cónyuges¹⁴³, en la legislación romano imperial se establecen las bases de la comunidad matrimonial de bienes mediante las normas que imponen la igualdad de las aportaciones de marido y mujer. Los dos sistemas

llus usque ad septimum gradum illa ad finitas usque ad septimum de propinquis aut quibuscumque gradum de propinquis eorum vel parentibus invenitur. parentibus inveniri.

140. CTh. 5.1.9. Vid. supra, par. 12.

141. D'ORS, *El Código de Eurico*, cit., p. 267, afirma que, sin embargo, la mujer no podía disponer quizá de los inmuebles cuya propiedad se reservaría a los herederos legítimos.

142. Cfr. D'ORS, *El Código de Eurico*, cit., p. 261; vid. infra par. siguiente, y supra par. 1 (cap. II).

143. Cfr. *Ius Uxorium* cit., p. 97.

de igualdad de dote y donación, impuestos por la Nov. 35 de Valentiniano III y por la Nov. VI de Mayorano ¹⁴⁴, y de igualdad de proporción en los pactos nupciales entre lo que lucraba el marido y la mujer sobre donación y dote, que impone la constitución de León I ¹⁴⁵, son acogidos por Justiniano en el Código y en las Novelas ¹⁴⁶ y constituyen las bases y fundamentos del nuevo régimen de comunidad de bienes en el matrimonio.

En la legislación visigoda se acogen estos principios, que en su desarrollo y aplicación práctica originan la comunidad de adquisiciones. Chindasvinto (LV.3.1.5.), de una parte, limita la cuantía de la dote imponiendo la obligación de reservarla a los hijos y acoge la igualdad de aportaciones de los cónyuges y, de otra parte, admite las liberalidades entre ellos después de transcurrido el primer año de matrimonio, medidas éstas que favorecen el régimen de comunidad. Recesvinto (LV. 4.2.16), admite la libertad de pacto sobre la distribución de las adquisiciones comunes, imponiendo un régimen legal supletorio, y Ervigio (LV. 4.2.19) da libre entrada al régimen paccionado de comunidad universal de bienes al admitir las donaciones recíprocas del patrimonio de los cónyuges en pactos anteriores al matrimonio.

El texto más importante del que se deduce la comunidad de adquisiciones en el derecho visigótico es LV. 4.2.16. El texto trata del modo de repartirse las adquisiciones obtenidas durante el matrimonio por la colaboración personal y patrimonial de los cónyuges. Los autores dan distintas interpretaciones a la ley de Recesvinto. Para unos, esta disposición implanta nuevamente o acoge el régimen de comunidad de adquisiciones que habría instaurado Eurico en CE.325 ¹⁴⁷, mientras otros autores estiman que

144. Vid. supra, cap. I, par. 7.

145. Vid. supra, cap. I, par. 8.

146. Vid. supra, cap. I, par. 9.

147. SCHIRÖDER, *Geschichte* cit., I, pág. 135, considera la ley recesvintiana como producto de una innovación legislativa que, corrigiendo el régimen de unión de bienes o usufructo marital, instaura la comunidad de adquisiciones. CÁRDENAS, *Estudios Jurídicos*, II (Madrid, 1884), p. 63 ss., afirma que la comunidad de adquisiciones que

no establece una verdadera comunidad de adquisiciones¹⁴⁸. Según Merêa, Recesvinto con esta disposición pretendió resolver las dificultades sobre la liquidación de adquisiciones aceptando como presunción legal que para los *augmenta et profligationes* habían concurrido los patrimonios de marido y mujer, por lo que el reparto debía ser hecho proporcionalmente a la importancia de ellos¹⁴⁹. En el texto podemos distinguir tres partes principales: en la primera se trata de la forma de dividir los lucros comunes; en la segunda, de la libertad de los cónyuges de fijar mediante escritura el reparto de estos bienes y, en la tercera, de las adquisiciones de los cónyuges que no pueden considerarse comunes.

En la primera parte del texto, tratándose de un matrimonio legítimamente contraído, Recesvinto resuelve la cuestión de cómo deben repartirse las ganancias y los aumentos de los bienes de los cónyuges, en cuya adquisición habían participado, en comunidad de vida (*pariter viventes*) los cónyuges y sus respectivas aportaciones patrimoniales. La solución que da Recesvinto es que las ganancias y aumentos deben ser atribuidos a los cónyuges en proporción a su respectivo patrimonio. Si el patrimonio de marido y mujer eran iguales, o se diferenciaban en una cantidad mínima, la solución era simple y estos lucros se dividían por igual. En el caso más frecuente, sin embargo, de que los patrimonios aportados por los cónyuges fuesen desiguales, los lucros se dividían en proporción a la cuantía del patrimonio respectivo y, sobre la parte que le correspondía, el

refleja esta ley forma parte del tradicional patrimonio germánico. HINOJOSA, *Sobre la condición* cit., p. 357, sostiene que la comunidad adquisiciones debió existir antes de Recesvinto, como existió en León y Castilla después de la invasión árabe bajo la forma de participación en partes iguales de los bienes adquiridos.

148. FICKER, *Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte*, IV (Insbruk, 1899), p. 313, afirma que el sistema que instaura LV. 4.2.16. representa la tradición germánica de la completa separación de bienes. LEFEVRE, *Droit des gens mariés*, p. 122 ss. (cit. por MEREA, *Sobre a comunhao* cit., p. 101), afirma que esta ley efectúa una extensión de los principios romanos de la *societas*.

149. Cfr. MEREA, *Sobre a comunhao de adquiridos do direito visigótico*, en AHDE. 26 (1945) 110.

marido o la mujer tenía la plena facultad de disposición *mortis causa*. Obsérvese que toda la cuestión planteada desembocaba en la atribución de los bienes a la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges y a la disposición *mortis causa* por ellos. Es lógico que el legislador visigodo se preocupase de resolver la cuestión práctica de la división de estos bienes, ya que durante el matrimonio ningún problema solía plantearse en cuanto los bienes eran gozados y usados en común y normalmente todo el patrimonio familiar era administrado por el marido ¹⁵⁰.

En la segunda parte del texto, Recesvinto establece que en el caso de que los cónyuges hubiesen redactado una escritura en la que pactasen la proporción en la que uno y otro lucrarían las adquisiciones comunes, esta proporción así establecida debía seguirse en la liquidación. El monarca visigodo concede, pues, la más amplia libertad a los cónyuges para pactar sobre las adquisiciones durante el matrimonio y sólo a falta de pacto escrito impone el régimen de reparto proporcional al capital de marido y mujer.

En la parte final del texto, se excluyen del régimen de reparto proporcional aquellos bienes adquiridos exclusivamente por uno de los cónyuges, como lo que el marido adquiere *in expeditione publica*, o como *extraneorum lucra* ¹⁵¹, o por regalos del príncipe, del patronato o de amigos. A las donaciones

150. Según MEREA, *Sobre a comunhao* cit., p. 107 y 110, no puede dejar de admitirse como cosa vulgar que los dos cónyuges enajenasen bienes conjuntamente, citando a este respecto algunos papiros de la colección de Ravenna y un diploma del 491 que habla de una donación hecha por los dos cónyuges de una casa propiedad de ambos. Destaca este autor que la intención de Recesvinto fue no tanto introducir una nueva concepción de las relaciones patrimoniales entre cónyuges como fijar criterios para solucionar las dificultades sobre la liquidación de las adquisiciones hechas durante el matrimonio.

151. Según MEREA, *Sobre a comunhao* cit., p. 111, n. 35, el sentido de estas palabras *extraneorum lucris* no es claro. Puede pensarse en adquisiciones a título gratuito u oneroso que el marido obtiene exclusivamente de terceros, sin utilizar para ello los bienes de la mujer ni los familiares.

del rey se refiere especialmente LV. *Antiqua* 5.2.3, que dispone que sobre los regalos del rey a uno de los cónyuges no tiene derecho a pretender nada el otro cónyuge, a no ser que el marido lo hubiese atribuido en dote o que fuese objeto de la donación de la mujer.

En la legislación visigoda posterior a Chindasvinto encontramos, por tanto, una marcada tendencia hacia la comunidad de adquisiciones, que se pone en práctica, sobre todo, mediante los pactos nupciales.

Es dudosa, en cambio, la existencia de esta comunidad en época euriciana. Nada preciso puede deducirse del ilegible c. 325, que, según Zeumer, trataría también de las adquisiciones comunes durante el matrimonio ¹⁵². CE. 323, que también se cita, es un complemento de 322 y, como observamos ¹⁵³ tiene por objeto atribuir a la masa de *bona paterna* las ganancias obtenidas por el padre con los esclavos de la mujer. Mientras la ley euriciana parece limitarse al supuesto concreto de las adquisiciones *in expeditione publica*, o sea en la guerra, en la nueva redacción de LV. el precepto se generaliza para comprender toda adquisición del marido con esclavos de la mujer, mediante la interpolación *aliquid adquisierit vel*. Esta interpolación de Leovigildo no es meramente formal, como lo es *unde bene iubetur*, sino que debe considerarse como una alteración sustancial, pues con ella la disposición se extiende a todo género de adquisiciones del marido con esclavos de la mujer ¹⁵⁴. La ley euriciana

152. ZEUMER, en CE. 325, reconstruye el *simul la...* como *simul laborare*. Para este autor no es posible reconstruir el contenido del precepto, pero es lícito presumir que las palabras que quedan sean piezas sueltas de la más antigua fuente sobre la comunidad germánica de adquisiciones.

153. Vid. supra, par. anterior.

154. ZEUMER, *Neues Archiv*. 26 (1900), p. 122 ss., considera la expresión *aliquid adquisierit vel* como un mero ornamento estilístico e interpreta esta ley como un precepto excepcional respecto al régimen general de adquisición de bienes. Frente a este autor, MEREA, *Sobre a comunhao de adquiridos do direito visigotico*, en AHDE, 26 (1945), 103 (*Estudos de Direito privado visigotico*), considera la interpolación como una extensión efectuada de propósito por Leovigildo para generalizar el precepto casuístico de Eurico.

presupone un régimen de comunidad de uso ¹⁵⁵, y de ella nada puede deducirse con seguridad sobre la comunidad de adquisiciones, pues puede interpretarse sea como una excepción al régimen de adquisiciones comunes, sea como una consecuencia del uso común de bienes de los cónyuges en el régimen de separación de bienes. De todos modos, es evidente que las tendencias hacia la comunidad, ya patentes en la legislación imperial romana, debieron estar también presentes en el Código euriciano.

En conclusión, el régimen de comunidad de adquisiciones y de bienes en derecho visigótico se introduce mediante la difusión de los pactos nupciales documentados, que llevan a la generalización del régimen de comunidad que aparece en las fuentes medievales ¹⁵⁶. La legislación visigoda constituye, pues, la última y definitiva fase de unión entre el régimen de separación de bienes, en trance de desaparecer, y el régimen de comunidad que pervive en una extensa evolución histórica.

MANUEL GARCÍA GARRIDO

155. También en derecho romano clásico, marido y mujer podían servirse de los esclavos de uno u otro, y las *operae* de estos esclavos se consideraban pertenecían a quien los utilizaba, como resulta de Paulo, D. 24.1.22.8. *Ius Vxorium* cit., p. 86 s.

156. El régimen de gananciales a partes iguales entre los dos cónyuges era el régimen más difundido en todos los Estados cristianos de la Reconquista. Vid. los interesantes documentos árabes, que contienen referencias a muchos negocios jurídicos en los que actúan conjuntamente marido y mujer, citados por GONZÁLEZ PALENCIA, *Los mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII*, vol. preliminar (Madrid, 1930), p. 327 ss. Sobre las compraventas de bienes efectuadas durante el matrimonio en los Fueros vid. FERNÁNDEZ ESPINAR, *La compraventa en el derecho medieval español*, en AHDE, 25 (1955), p. 391 ss. Del régimen de gananciales en los Fueros y documentos medievales trata MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de León y Castilla* (Madrid, 1808), p. 205 ss. HINOJOSA, *Sobre la condición* cit., p. 358 ss.; GUALLART, *Documentos para el estudio de la condición jurídica de la mujer leonesa hace mil años*, en *Cuadernos Historia de España*, VI, 1946; FONT RÍUS, *La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el derecho medieval hispánico*, en *Academia Matritense del Notariado*, 8 (1954), p. 192 ss.

LAS COLONIAS ROMANAS DE HISPANIA

El estudio del proceso de romanización de Hispania, en el que vengo interesándome hace ya tiempo, me ha llevado a trabajos parciales preparatorios de otros más amplios. Parte de éstos, llamémoslos los avances, han sido publicados ya en diversas ocasiones. Ahora ofrezco un trabajo de conjunto relativo al arduo problema de las colonias civium romanorum fundadas en la Península por Roma. El tema es amplio y constituye de por sí solo un objetivo de estudio, en el que pueden quedar sin duelo al margen los problemas que suscita desde el doble punto de vista político e histórico, que habrán de ser tratados más oportunamente en otro lugar y tiempo. Lo que ahora presento es, pues, un catálogo ordenado cronológicamente de las colonias romanas de Hispania y el estudio monográfico de todas y cada una de ellas. Son, pues, materiales para un trabajo aún más amplio, pero materiales sin cuyo conocimiento y previa depuración es imposible acometer el otro más ambicioso.

NOTA BIBLIOGRÁFICA.—Aparte las siglas habituales en trabajos de esta materia he empleado las siguientes:

AEArq = Archivo Español de Arqueología; BRAH = Boletín de la Real Academia de la Historia; Delgado = ANTONIO DELGADO, *Nuevo método de clasificación de las medallas autónomas de España*, Sevilla, 1871 a 1876 (tres tomos); D'ORS, *EpigrJur.* = ALVARO D'ORS, *Epigrafía Jurídica de la España romana*, Madrid, 1953; GRANT = M. GRANT, *From Imperium to Auctoritas*, Cambridge, 1946; HILL = G. F. HILL, *Notes on the ancient coinage of Hispania Citerior*, New York, 1931; HAEpigr. = *Hispania Antiqua Epigraphica*; HENDERSON = M. I. HENDERSON, *Iulius Caesar and Latium in Spain*, *JRS* 32, 1932, 1 ss.; MARCHETTI = MARÍA MARCHETTI, artículo *Hispania* del *Dizionario Epigrafico di Antichità Romane*, de E. De Ruggiero, III 754 ss. (1917); SUTHERLAND = C. H. V. SUTHERLAND, *The Romans in Spain* 217 B. C. A. D. 117, Londres, 1939; VITTINGHOFF, *Kolonisation* = FR. VITTINGHOFF, *Römische Kolonisation und Bürgerrechtspolitik unter Caesar und Augustus*, *Abhand. Akad. Wissensch. und Liter.* Mainz, Wiesbaden, 1952; VIVES = ANTONIO VIVES, *La moneda hispánica*, Madrid, 1926.

A) COLONIAS ANTERIORES A CESAR

GRACCHURRIS

Fué antes *Ilurcis*, según Festus Pauli 97 (*Gracchurris urbs Iberae regionis, dicta a Graccho Sempronio, quae antea Ilurcis nominabatur*). Livio, *per.* 41, aunque calla el nombre de la ciudad indígena anterior, coincide con Festus Pauli en su carácter de nueva fundación debida a Tiberio Sempronio Gracco, del que hubo de recibir nombre (*Ti. Sempronius Gracchus procos. Celtiberos victos in deditionem accepit monumentumque operum suorum Gracchurim oppidum in Hispania constituit*). Ello entraba dentro de la política seguida en España por Tiberio Sempronio Gracco, del que tenemos noticias referentes a otros repartos de tierras entre los necesitados indígenas (Appianós, *Iber.* 43: τὸς δὲ ἀπόρους συνόριζε, καὶ γῆν αὐτοῖς διεμέτρει). La relativa frecuencia con que aparece el nombre de Sempronius en inscripciones de esta región permite deducir que aquél debió de conceder a algunos celtíberos el derecho de ciudadanía romana. No es claro, empero, si *Gracchurris* recibió una colonia de soldados romanos o una colonia de celtíberos romanizados. En todo caso la fundación fué en el año 179 antes de J. C. siendo la primera ciudad que, a imitación de la costumbre helenística, recibe nombre de un general romano.

El sufijo vasco *-uri* o *-urri* es frecuente en una gran zona que va desde Vizcaya hasta la Rioja (donde estaba enclavada *Gracchurris*) teniendo su núcleo principal en Alava y en las cercanías de Haro¹. No hay que esforzarse para hacer idénticos este sufijo vasco *-uri* con el *-urri* (escrito también *-uri*) que dió lugar a los nombres antiguos compuestos como *Gracchurris* o *Calagurris*, sitios en la misma región². El sufijo, pues, hubo de tener un valor similar al de *ciudad* y *Gracchurris* vendría a significar «ciudad de Gracchus»³. En cuanto a la forma con *-s* final parece ser una adición latinizante, de modo que el sufijo ibérico hubo de ser idéntico al vasco medieval y moderno⁴.

Gracchurris, en lo que respecta a su origen y categoría inicial, es un problema en cierto modo parecido al de *Italica*, o al

de *Emporiae*. Hay una fundación *ex novo*, hay una *deductio* (militar o civil, o ambas cosas a la vez) y una doble población, la indígena peregrina de la primitiva *Ilurcis* y la romana o romanizada (?) de los colonos (en esto se parece también al caso de *Carteia*), pero no hay noticia de que sus habitantes hayan recibido el título de colonia nunca. En tiempos de la *formula* de Agrippa era ya un *oppidum* de derecho latino, como se desprende de Plinio III 24.

Las monedas primeras son ya de tiempos de Tiberio y su leyenda no acusa más que su condición de *Municipium*⁵. Probablemente le fué otorgada la municipalidad por Augusto al tiempo de su vecina *Calagurris* (Calahorra)⁶.

El arduo problema de su identificación ha sido resuelto en favor de Alfaro, a 2 kms. al N.E. de la actual población, sobre la orilla derecha del Ebro, en la Rioja, entre Tudela y Calahorra. Hay testimonios arqueológicos de ello⁷.

1. Ver J. CARO BAROJA, *Materiales para una historia de la lengua vasca*, Salamanca, 1946, 186. Baroja cita varios ejemplos actuales y testimonios documentales medievales datables ya desde el siglo XI. Buena parte de ellos son composiciones personales similares a la de *Gracchurris*; así *Blascuri* (de Blasco), *Ochanduri* (de Ochando), *Bermuduhuri* (de Bermudo), etc.

2. Para la *Calagurris* de Mediodía de las Gallias, ver mi trabajo *Hispanos en el sur de Francia*, BRAH, 137, 1955, 43.

3. Así ya en P. RISCO, *España Sagrada* 33, 23 s.; J. CARO BAROJA, *Loc. cit.*, 186 s.; R. MENÉNDEZ PIDAL, *Toponimia prerrománica hispánica*, Madrid, 1952, 17, y, últimamente, el trabajo del mismo en colaboración con A. TOVAR, Los sufijos con -rr en España y fuera de ella, *Boletín de la Real Academia Española de la Lengua*, 38, 1958, 185 ss.

4. CARO BAROJA, *Loc. cit.*, 185; A. TOVAR, *Estudios sobre las primitivas lenguas hispánicas*, Buenos Aires, 1949, 208.

5. VIVES, 113; HILL, 181.

6. Hace unos años se dió a conocer una inscripción, a todas luces falsa, hallada (?) en la antigua *Iliturgi*, con una dedicatoria de este «populus» a Sempronio Gracco como *deductor*. Se pretendía con ello trasladar a *Iliturgi* (en el alto Guadalquivir) lo que los textos atribuyen a *Ilurcis* = *Gracchurris*.

7. A. BLÁZQUEZ y C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Memoria* 15 de la Junta Superior de Excav. Madrid, 1918, 12; B. TARACENA, Restos romanos en la Rioja, *AEArq.* 15, 1942, 30 s.

COLONIA LATINA LIBERTINORVM CARTEIA

Carteia es citada multitud de veces en los textos tanto griegos como latinos, pero ninguno alude a su carácter de colonia, salvo el de Livio, que luego comentaremos. Plinio la cita en III 17 como término de referencia de algunas mensuraciones geográficas, y en III 7 como una de las ciudades del Estrecho, identificándola con *Tartessus* (*Tartessos a graecis dicta*).

Sin embargo en *Carteia* tuvo lugar un asentamiento de 4.000 individuos que fueron soldados romanos, probablemente ya licenciados, mujeres indígenas esposas de tales soldados, y descendientes de unos y otras. Así lo dice Livio en 43, 3, 1-4. Por el derecho romano los soldados en servicio no podían contraer unión legítima. En caso de existir *de facto* una unión, ésta daba lugar a un matrimonio no válido, a un simple concubinato. Los hijos de tal unión nacían esclavos públicos por ser hijos de madre peregrina. Pero estos soldados, después del servicio, podían legitimar su unión y mejorar la condición precaria de sus hijos. Livio cuenta, en efecto, que estos hijos de romano y española peregrina enviaron a Roma una comisión con el encargo de arreglar su situación. Pedían además que se les diese una ciudad para habitarla (*ut sibi oppidum in quo habitarent daretur*). El Senado resolvió que el *Praetor* de la *Ulterior*, L. Canuleius¹, recogiese sus nombres y que aquellos a los cuales manumitiese fuesen asentados en *Carteia*, dándoles tierras. En cuanto a los carteienses que quisieran seguir en sus residencias junto a los nuevos colonos podían hacerlo, recibiendo también sus lotes de tierras correspondientes. Esta colonia gozaría del derecho latino y se llamaría de libertos, *Colonia civium latinorum et libertinorum*. El hecho ocurrió en el año -171.

Las inscripciones son pocas y no aportan datos sobre su carácter colonial, salvo una lápida probablemente ya cristiana, hallada en San Roque en 1928 por la que conocemos a un *Aurelius Felix Ingenuus civis Romanus carteiensis*². Se tienen, además, acuñaciones con nombres de magistrados aediles, quaestores, y fórmulas como *ex S(enatus) C(onsultus)* o como *D(ecreto) D(ecurionum)* etc. que dan noticia de su régimen³. Este

es, pues, un caso en el que los carteienses indígenas recibieron la ciudadanía romana como *coloni* de derechos iguales a los romanos de origen.

La fecha de la fundación colonial fué, como dijimos, el 171 antes de J. C. Trátase, por tanto, del segundo asentamiento (prescindimos de *Gracchurris*) de que hay noticia en España, ya que el primero en orden del tiempo es el de *Italica*, fundada en el 206, es decir, 35 años antes. Sin embargo *Italica* no recibió el título de colonia sino mucho después, en tiempos de Hadriano, como luego veremos ⁴. *Carteia* fué también la primera *colonia latina* fundada fuera de Italia (comprendiendo Sicilia y la Gallia Cisalpina) y, en general, uno de los primeros casos conocidos de asentamiento de soldados veteranos.

Las ruinas de *Carteia* se hallan en la parte N. de la Bahía de Algeciras, en el Cortijo del Rocardillo, en la desembocadura del Guadalraque, entre Puente Mayorga y el río Palmones, término de San Roque. Hay testimonio de numerosas ruinas romanas y paleocristianas y de su término han salido muchos objetos menores ⁵.

1. Liv. 43, 2; D. WILDSORF, *Fasti Hispaniarum provinciarum*, Leipziger-Studien I, 1, Leipzig, 1878; *Fontes Hisp. Antiq.* III 228 s.

2. E. ROMERO DE TORRES, *Catálogo Monumental de Cádiz* 537.

3. VIVES IV 18 ss. y sus láminas correspondientes.

4. Véase la cédula correspondiente.

5. Ver. C. PEMÁN, *Memoria sobre la situación arqueológica de la Provincia de Cádiz*, Madrid, 1942, 36.

COLONIA PATRICIA CORDVBA

Así en Plinio III 10 *Corduba Colonia Patricia cognomine*. Pero Strabon es más explícito diciendo de ella que es la más antigua colonia romana de esta región (de la *Hispania Ulterior* o *Baetica* se entiende) llamándola Μαρκέλλου κτίσμα (Strab. III 2, 1). Ello no quiere decir, pues, que lo haya sido en general ¹, ni aun siquiera que fuere colonia desde Marcellus. El cognomen de *Patricia* que recogen tanto Plinio como los testimonios epigráficos que luego veremos, hace difícil creer que le haya sido

dado por un plebeyo como Marcellus². Sobre el problema volveremos luego.

Las inscripciones la llaman *Colonia Patricia* (como Plinio)³. En otras figura como *Colonia Patricia Cordubensis*⁴, *Colonia Cordubensium*⁵ y *Colonia Patricia Corduba*⁶.

La tribu parece haber sido la *Galería*⁷, pero no la *Quirina*, que aparece en otras inscripciones⁸.

Para las acuñaciones de Cn. Pompeius durante la primera y la segunda guerra pompeyana en España, ver las atribuciones de Grant 455 y Sydenham⁹. Como acuñación cesárea de *Corduba* se conoce un bronce emitido antes del -49, o entre el -47 y el -46 (Sydenham) —en todo caso se trata de la primera acuñación cesárea conocida hasta ahora en España—, con la leyenda CN. IVL. L. F. Q. y cabeza de Venus, en el anverso, y figura de Cupido con leyenda CORDVBA, en el reverso¹⁰, que Grant¹¹, supone es de Gn. Iulius, hijo de L. Iulius Caesar que fué *legatus* en *Gallia*. La Q sería abreviatura de *q(uinquennalis)*. En las monedas acuñadas con el título de *Colonia Patricia* después del Pontificado Máximo de Augusto (-13) siguen apareciendo las imágenes de Venus y Cupido, propias de la *Gens Iulia*. En ellas figuran los estandartes de dos legiones y emblemas pontificales¹², mas nada permite asegurar, como hizo Cohen¹³ que ambas insignias sean de las legiones V y X¹⁴.

La historia de *Corduba* como colonia se ha hecho pues más oscura con los nuevos estudios. Probablemente fué una ciudad romana creada por Marcellus en el 152 con gentes selectas ibéricas y ciudadanos romanos¹⁵. Estos indígenas debían de ser ya ciudadanos romanos también. Pero el título de colonia no lo recibió entonces, sino después, aunque en todo caso antes del -45, fecha en la que se comenzaron a crear las colonias cesáreas de la *Baetica*. Así se explicaría que en el año -49¹⁶, con motivo de los acontecimientos que provocaron la rendición de Varró a César, se mencione el *Conventus Cordubae* y los *cives romani* como miembros del *Conventus civium Romanorum* (no se confunda con el *Conventus iuridicus*) de *Corduba*, lo que supone el disfrute de una constitución colonial¹⁷. De tal modo podría explicarse que *Corduba* careciese de apelativos como *Iulia*, *Augusta* o *Iulia Augusta*. Lo más probable es, pues, que fuese pri-

mero un *Conciliabulum civium Romanorum* y luego *colonia* bajo Gnaeus, hijo de Pompeius, entre el -46 y el -45, como opinaron Hübner (*CIL* II p. 306 y *RE* s. v.), Kornemann (*RE* IV 527), Marchetti (877), pues la ciudad fué el asiento del partido pompeyano enemigo de César. Este, tras su victoria de *Munda* y, de acuerdo con su abierta clemencia, debió de respetar el título de *colonia* (acaso con una «re-fundación» como sugiere Vittinghoff *Kolonisation* 73), lo que ratificaría luego Augusto, que asentó en ella veteranos de las dos legiones de sus monedas (¿*II Alaudae* y *X Gemina*?) y permitió la acuñación de monedas con alusiones a la estirpe divina de los Julios (Venus y Cupido). Vittinghoff (*Kolonisation* 72 y 73) cree que pudo ser entonces cuando recibiera el cognomen de *Patricia*. En todo caso ni se lo pudo dar—según dejamos dicho—un plebeyo como Marcello, de la *gens Claudia*, ni César, éste por haber sido *Corduba* ciudad enemiga; tampoco parece probable se lo diesen los hijos de Pompeyo. Así, pues, es de creer—repetimos—se lo debió conferir Augusto. Recuérdese el *Vicus Patricius* en la colonia pisidia de *Antiócheia*¹⁸ y el posible cognomen *Patricia* de la colonia augústea *Barcino*¹⁹. Grant 4, en cambio, creyó que tal cognomen es anterior a César y que éste, por lo que antes dijimos, lo respetó.

Resumamos: *Corduba* fué fundación de Marcello en el -152, pero no debió de recibir sus estatutos coloniales sino poco antes del -45, acaso otorgados por los hijos de Pompeyo, probablemente por Gnaeus. El cognomen de *Patricia* lo recibiría de Augusto al asentar en ella los veteranos de dos legiones.

Corduba es nombre indígena²⁰. Es la actual Córdoba, según garantías de todo orden que sería superfluo aducir. Su emplazamiento es el de la ciudad actual, donde han surgido y siguen surgiendo multitud de testimonios de todo orden; los arquitectónicos, por cierto, de gran monumentalidad y riqueza, como corresponde a su importancia. Hay también indicios de la población ibérica precursora y coetánea de la colonia romana. Sobre el gran templo exástilo, de mármol, que estamos excavando en estos años, no se ha publicado aún la memoria. Adelantemos que debió de ser construido en la segunda mitad del siglo I de la Era, acaso en relación con el culto al Emperador.

1. VELLEIUS II 6 cita expresamente como primera colonia romana fuera de Italia a *Carthago*.
2. HÜBNER *RE* s. v. 1221.
3. Así en *CIL* II 2026 (de Astigi), 2216, 2217, 2224, 2225, 2229 (de Corduba), 2348 (de Mellaria), 3272 (de Castulo), 5523-24 (de Corduba).
4. *CIL* II 3278, de Castulo.
5. *CIL* II 5522, de Corduba.
6. *NotSc.* 1906, 120. No comprobada, por error, en la cita de MARCHETTI.
7. *CIL* II 2220, 2224, 2225.
8. *CIL* II 2215, 2245. Véase a este respecto *CIL* II p. 307 y *Suppl.* p. 886. KUBITSCHER, *Trib.* 135.
9. *The Coinage of the Roman Republic*, London, 1952, núms. 1032 ss.
10. DELGADO I p. 125; VIVES III 115; GRANT 4; SYDENHAM, núm. 1360.
11. *Loc. cit.*
12. VIVES IV 118, 2 y 4, lám. 165.
13. *Descript. Histor. Aug.* 605.
14. Cfr. GRANT 220.
15. Strab. III 2, 1. *ἄρχησάν τε ἐξ ἀρχῆς Ῥωμαίων τε καὶ τῶν ἐπιχωρίων ἄνδρες ἐπίλεκτοι.*
16. *BellCiv.* II 19, 3; II 21, 1.
17. VITTINGHOFF (*Kolonisation* 73 n. 1) supone erróneamente que esta observación no había sido hecha hasta él, cuando está ya clara en sus precursores; pero no subrayamos este error sino como convergencia demostrativa de la legitimidad del argumento.
18. DESSAU 7198; WITTINGHOFF *Kolonisation* 73 nota 1.
19. Véase aquí su cédula.
20. Cfr. *Sald-uba*, *Maen-uba*, *On-uba*, *Ipon-uba*, *Ud-uba*, *Geld-uba*, y tal vez alguno más.

VALENTIA

En *Valentia* estableció Iunius Brutus en el 138 antes de J. C. (616 de Roma) una colonia de veteranos oriundos de las tropas que tomaron parte en sus campañas contra Viriato. *Valentia* era entonces un *oppidum*¹. Si entonces recibió también el título de colonia con todos sus derechos, es cosa no segura. Empero puede aseverarse que era ya *colonia civium Romanorum* en la primera mitad del siglo I antes de J. C. En el *CIL* I 601 = Dessau 878 figura esta inscripción datable en el año 694 de Roma,

60 antes de J. C.: *L.Afr[a]nió A. f. cos. consc[r]ip. et c[ol]. col. Vale[nt]*. Trátase de un legado de Pompeyo que tomó parte entonces en la batalla junto a Valencia. En el año -60 era, pues, con seguridad colonia, si no lo era ya desde el establecimiento de los colonos de I. Brutus. En todo caso ha de tenerse por colonia desde antes de César. Ello explicaría que no recibiese ni en esta ocasión ni después, cognomenes como los de *Iulia* o *Augusta*². Grant³, no cree como Kornemann⁴, en su carácter de colonial *civium Romanorum* aunque si en su latinidad. Vittinghoff⁵ la tiene como *colonia c.R.* por lo menos desde la primera mitad del siglo I antes de J. C. En las *formulae* aprovechadas por Plinio III²⁰ se la llama simplemente *Valentia colonia*, sin cognomen alguno. En las monedas de *Valentia* no consta su carácter de colonia. Alguno de sus tipos muestra evidente relación con los de *Vivo Valentia* en el *Bruttium* y con las monedas de Q. Fabius Maximus, sin que se puedan sacar aún consecuencias de estas evidentes relaciones monetarias⁶.

En inscripciones de plena época imperial aparecen unos *Valentini veterani et veteres* con dos consejeros *uterque ordo Valentinarum* con cualidad colonial romana⁷. Aquí hubo de venir, pues, alguna comunidad de veteranos la cual formó, con la antigua, una doble comunidad, ambas autónomas, con su propio *ordo decurionum*. ¿Cómo y cuándo ocurrió esto? No es fácil contestar a esta doble pregunta. Cabe, sí, creer que ello debió de ser antes de Augusto. Acaso pudiera pensarse en unos *veteres* de tiempos de I. Brutus y en unos *veterani* de las guerras sertorianas, que en esta región tuvieron un amplio campo de acción.

Si los problemas anteriores están en su mayoría aún por resolver, puede en cambio considerarse como superfluo el supuesto problema de la identificación de *Valentia* (la *Valentia* de I. Brutus) con la Valencia de orillas del Turia⁸.

La situación exacta de la *Valentia* romana dentro del casco de la actual Valencia está en sus líneas generales firmemente establecida⁹. Como los hallazgos acaecidos dentro de este área muestran testimonios de una población indígena y puesto que, al parecer, el nombre de *Valentia* lo puso I. Brutus al asentar

allí en el -138 la colonia de veteranos de que habla Livio en su *per.* 55 (ya transcrita), cabe suponer con buenos argumentos, que no son aquí del caso ¹⁰, que el antiguo *oppidum* citado por Livio tuvo que ser *Tyrin*, conocido gracias a un texto de R. F. Avienus *Ora Maritima* 482. En dicho texto (por lo demás único a este respecto) *Tyrin* es un *oppidum* sito a orillas del *Tyris*, río que no es otro que el actual Turia: *neque longe ab huius fluminis divortio praestringit annis Tyrius oppidum Tyrin.*

1. Livius *epit.* 55: *Iunius Brutus cos in Hispania is qui sub Viriatho militaverant, agros et oppidum dedit quod vocatum est Valentia.*

2. MOMMSEN, *Röm. Gesch.* II⁷ 17; *Staatsr.* III³ 736 núm. 2; HÜBNER *CIL* II p. 500; KORNEMANN *RE* IV 516 núm. 38; MARCHETTI 797.

3. 472.

4. *Loc cit.* núm. 92.

5. *Kolonisation* 73.

6. VIVES IV 15 y principalmente F. MATEU LLOPIS, Las monedas romanas de Valentia *Numisma.* 3, 1953, 9 ss.

7. *CIL* II 3733-3737, 3739, 3741 y 3745.

8. No hay argumento serio alguno que dé pie, en verdad, para dudar entre esta Valencia, la Valença do Minho portuguesa, y la València de Alcántara extremeña. Sobre ello trató últimamente C. TORRES, La fundación de Valencia, *Ampurias* 13, 1951, 113 ss.

9. Véase principalmente, N. PRIMITIVO GÓMEZ, Excavaciones para la ampliación del antiguo Palacio de la Generalidad del Reino de Valencia, *Arch. Prehist. Lev.* 2, 1946, 269 ss.; C. ARANDA, D. CUEVES y A. ARÉS, sendas comunicaciones presentadas al Congreso Arqueológico de Murcia, de 1947, sobre hallazgos de la necrópolis de Boateña y publicadas en su *Crónica* (Murcia, 1947), 271 ss.; F. MATEU LLOPIS, Hallazgos arqueológicos en la Plaza de la Almoyña en la ciudad de Valencia, *ibidem*, 3, 1952, 215 ss.

10. Vide F. MATEU LLOPIS, Las monedas romanas de Valencia, *Numisma.*, 3, 1953, 12 ss.

PALMA

Los problemas relativos al carácter colonial de *Palma* van asociados también a los de *Pollentia*. La primera noticia relativa a ambas la encontramos en Strabon, que escribe, poco más o menos hacia el cambio de Era. Strabon III 5, 1 dice: «de las *Gymnésiai* la mayor tiene dos ciudades (*ἔχει δύο πόλεις*), *Palma*

y *Pollentia*, de las cuales *Pollentia* se alza en la parte oriental de la isla mientras la otra se levanta en la occidental». Strabon añade además estos valiosos datos: «[la lucha contra los piratas baleáricos] fué motivo de la expedición de Metellus que en ella adquirió el sobrenombre de Balearicus y fundó las dos ciudades ya mencionadas (ὅστις καὶ τὰς πόλεις ἔκτισε) ... Introdujo tres mil colonos sacados de entre los romanos de Iberia (εἰσήγαγε δὲ ἐποίκους τρισχιλίους τῶν ἐκ τῆς Ἰβηρίας Ῥωμαίων»¹. En el 123/2, pues, Metellus funda estas dos ciudades llevando 3.000 colonos hispano-romanos. Después de Strabon la primera cita la hallamos en Mela quien dice (II 124) que en la isla mayor (Mallorca) hay dos colonias, *Palma* y *Pollentia*. Mela las llama, pues, *colonias*, lo que va de acuerdo con lo dicho por Strabon. Pero en Plinio, que las cita en III 77, se nos presentan como simples *oppida* constituídas en *municipia civium Romanorum* (*oppida habet civium Romanorum Palmam et Pollentiam*). Ptolemaíos, II 6, 73 llama a las ciudades gemelas πόλεις δύο, como también Strabon, según vimos.

No hay aún inscripción que aclare estas dudas por lo que el problema sigue en el mismo estado que lo dejaron planteado los autores antiguos. Sin embargo recordemos que en las lápidas del *CIL* II 4197, 4205, 4218 y 5990 se habla de *res publica* y que en otra, recientemente hallada en Palma, se cita a un tal... VS. P.F(ilius) de la tribu Velina, como *duunvir*, pero sin más datos. La tribu Velina es propia tanto de los de *Palma* como de los de *Pollentia*, según lo atestiguan varias lápidas, lo que acredita a su vez la comunidad de origen. Esta tribu es rara en Hispania, y sólo se encuentra en las Baleares. Respecto del lugar de España de donde sacasen los 3.000 colonos nada se puede decir, ni siquiera si eran o no veteranos aunque, probablemente, eran esto último, pues parecen casos similares al de las fundaciones de *Ampurias* e *Italica*.

Palma no es la actual Palma de Mallorca, capital del archipiélago. Sus restos yacen algo más al E., en un campo de ruinas aún sin explorar. Mas conviene advertir que el solar donde se asienta hoy la Palma actual fué en época romana habitado a juzgar por ciertos hallazgos recientes². El nombre de *Palma*

es latino y debe ponerse en relación con la palma de la Victoria, alusiva acaso a la de Metellus.

1. Strabon *loc. cit.*
2. Ver *AEArq.* 28, 1955, 291 s.

POLLENTIA

Ciudad hermana de *Palma*. Para el problema de su *status*, véase lo dicho sobre esta última.

Su nombre procede del latín *pollere*, en el sentido de valer, de ser fuerte. La *Pollentia* ligur, dió Pollenza; la nuestra ha dado Pollensa, que lleva un pueblecillo en el fondo de la bahía de su nombre. Pero la *Pollentia* romana no estaba allí sino en La Alcudia de Pollensa, sita a unos 8 kms. al O. del citado pueblo. En La Alcudia se llevan a cabo desde hace años importantes excavaciones. Para las esculturas aparecidas allí hasta ahora vide mi trabajo *Esculturas romanas de Pollentia*, *AEArq.* 24, 1951, 53 ss.

COLONIA METELLINENSIS

Plinio IV 117 la llama *colonia Metellinensis*. Es la *Καικίλια Μετέλλινα* de Ptolemaíos II 5, 6 y la *Metellinum* del *Itin. Anton.* 416, 2. Pertenecía a *Lusitania* (Plin. 1. c.).

Su nombre deriva de Q. Caecilius Metellus, cónsul en el 80-79 a. J. C., que triunfó por sus campañas hispanas en el -71. Pudiera ser colonia anterior a César, aunque Vittinghoff, *Kolonisation* 77, 148, la cree más bien cesárea. A. Schulten, *RE* XIII 1872 y Sutherland 117 la suponen *colonia c. R.* de Metellus. Pero ello no es tampoco seguro, pues hay asentamientos militares sin estatutos de colonia, como fueron los casos de *Emporiae* e *Italica*, por no citar sino ejemplos españoles. Henderson 7, subraya la curiosa confusión de géneros que se observa en una variante del texto ptolemaico ya citado, en la que se lee *Καικίλια Γεμέλλινον ἢ Μετέλλινα*; el investigador inglés ve en tal anomalía dos etapas de la historia de *Metellinum* como colonia: a) primero sería un *praesidium* de Metellus contra Ser-

torio; b) luego sería una colonia augústea. El problema es difícil de resolver, ni aun acudiendo a argucias tan finas como las de Henderson. Yo me inclino, con A. Schulten y con Sutherland, a creerla fundación colonial de Metellus, aunque el título de *colonia* no le fuera concedido sino con César. Es difícil fuera colonia augústea pues fué entonces, tras la fundación de *Emerita*, cuando *Metellinum* comenzó a perder su importancia hasta languidecer.

Metellinum es la actual Medellín, que ha heredado el nombre y el lugar de la colonia romana. Hállase sobre la orilla izquierda del Guadiana, como temiendo enemigos del N. (¿lusitanos del N. del Tajo?). Se comunicó luego con *Emerita* por una vía que atravesaba el río allí mismo sobre el puente de piedra cuyos restos aún subsisten¹. Hay otros testimonios arqueológicos de importancia como, por ejemplo, el teatro, que está pidiendo una excavación².

1. Véase mi noticia en *AEArq.* 26, 1953, 407 ss. Recientemente el señor Torres Balbás me ha comunicado de palabra su sospecha de que estos restos no sean romanos.

2. J. R. MÉLIDA, *Catálogo Monumental de Badajoz*, 367 ss.

B) COLONIAS DE CESAR

COLONIA IVLIA VRBS TRIVMPHALIS TARRACONENSIS (o TARRACO)

Así aparece en un epígrafe dedicado a Caracalla (8 de abril del 217) hallado en 1927 en la necrópolis paleocristiana de Tarragona¹. La dedicatoria se hizo por la *col(onia) Iul(ia) Urbs Tri(ium)phalis) Tarr(aconensis) o Tarr(aco)*. Esta inscripción ha aclarado de una vez para siempre el problema de la sigla V aparente en tantos epígrafes lapidarios y numismáticos con CIVTT, CVT o CVTT, letra que se leyó desde Antonio Agustín *Victrix*, en lugar de *Vrbs*, que ahora se ha probado sin género alguno de dudas. Para esta designación ver lo que se dice a propósito de *Vrbs Iulia Carthago Nova*.

Plinio II 21 la llama *colonia Tarraconi, Scipionum opus, si-*

*cut Carthago poenorum*². Mas no debe deducirse por ello que fuese ya colonia en tiempos de Scipio. Hübner³ supuso que antes de César hubo ya en ella un *praesidium* militar y un núcleo de ciudadanos romanos, y que, luego, bajo César, en año -45, recibiría el título de colonia. Así piensa también Hill 46. Dio Cassius 43, 39, 5 justifica esta opinión cuando dice: τοῖς δὲ εὐνοϊάν τινα αὐτοῦ σχοῦσιν ἔδοκε μὲν καὶ χωρία καὶ ἀτέλειαν τὲ τισι, καὶ ἄλλοις ἀποίκους τῶν Ῥωμαίων νομίζεσθαι. No hubo, pues, *deductio* de veteranos. Los tipos de sus monedas no son tampoco militares, ya que el toro que en ellas vemos⁴ no expresa sino que la tierra fué asignada a ciudadanos. Así, pues, el título de colonia hubo de recibirlo como honorífico por algún servicio prestado a César, según acaeció también en *Ucubi*.

Sería ocioso coleccionar aquí los testimonios epigráficos relativos a su carácter colonial. Son muchos y en ellos aparecen tanto el título de colonia como las magistraturas correspondientes. Su tribu era la *Galeria*, que debió de usar también César.

Tarraco es exactamente la actual Tarragona, con multitud de testimonios romanos de todos tiempos y de todas clases, desde la época republicana hasta la paleocristiana, desde los monumentos arquitectónicos más solemnes y grandiosos hasta los más humildes productos cerámicos.

1. PÍO BELTRÁN, Colonia Iulia Urbs Triumphalis Tarracoenensis, *Boletín Arqueológico de Tarragona*, 52, 1952, 31 ss.

2. Cfr. SOLINUS 23, 8.

3. *CIL* II p. 538 ss.

4. VIVES IV 128 ss. lám. 169, 1-10.

ASTA REGIA

Es Mela en III 4 quien la cita por primera vez como colonia (*et procul a litore Hasta colonia*). Después es mencionada por Plinio en III 11 como colonia también (*colonia Hasta quae Regia dicitur*). La mención de Mela como colonia es importante, pues el geógrafo, por lo general, omite esta cualidad en la mayoría de los casos en que concurre. No hay motivos, pues para dudar de su carácter colonial aunque nos falten pruebas pos-

teriores de ello e ignoremos cuándo y cómo se convirtió en colonia.

Pudo ser tal vez fundación de Marcus Rex ¹; de donde vendría el epíteto de *Regia*, que sólo aparece en Plinio. Pero esta explicación no acaba de convencer, como tampoco la que prefiere atribuirlo a los reyes tartessios o a un *rex* indígena cualquiera ². Epigráficamente, la ciudad aparece citada por vez primera en la inscripción más antigua de España, el famoso decreto de Aemilius Paulus' fechado el 189 antes de J. C. ³, donde se mencionan ciertos *servei* (sic) *Hastensium*.

Hasta con *h* parece una falsa grafía etimológica de *Asta*, que es como figura también en otros autores ⁴. En la misma región se conocen *Astapa*, *Astigi* que apoyan la corrección y que, naturalmente, tampoco deben hacerse derivar del griego ἄστυ.

Para Vittinghoff, *Kolonisation* 74 pudo ser una fundación de César, aunque no conozcamos ningún epíteto cesáreo. Plinio, que debiera haberlo citado en tal caso, omite también el de *Hispalis*, de la que conocemos su origen julio.

Es el conjunto de ruinas, en curso de excavación, de las Mesas de Asta, cerca de Jerez de la Frontera (Cádiz). El viejo nombre se conserva aún en el actual.

1. *CIL* II p. 175 y 699. *Suppl.* p. 843.

2. SCHULTEN, *Asta Regia*. *AEArq.* 14, 1941, 254; D'ORS, *Epigr. Jur.* 351.

3. *CIL* II 5041. Véase, últimamente, D'ORS, *Epigr. Jur.* 351 s.

4. Cfr. SCHULTEN, *Loc. cit.* 251.

COLONIA IVLIA ROMVLA HISPAL ¹

Strabon III 2, 1, en un párrafo algo oscuro dijo de ella: ἡ μὲν Ἰσπαλις ἐπιφανής, καὶ αὐτὴ ἀποικος Ῥωμαίων ἕνεκεν δὲ τὸ μὲν ἐμπόριον συμμείνει, τῇ τιμῇ δὲ καὶ τῷ ἐποικῆσαι νεωστὶ τοὺς Καίσαρος στρατιώτας ἡ Βαίτις ὑπερέχει, καί περ οὖσ συνοικουμένη λαμπρῶς.

Es decir, que hubo una primera fundación colonial anterior a Augusto (sin duda César) y una colonia militar augustea, de menos prestigio que la primera, pero más activa y em-

prendedora, o más afortunada, que rebajó la importancia del antiguo «emporion», pero dió más brillantez y riqueza a la ciudad. Esta nueva colonia se asentó junto al *Baitis* (acaso frente a la antigua *Hispal*, probablemente donde hoy Triana). Ya veremos luego, con más oportunidad, algunos de los aspectos que este discutido párrafo estraboniano presenta. Al texto de Strabon, sigue, cronológicamente, el de Plinio. Plinio III 11 dice de ella: *Hispal colonia cognomine Romulensis*. No consta en estos dos primeros testimonios escritos el cognomen *Iulia*. En las inscripciones y en las monedas veremos luego que tampoco aparece. Pero éste lo hallamos en San Isidoro de Sevilla *Etym.* XV 1, 71 cuando dice: *Hispalium Caesar Iulius condidit, quam ex suo et Romae Urbis vocabulo Iuliam Romulam nuncupavit*. De modo que, de ser exacta la noticia isidoriana, su título oficial sería *colonia Iulia Romula* (o *Romulensis* o *Romulea*), *Hispal* (o *Hispalis*), aun no testificado.

En las inscripciones aparece: *ordo c(olonorum) c(oloniae) R(omulensis)* ² y *ordo Romulens(is) Hispalens(is)* ³; *c(oloni) c(oloniae) R(omulensis)* ⁴, *col(onia) Rom(ulensis)* ⁵; en todas se habrá notado la ausencia del cognomen *Iulia*.

En las monedas ⁶ se conocen acuñaciones del tiempo de Augusto y de Tiberio que llevan la leyenda *col(onia) Rom(ulensis)*, con la misma ausencia del epíteto *Iulia*.

Sin embargo, pudo ser creación de César en el año 45. Esta es también la opinión de Vittinghoff que se apoya, como nosotros, en el texto isidoriano antes transcrito. Probablemente, como propuso Mommsen, debió de haber una doble colonia, es decir, un antiguo *conventus Civium Romanorum* agraciado luego con el status de colonia, y la colonia de veteranos deducidos por Augusto, al parecer oriundos de la legión V (*Alaudae*). Que estos primeros colonos fueron de origen urbano, como los de *Urso*, es probable ⁷. En todo caso debieron ser civiles ⁸. En favor de la duplicidad habla la doble asignación tribal de los ciudadanos hispalenses, que pertenecen unos a la tribu *Galería* ⁹, la elegida por Augusto para los nuevos ciudadanos de España ¹⁰ y otros a la *Sergia* ¹¹. Aunque no todos los títulos con esta tribu sean necesariamente de gentes nacidas en *Hispal* ¹², todos han sido hallados en Sevilla. También abogan

en pro de la doble colonia las célebres lápidas de los *scapharii hispalenses* y de los *scapharii Romulae consist(entes)* ¹³ que nos dan noticia de la existencia de una corporación de barqueros de *Hispal* con una filial en la colonia *Romula* ¹⁴. Finalmente el mismo texto de Strabon III 2, 1, ya copiado. Hübner discrepa de tal opinión suponiendo, primero, que el pasaje de Strabon está alterado y, segundo, que hubo una deducción posterior de soldados de César (*Hispalis* militó contra el Dictador), por lo que aparecen las dos distintas tribus.

El problema, sin embargo, sigue difícil y se ha discutido mucho. Henderson (13, nota 2) resume su punto de vista así: Primero: César funda una colonia (*Iulia, Sergia tribu*, compuesta de elementos civiles) en la misma *Hispalis*, el ἐμπόριον citado por Strabon en III 2, 1. Segundo: Augusto lleva luego una colonia militar a la que alude el mismo Strabon en el lugar citado (*Romula, Galeria tribu*, pequeña, pero superior en prestigio) y se asentaría en la orilla opuesta del río, donde hoy Triana. Vittinghoff no acepta tal colonia doble y se inclina más bien a creer en eine ungewöhnliche Uebename des alten Stadtnamens ¹⁵, es decir, sospecha en la supervivencia del antiguo nombre como en el caso de los *Martienses qui antea Ugienses fuerunt* de la *tessera hospitalis* de Mérida ¹⁶. Realmente no es posible ni rechazar de plano ni aceptar de lleno ninguna de estas soluciones. Pero el texto straboniano parece dar más bien razón a la hipótesis Mommsen-Henderson.

En tiempos de Otho, año 69 ¹⁷, recibió un número indeterminado de familias nobles, como también Mérida. A éstos habría que atribuir, según sospecho, las lápidas con *Quirina* (1180, 1182 y 1186), pues el brevísimo reinado de Otho hace verosímil que sus nuevos colonos adoptaran ya la tribu flavia, hipótesis que expongo con timidez, pues es de creer que estos recién llegados conservaran su tribu originaria, que en algunos casos pudo ser la *Quirina* precisamente:

Hispal, o *Hispalis*, es la actual Sevilla, con multitud de testimonios de todo orden. De un probable *Hispalia* (cfr. el *Ispali* de las monedas visigodas) ha de proceder el árabe *Isbilía* que dió Sevilla. Fué antes ciudad indígena muy romanizada ya cuando

César les dirigió aquel violento discurso que oyeron sin necesidad de intérprete ¹⁸.

¹ *Hispalis* parece menos correcto o más moderno. En Mela II 6, 4, Plinio III 11 y Silius Italicus III 392 se la llama *Hispal*. Hay una forma vulgar, *Spalis* (*Geogr. lat. min.* 79, 9). El caso se explica en otros paralelos como *Uxama Ibarca*, junto a *Uxama Barca*, *Ilerda* junto al actual Lérida. *Igabrum* y el moderno Cabra, *Hispania* al lado de *Spania*, etc. En monedas visigodas se halla *Ispali* (de aquí el árabe *Isbilía* y el actual Sevilla). La aspiración no está bien justificada y es similar a la que vemos por ejemplo, en *Hiberus* por *Iberus* o *Hiberia* por *Iberia*. El nombre *Spallenses* de Plinio III 24, referente a una ciudad del *Conventus Caesaraugustanus* está mal enmendado en *Ispallenses*. Véase para esto SCHULTEN *RE*, s. v. *Hispalis*.

2. *CIL* II 1178.

3. F. FITA, *BRAH* 31, 1897, 387.

4. *CIL* II 1188.

5. *BRAH* 64, 1914, 238 ss.; *AnnEpigr.* 1915, 7.

6. VIVES IV 123 s.

7. SUTHERLAND 127; VITTINGHOFF *Kolonisation* 74.

8. Para T. FRANK *Econ. Survey of Anc. Rome* I 317 (1937), serían soldados españoles auxiliares, lo que no es probable.

9. *CIL* II 1175, 1178, 1181, 1185, 1187.

10. HENDERSON 2.

11. *CIL* II 1176, 1180, 1182, 1184, 1186, 1188. *Sergia* fué también la de la vecina *Italica* (ver mi monografía *Colonia Aelia Augusta Italica*, Madrid 1960, 32 ss.).

12. HÜBNER *CIL* II *Suppl.* p. 841, con la opinión de KUBITSCHER *Trib.* 140 s.

13. *CIL* II 1180, de tiempos de Marco Aurelio y Vero, y 1183, respectivamente.

14. Sobre esta lápida ver, recientemente, D'ORS: *EpigrJur.* 392 y 462, nota a la 392.

15. *Kolonisation* 74.

16. Vide D'ORS *EpigrJur.* 370 núm. 18.

17. *TAC. Hist.* I 78.

18. Año -45 *BellHisp.* 42.

COLONIA CLARITAS IVLIA VCVBI

Plinio III 12 la llama *Vcubi quae Claritas Iulia* y la cita como perteneciente al *Conventus Astigitanus*.

En las inscripciones aparece como *C(olonia) C(laritas) Iu(lia)* ¹. Recordemos también el término augustal de época do-

miciánea hallado en Valdecaballeros, en la Mancha. En él se cita a *Ucubi* como *C(olonia) C(laritas) Iul(ia) Ucubitanor(um)* ². Una lápida (fig. 9) del 196, recientemente hallada en Espejo (Córdoba), menciona un *ordo c(oloniarum) C(oloniae) C(laritatatis) I(uliae)* ³. En el bronce de *Iptuci* se mencionan los *coloni Coloniae Claritatis Iuliae Vcubi* ⁴. Este documento se fecha en el año 31 de la Era.

Es colonia titular cesárea. Según parece, César le otorgó el título de colonia sin *deduccio* como premio de algún servicio prestado a su causa. Es, probablemente, un caso similar al de *Tarraco* ⁵. Sutherland ¹²⁷ piensa que fué colonia civil, aunque Vittinghoff ⁶, que recogió la idea, dice con razón que faltan pruebas para admitir tal suposición. Su *immunitas* (Plin. l. c.) ha de ser del mismo tiempo.

Es la actual Espejo, al SE. de Córdoba (capital) de la que dista unos 35 kms. Hay testimonios arqueológicos de todo orden, pero su nombre actual no coincide con el antiguo. Tal vez sea debido a alguna torre vigía (*speculum*) o cosa que se le pareciese. En todo caso no parece árabe ni se registró como tal en ninguna autoridad.

1. *CIL* II 1404 y 1572.

2. *CIL* II 656, y aquí al hablar de *Emerita Augusta*.

3. S. DE LOS SANTOS, *MMAP.* 4, 1943, 83 lám. XVIII 1. *AnnEpigr.* 58, 1946, 202. Sobre el personaje M. Valerius Chalcidicus, citado en la lápida, ver recientemente H.-G. PFLAUM, *Germania* 34, 1956, 275 s.

4. A. D'ORS *EpigrJur.* 371 núm. 20.

5. VITTINGHOFF, *Kolonisation* 27, 4.

6. *Loc. cit.* 74 núm. 1.

COLONIA GENETIVA IVLIA VRBANORVM VRSO

Plinio III 12 la cita entre las colonias inmunes del *Conventus Astigitanus* con el nombre de *Urso quae Genetiva Urbanorum*.

Aunque las monedas ¹, de comienzos del Imperio, no aluden siquiera a su condición colonial, pocas colonias estarán tan bien documentadas al respecto como la de *Urso*, ya que nos ha llegado buena parte de su ley constitucional, la *Lex coloniae*

Genetivae, monumento insigne de la epigrafía jurídica romana conservado hoy en el Museo Arqueológico de Madrid ².

Fué fundada por mandato de César en el -44, tras su muerte y mediante una ley de Antonio: *iussu C. Caesaris dictatoris deducta est (Lex. Urs. 106) ... lege Antonia Senatusque consultis plebique scitis ager datus assignatus erit (Lex. Urs. 104)*. El cognomen de *Urbanorum* lo tuvo porque sus colonos fueron elegidos de entre el proletariado de la *Urbs*, de Roma ³. No es de pensar proceda del asentamiento de una legión urbana, como, por ejemplo, la *Legio V* ⁴. A la indígena *Urso* se le confiscaron las tierras como pena por la resistencia opuesta por sus habitantes a las armas de César ⁵. Estos colonos urbanos han de ser parte de aquellos 80.000 ciudadanos de Roma que César distribuyó por las fundaciones «transmarinas» ⁶. *Urso* fué una colonia cesárea en la que, por vez primera, los libertos alcanzaron el *ordo decurionum* y los puestos de honor. El apelativo *Iulia* alude a César; el de *Genetrix* a Venus Genetrix, progenitora de la *Gens Iulia* y, por ende, también a César.

Urso, aunque colonia civil, tuvo, como las de fundación militar, un carácter castrense. De ello habla claro el capítulo 103 de la propia *lex Ursonensis* en el que se dispone (no empece el carácter civil, urbano, de la colonia) que los colonos han de estar siempre dispuestos para actuar con las armas en la mano si la colonia lo necesitase.

Por su proximidad a Osuna (*Urso*) ha de aludir a su centuriación la lápida hallada en el Moralito, a media legua de Estepa, la antigua *Ostipo*, en la que se habla de una restauración y renovación de ciertos *agri decumani*. La lápida, que lleva el año consular 49 y se encabeza con el nombre del Emperador, Claudio, fué puesta por los ostiponenses ⁷.

Urso es la actual Osuna, en la provincia de Sevilla, a 84 kilómetros de la capital. Las ruinas romanas y los hallazgos de todo género son abundantes y sería superfluo enumerarlos.

1. VIVES III 96 s.

2. CIL II 5439; DESSAU 6087; J. Mallon, Los bronce de Osuna. Ensayo sobre la presentación material de la *Lex*. *AEArq.* 17, 1944, 213 ss. y, principalmente, A. D'ORS *EpigrJur.* 167 edición crítica con la bibliografía precedente.

3. Plin. III 12; Suet. *Caes.* 42.
4. VITTINGHOFF *Kolonisation* 59 nota 2.
5. *B. Hisp.* 22, 1; 26, 3; 28, 2; 41, 2; 42, 1. Ver Mommsen: *E.E.* II 119 s.; KUBITSCHER, 129.
6. Suet. *Caes.* 42, 1.
7. ...*te/rmini agror(um) decu/manor(um) restituli et/novati Q. Veranio/C. Fompelo Gallo cos./ F(aciundum) C(urarunt) O[s]tip(onenses).* *CIL.* II 1438 = DESSAU 5771. La restitución de la última línea es de HÜBNER.

EMPORIAE

No es seguro haya disfrutado el derecho de colonia. Aparte las referencias relativas a su fundación por los griegos focenses, tenemos las de Livio, Strabon y Plinio alusivas a su constitución política en época romana. La primera, la de Livio XXXIV 9, 4, refiérese a los tiempos de Cato, en el 195 antes de J. C., y nos describe una ciudad doble, dividida por una muralla de separación. Una de estas ciudades era la que habitaban los griegos oriundos de los focenses; otra la de los indígenas iberos (*Iam tunc Emporiae duo oppida erant muro divisa. Unum Graeci habebant, a Phocaea, unde et Massilienses, oriundi, alterum Hispani*) Strabon III 4, 8 viene a decir lo mismo, mencionando una *dípolis* dividida por un muro (*δίπολις δι' ἐστὶ τείχεϊ διορισμένη*). En cuanto a Plinio III 22 abunda en la misma descripción, colocándola entre los *oppida civium Romanorum* (*oppida civium Romanorum... Emporiae, geminum hoc veterum incolarum et Graecorum, qui Phocacensium fuere suboles*). En ninguna de estas autoridades se alude al carácter colonial romano de *Emporiae*. Por otra parte, las monedas conocidas de Ampurias también lo pasan en silencio. Hay una emisión que parece de mediado el siglo I antes de J. C. con leyenda (*M*)*unicipium*¹, perteneciente con muchas probabilidades de acierto a los dos *oppida civium Romanorum* de Plinio III 22. También silencian el título de colonia las acuñaciones latinas posteriores al año -45/44, insistiendo, en cambio, en su condición municipal. Estas monedas llegaron hasta comienzos del principado de Tiberio y se extinguieron en el mismo silencio. Como se ve, los documentos arqueológicos en los que era de

esperar una declaración explícita de su carácter colonial romano nada dicen y su silencio más que ser neutro apoya la opinión adversa.

Sin embargo, la condición colonial que se viene adjudicando a *Emporiae* desde el Renacimiento tiene un apoyo en cierto texto del mismo Livio quien, poco después del párrafo ya copiado dice ², que tras la victoria de César sobre los hijos de Pompeyo llevó aquél una colonia de romanos a *Emporiae* (*tertium genus Romani coloni ab divo Caesare post devictos Pompeii liberos adiecti*). El asentamiento de los colonos cesáreos (probablemente veteranos, aunque ello no consta) hubo de tener lugar, por tanto, en el -45/44, lo que hace muy improbable—dado el tiempo necesario para la nueva organización—que el derecho de municipio romano lo hubiese obtenido *Emporiae* de César como opina Vittinghoff ³ contra Grant ⁴ y Henderson ⁵ para el cual, Plinio alude a estos tres estados: 1.º, César asienta algunos colonos romanos; 2.º, los hispanos son dotados con la municipalidad; y 3.º, a este municipio se les adscriben los griegos. Concluye de ello que César creó con los romanos un *conventus civium Romanorum* y que Augusto hizo un municipio de romanos e hispanos añadiéndole después los griegos.

Tras el asentamiento cesáreo *Emporiae* hubo de convertirse de ciudad doble que era ya desde la colonización griega, en ciudad triple, compuesta—como subraya Livio—de indígenas indiketes, griegos focenses y asentados romanos de César. Estos tenían, por todas razones, el disfrute de los derechos conferidos por el título de ciudadanos romanos, pero probablemente César no quiso distinguirlos demasiado del resto de los habitantes de *Emporiae*, aún carentes de todo privilegio civil romano. César debió asentar a sus romanos horror del derecho inherente a una colonia. De este modo evitaba rivalidades y privilegios a la larga nocivos en una población mixta como lo era *Emporiae*. Pero la situación de esta triple población era, no obstante, harto complicada y confusa. Porque estos asentados romanos debían formar una especie de *Vicus civium Romanorum*, al tiempo que tanto griegos como indígenas debían de constituir sendas *oppida peregrinorum* ⁶.

Fué probablemente Augusto quien unificó estas tres poblaciones reuniéndolas en un municipio de derecho romano, según cabe deducir de Strabon III 4, 8 cuando dice que, con el tiempo, griegos e indígenas (no menciona a los romanos) formaron una sola ciudad mezclándose las leyes helenas con las bárbaras (τῷ χρόνῳ δ' εἰς ταῦτὸ πολίτευμα συνῆλθον μίκτόν τι ἔκ τε βαρβάρων καὶ Ἑλληνικῶν νομίμων, ὅπερ καὶ ἐπ' ἄλλων πολλῶν συνέβη), pero sobre todo es Livio quien se nos muestra especialmente claro al añadir, tras el párrafo antes transcrito ⁷, *nunc*—clara oposición temporal al *tunc* con que se comienza el párrafo y, por tanto, con precisa referencia a la época en que Livio escribe, es decir, la época de Augusto—(repito) *nunc in corpus unum confusi omnes, Hispanis prius, postremo Graecis in civitatem Romanam adscitis*.

Esta unificación debió de ocurrir en cualquier coyuntura histórica propicia que hoy ignoramos, pero que acaso pudiera tener alguna relación con las fundaciones augústeas del año 15 antes de J. C. a que alude Dio Casius en LIV 23 (τότε δὲ πόλεις ἐν τῇ Γαλατίᾳ καὶ ἐν τῇ Ἰβηρίᾳ συχνὰς ἀπόκτισε). En todo caso de este texto de Livio se desprende que la unificación (fuese en municipio o en colonia) acaeció bajo el principado de Augusto. Hill 12 no acepta de grado aquella doble comunidad, es decir, la coexistencia de una colonia de veteranos como las normales y un municipio aparte como en el caso de *Hispalis*.

De haber ocurrido las cosas como las hemos presentado tendríamos en *Emporiae* un ejemplo más, pero aquí claro como pocos, de que no siempre la *deductio* de soldados legionarios llevaba consigo, indefectiblemente, el disfrute de un derecho colonial por parte de los veteranos asentados. El texto de Livio, como piensa Hill 12, dice simplemente que en *Emporiae* fueron asentados unos veteranos de César, pero no que se crease una colonia.

Las monedas de hacia mediados del siglo I antes de J. C. llevan la leyenda (M)unici(pium) referible, acaso—ya lo dijimos— a los *oppida civium Romanorum* de Plinio III 22.

Emporiae es la actual ruina del golfo de Rosas, entre La Escala (al S.) y San Martín de Ampurias (al N.). Los datos de todo orden suministrados por los textos y la arqueología, no per-

miten lugar a dudas respecto a su exacta ubicación. Prescindimos, pues, de aducirlos así como de presentar la copiosa bibliografía producida sobre ellos.

1. VIVES IV 8, 1; HILL 37.
2. XXXIV 9, 4.
3. *Kolonisation* 80 nota 2.
4. *Imper.* 155.
5. 9 nota 53.
6. Vittinhoff *Kolonisation* 80 nota 2.
7. XXXIV 9.

C) COLONIAS ENTRE CESAR Y AUGUSTO

COLONIA VRBS IVLIA NOVA CARTHAGO

Este debió ser su verdadero nombre oficial según reciente rectificación en la lectura de la sigla V, que se venía leyendo *V(ictrix)*. Efectivamente, en una acuñación de tiempos de Augusto aparecen las dos primeras letras así: VR. I.N.K, lo que permite leer *Vr(bs) I(ulia) N(ova) K(arthago)*¹. El nombre *Vrbs* es frecuente en *Hispania*, como lo demuestran *Salacia Vrbs Imperatoria*², *Gades Vrbs Iulia*³, *Tarraco*⁴, *Italica*⁵, *Osca*⁶. De ello, empero, es aventurado sacar consecuencias firmes respecto a su valor y a su época. En cuanto a la sigla I se interpreta como *I(ulia)* sin reparos por parte de nadie; pero hemos de hacer constar que tal lectura no está aún comprobada. Plinio III 19 la cita simplemente como *Carthago Nova colonia*.

Su condición colonial es segura y son muchos los testimonios que tenemos de ello, principalmente lapidarios⁷ y numismáticos. Pero conviene detenerse un momento en éstos. De las monedas se deduce que la fundación se hizo por Cn. Statilius Libo a nombre de M. Aemilius Lepidus, cuyo busto figura en las monedas⁸. Lepidus fué procónsul de la *Hispania Citerior* en el 48/47 y en el 44/42 antes de J. C.⁹. Aquí, como en el caso de *Asido* y de *Celsa*, hay que preferir el segundo al primero de ambos proconsulados. La colonia debió de ser fundada, por tanto, en el año -42 o poco antes.

La suposición de que *Carthago Nova* hubiese sido una colonia titular cesárea en premio a los servicios prestados por la ciudad a la causa del Dictador ¹⁰ como *Vcubi*, *Tarracó* y otras, se basaba en la creencia de que no hubo *deduccio*; pero la serie numismática conocida ¹¹ muestra una acuñación del mismo año de la fundación -42 con enseñas militares y una Victoria alusiva al triunfo de Lepidus en el año anterior. Hubo, pues, desde el principio, un asentamiento de licenciados de Lepidus. En otra acuñación del año -32 (posterior, por tanto, a la caída de Lepidus) figuran *vexillum* y *aquila* ¹² y en otra del año -27 águila legionaria entre dos enseñas, acaso índice de un nuevo asentamiento de veteranos oriundos de las legiones licenciadas después de *Actium* ¹³. La legión o legiones de que tales licenciados procedieran las ignoramos.

La importancia de *Carthago Nova* como cabeza que fué del efímero imperio bárquida en España y la riqueza minera de sus inmediaciones, hizo que pronto afluyesen a ella muchos romanos e itálicos deseosos de crear fortuna. Así se explicaría el hecho curioso de que la ciudad, unida a Roma en confederación, adoptase para sus estatutos el modelo de la constitución romana y ello antes de la fundación de la colonia militar. Una lápida ¹⁴ nos dice que antes del año -42 tenía ya un quattuorvirato.

La distribución de tierras a la colonia de veteranos no debió de costar sacrificios grandes a la ciudad, pues aún quedaban importantes lotes de tierras estatales en esta parte antes del año -63 ¹⁵ y debieron de aumentar por la participación de algunos de sus habitantes en las luchas civiles de César y los Pompeyanos: Gnaeus Pompeius la tomó en el -47 y Sextus Pompeius volvió a ella en el -44, muerto ya el Dictador ¹⁶.

Los reyes de *Mauritania*, Iuva y Ptolemaios, fueron honrados con el duunvirato de *Carthago Nova* ¹⁷.

1. A. BELTRÁN, Acerca de los nombres de Cartagena en la Edad Antigua, *Archivo de Prehistoria Levantina*, 2, 1950, 304 ss.; Idem: *Las monedas latinas de Cartagena*, Murcia 1949, 59.

2. Plin. IV 116.

3. Plin. IV 119.

4. Ver aquí.

5. Ver aquí.

6. HILL *Notes*, lám. 27, n. 4. Véase también el texto de VARRO *Ling. Lat.* 5, 143.
7. A. BELTRÁN, Las inscripciones latinas honorarias de Cartagena. *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos.* 55, 1949, 523 ss.
8. A. BELTRÁN Las monedas etc.
9. GROAG *Prosop.* I² 59, 367.
10. VITTINGHOFF *Kolonisation* 27 n. 4.
11. Vide A. BELTRÁN *Loc. cit.* 27.
12. *Loc. cit.* 31.
13. Los signos militares en VIVES IV 28 ss. núms. 5, 7, 10, 31, 35; A. BELTRÁN Las monedas etc. núms. 12, 19, 19 a, 20; GRANT *Imperium* 215 ss.
14. *CIL* II 3408, A. BELTRÁN, Las lápidas latinas religiosas y conmemorativas de Cartagena *AEArg.* 23, 1950, 261 núm. 4.
15. *Cic. leg. agr.* II 51. Trátase de la *Lex Servilia* del año -63, propuesta por Servius Rullus e impugnada por Cicerón, quien, enumerando los repartos en proyecto, dice: *et agros in Hispania propter Carthaginem Novam et in Africa ipsam veterem Carthaginem vendit (Servius Rullus).*
16. Dio Cassius XLIII 30, 1 y XLV 10, respectivamente.
17. *CIL* II 3417; VIVES IV 15 y 24.

COLONIA VICTRIX IVLIA LEPIDA y luego
COLONIA VICTRIX IVLIA CELSA

Strabon III 4, 10 la llama *Κέλσα κατοικία* y Plinio III 24 *colonia (celsenses ex colonia)*.

Hay numerosas monedas ibéricas con el nombre de *Celsa* y latinas con *Col(onia) Vïc(trix) Iul(ia) Lep(ida)*¹ y los magistrados coloniales, *Ilviri, praefecti* y *aediles*.

Fué fundación, pues, de M. Aemilius Lepidus por lo que recibió su primer cognomen de *Lepida*. Este había sido procónsul de *Hispania Citerior* en el -48/47 y más adelante también en el 44/42². No habiendo otros paralelos Vittinghoff (*Kolonisation* 80 n.3) se inclina a creer que Lépidio la fundó en su segundo proconsulado (-44/42). Pero Hill (*loc. cit.* 79 s.) y Sutherland (128) creen más bien en el primero (-48/47). A ello arguye Grant (*Imperium* 211) que la atribución al segundo proconsulado como fecha lo más temprana posible «se halla confirmada no sólo por comparaciones numismáticas, mas también por la ausencia de otra fundación julia o de otras acuñaciones romanas adjudicables al -47. Lo uno y lo otro no ocurre sino en el -45/44».

En el año 36/35 cambió el cognomen de *Lepida* por el nomen indígena de *Celsa*³ apareciendo en sus monedas⁴ *Col(onia) V(ictrix) I(ulía) Celsa*. El cambio hubo de advenir sin duda entre Philippos (-42) y la caída de Lepidus (-35).

Celsa es la primera colonia romana segura (*Gracchurris* no lo es) del valle del Ebro y cabeza de la romanización de esta región. En tiempos de Augusto tenía ya un puente de piedra sobre el Ebro ἔχουσα γερύρας λιθίνες διάβασιν (Strab. III 4, 10)⁵

La situación de *Celsa* es—teniendo en cuenta el momento de su fundación—un tanto prematura y extraña, sobre todo por su lejanía de la costa. No habiendo sido, como parece, una fundación con propósitos estrictamente militares, como lo fué *Metellinum*, por ejemplo, cabe acariciar la idea de que en su creación hubieron de jugar algún papel importante parte, al menos, de aquellos 6.000 inmigrantes de que nos habla César *B.C.* I 51. Fué esta una «invasión» singular, pacífica, acaecida el año -49 cuando el Dictador se hallaba ocupado en *Ilerda*. El mismo César nos dice que estas gentes eran de alto rango, incluso hijos de senadores y caballeros. Penetraron por el Pirineo y bajaron por el Segre amparados en las fuerzas militares que de las Gallias entraban en España a reforzar las que ya tenía César en la Península. ¿A dónde fueron a parar estos inmigrantes? No lo sabemos. Tal vez fueron llevados a *Tarraco*, tal vez tomaran parte en la fundación de *Celsa*. ¿Fueron, acaso, dispersos por la Península?⁶

Dieciocho años después surgiría, más tierra adentro, *Caesar Augusta*, que absorbió pronto la importancia de *Celsa*, cuya vida languideció de tal modo (prueba de las débiles razones de su origen) que no la recuerda ya sino Ptolomaíos en II 6, 67. Es el mismo caso de *Metellinum* respecto a *Emerita Augusta*.

De *Celsa* nos ha quedado restos de todo orden en el campo de ruinas, aún sin excavar, esparcido por las eras de Velilla de Ebro, entre ésta y Gelsa, en la orilla izquierda del río. Gelsa es empero la que ha conservado el viejo nombre ibérico de *Celsa*. Parece ser que tuvo un teatro, al menos se ve una hondonada muy propia. Los restos que allí afloran muestran paredes con *opus reticulatum*, probablemente de tiempos de Augusto.

1. VIVES, IV 102, 105; HILL 76 ss.; GRANT *Imperium* 211 s.
2. GROAG, *Prosop.* I² 59, 367; von ROHDEN *RE* I 556 s.
3. GRANT *Imp.* 212. Para el carácter indígena del nombre *Celsa* ver CARÓ BAROJA *Historia de España* (edic. Espasa-Calpe) I III (Madrid 1954) 713 y 718.
4. VIVES, IV 105 ss.
5. La suposición de HÜBNER (*RE.* s. v. *Celsa*) de que esta noticia la pudo tomar Strabon de Poseidónios es inaceptable, pues en su tiempo ni existía la colonia ni es posible un puente de piedra de esta amplitud en un lugar desamparado. Téngase en cuenta que los puentes Fabricius y Cestius en Roma no se levantaron sino a mediados del siglo I antes de J. C. La fuente de Strabon aquí ha de ser una noticia oral recogida en Roma, como lo debieron ser muchas de sus referencias relativas a *Hispania* en la segunda mitad del siglo I. Los restos de un puente, visibles junto a Gelsa, sobre el Ebro, se atribuyen al romano, pero falta un dictamen fidedigno.
6. Cfr. mi estudio sobre este curioso caso en *AEArg.* 23, 1950, 487 ss.

D) COLONIAS DE AUGUSTO

COLONIA IVLIA GEMELLA ACCIS (o ACCI)

Plinio III 25 cita la *Colonia Accitana Gemellensis* como concurrente de *Carthago Nova* y, por tanto, como perteneciente entonces a la *Hispania Tarraconensis*. Sin embargo, en la época de su fundación era aún parte de la *Hispania Ulterior*. Dice de ella Plinio que poseía ya, desde el principio el derecho itálico¹. Ptolemaíos II 6, la llama *Ἀκκί* y la coloca entre los *bastitanos*. El *Itin. Anton.* 402, 1 y 404, 6 la cita como *Acci*. Para el apelativo *Gemellensis* cfr. *Colonia Iulia Gemina (Lámpsakos)*².

En las lápidas *CIL* II 3391, 3393, 3394, halladas en Guadix, se la llama *Colonia Iulia Gemella Accis* (sic). *Accis* parece ser posterior y préstamo tomado del latín³.

Hay monedas desde Augusto y en ellas aparece, en las siglas más explícitas, como *Col(onia) Iul(ia) Gem(ella) Acci*. Lleva también dos enseñas militares con las siglas L I II alusivas a las legiones I y II⁴. La abreviatura usada para *Gemella* es, en los casos conocidos, *Gem.* que algunos interpretaron como *Gemina*. Pero debemos de atenernos al adjetivo dado por Plinio III 25. Es llamada *Gemella* (como lo fué también *Tucci pro-*

bablemente obedeciendo a idénticas razones) por haber dado asentamiento a veteranos de las dos legiones citadas en sus monedas ⁵. Estos legionarios eran necesarios aquí sin duda para vigilar la áspera región de Guadix ⁶.

Primero formó parte de la *Ulterior*, como se ha dicho, pero, tras las reformas de Augusto (7-2 antes de J. C.), fué atribuída esta parte a la *Tarraconense*.

Su fundación como colonia se ha atribuído a César o a Octaviano ⁷ y ello por el cognomen de *Iulia* y por carecer de epíteto alusivo a Augusto; pero esta carencia no es prueba siempre de una fundación anterior a Augusto, como los testifica el caso de Pola *Pietas Iulia*, colonia cierta de Augusto aunque sin cognomen alusivo a él. Por otra parte el cognomen *Iulia* pudo ser tanto cesáreo como augústeo. Augusto lo empleó frecuentemente antes del -27. César, en lo hasta hoy conocido, no fundó colonias con dos legiones; al menos no se sabe de ningún establecimiento colonial cesáreo que lleve el apelativo de *Gemella*. Por el contrario es frecuente en las creaciones de Augusto ⁸. Empero, en nuestro caso, parece más probable fuese fundación de Lépido en el -42 y en nombre de Octaviano (2.º Triunvirato), como ya supuso Kornemann ⁹. Por su parte Vittinghoff ¹⁰ la atribuye a Augusto. *Acci* recibiría entonces el *Ius Italicum* de César y el título de *colonia* de Octaviano (Augusto?) ¹¹. En todo caso es fundación posterior a César y anterior al año -27.

Acci está firmemente identificada con la actual Guadix, cuyo nombre procede del árabe *Wadi Acci*.

1. Cfr. *Zeitschrift d. Savigny-Stiftung*, 1951, 32 ss.

2. VITTINGHOFF *Kolon.* 88 n. 1.

3. J. CARO BAROJA, *Materiales para una historia de la Lengua Vasca*, Salamanca, 1946, 185; A. TOVAR, *Estudios sobre las primitivas lenguas hispánicas*, Buenos Aires, 1949, 208.

4. VIVES 119 ss. lám. 166-7; GRANT *Imperium* 220.

5. VIVES, lám. 166.

6. ZUMPT (*Comm. Epigr.*, p. 313, cfr. 310) supuso que estos legiones eran la III y la VI, basándose en una mala lectura, pero ya GROTEFEND (*Ztschr. für Altertumswis.* 1840, 654) y luego DELGADO (*Nuevo Met.* III 6 núm. 1, cfr. lám. 86, 1) y HÜBNER (*CIL* II p. 458) deshicieron definitivamente el error.

7. Así HÜBNER *CIL* II p. 91; SUTHERLAND 128 s.
8. Cfr. VITTINGHOFF, *Kolonisation* 88 nota 1.
9. *RE* IV 528 núm. 91.
10. *Kolonisation* 107 y 149.
11. Para apoyar la hipótesis de una fundación de Lépido tengase en cuenta que éste hizo varias fundaciones más en la Península (*Celsa*, *Carthago Nova*) y que fué Procónsul de la *Hispania Citerior* en dos ocasiones: en el 48-47 y en el 44-42 (vide GROAG *Prosop.* I² 59, 367). Entre las dos fechas es preferible la segunda por la mismas razones aceptadas en los casos de *Celsa* y *Carthago Nova* (véase aquí.)

COLONIA CAESARINA AVGVSTA (?) ASIDO

Plinio III 11 la cita como *Colonia Asido quae Caesarina*. Ptolemaíos II 4, 10 como *Ἀσιδών* (sic).

En las inscripciones figura como *C(ol.) C(aesarina) A(ug.) A(sido)*¹. También sería posible leer *C(oloni) C(oloniae) A(ugustae) A(sidonís)* o *A(sidonensis)*, pero es preferible la primera por ir de acuerdo con Plinio.

Tiene monedas anteriores a la Era con leyenda púnica².

Su título de colonia sólo se conoce expreso en Plinio. En una lápida de la misma Medina Sidonia, fechable hacia fines del siglo I antes de J. C.³ se citan unos *municipes caesarini* y *IIII viri*. En otra hallada en Jerez de la Frontera, pero probablemente acarreada de Medina Sidonia⁴, se habla del *populus Mi(municipii) C(aesarini ?)*. Finalmente en otra lápida hallada en Moguerejo se cita un *ordo caesarini asidonensis*⁵. Su data—para la que Fita propuso mediados del siglo I de la Era—ha de ser más bien de fines del siglo I antes de J. C. o comienzos del I después de J. C. Hübner⁶ negó el carácter colonial de *Asido*, pese la afirmación de Plinio, pero como replicó con razón Kornemann⁷ *municipes* werden auch die Einwohner einer Colonie genannt. La misma opinión, y casi con las mismas palabras, manifestó también Sutherland⁸: as 'municips' can be used loosely to mean 'fellow townsman'. Sin embargo, Kornemann no se atrevió a afirmar el carácter colonial de *Asido* y colocó prudentemente un signo de interrogación al comienzo de la cédula. Sutherland (127) no la cuenta como *colonia*. Marchetti prescindió también de ella pero sin explicar sus razones. Mas si

la lápida *CIL* II 5407 (ya aludida) fué correctamente interpretada, la presencia en ella del título de *C(olonia)*, unido al hecho de que sea citada así por Plinio (y no hay razones bastantes para rechazar tal afirmación), nos obliga a admitir—siquiera sea provisionalmente—su carácter colonial. Así opina también Henderson⁹. Según éste *Asido* hubo de recibir el *Ius Latium* de César y ser promovida a *colonia romana* por Augusto. En tal caso la lápida *CIL* II 1315 debe llevarse a una fecha anterior a Augusto, lo que es posible dados sus caracteres epigráficos, según el propio Hübner. Por ello Vittinghoff¹⁰ adopta una opinión interpretativa suponiendo fué primero un municipio latino creación de César al que Augusto otorgó el derecho colonial después.

Queda por tratar del antes debatido problema de su ubicación. No cabe duda que es Medina Sidonia, cuyo segundo término (*Sidonia*) es derivación de *Asidonia* (ἸΑΣΙΔΩΝ en Ptol II 4, 10; *Assidone* en el *Rav.* 317, 19; *Asidonensis* en las lápidas, etcétera). Pero, según otros, su lugar preciso pudo estar en el Valle de Sidueña, que también recoge, al parecer, el antiguo nombre, cerca de Jerez de la Frontera. El problema se ha debatido desde el Renacimiento¹¹. Pero todo se conjuga hoy en favor de Medina Sidonia; aparte los argumentos de índole topográfica, toponímica, paleográfica, etc., están los arqueológicos, como son: a) la procedencia de las numerosas lápidas registradas en el *CIL*; b) la profusión de monedas de *Asido* halladas en la propia Medina Sidonia; y c) la aparición en ella de esculturas, columnas de un templo importante y de otros restos arqueológicos¹². Es, pues, evidente que *Asido* estuvo donde hoy Medina Sidonia. «Tenemos por seguro que la ciudad que debió asentarse en el Valle de Sidueña hacia el llamado Castillo de Doña Blanca; fué el *Portus Menesthei*¹³.

1. *CIL* II *Supp.* 5407.

2. *VIVES* III 42 s. lám. 90.

3. *CIL* II 1315.

4. *CIL* II 1305.

5. *F. FITA BRAH* 31, 1897, 387.

6. *CIL* II 1315.

7. *RE* IV 540 núm. 175.

8. 237 nota 30 a propósito de *Italica*, en *B.Alex.* 52, 4.
9. *Loc. cit.* 13 nota 1.
10. *Kolonisation* 104 nota 8 y 148.
11. Vide para ello C. PEMÁN, *Memoria sobre la Provincia de Cádiz*, Madrid, 1942, 34 s.
12. Las esculturas en mi libro *Esculturas romanas de España y Portugal*, Madrid, 1949, núms. 220, 221, 223, 224; véase también ROMERO DE TORRES, *Catálogo Monumental de Cádiz*, Madrid, 1934, 210 ss. y figs. 60 a 64 y 98.
13. C. PEMÁN. *Loc. cit.* 35. Para el *Portus Menesthei* ver él mismo, 34.

COLONIA NORBENSIS CAESARINA

Así en Plinio IV 117. Ptolemaíos II 5, 6 la llama, simplemente, *Νόρβα Καισάρεια* sin aludir a su *status*.

Una inscripción hallada en 1794 al derribar una parte de la muralla de Cáceres, cita en caracteres monumentales el título completo: *Col(onia) Norb(ensis) Caesarin(a)*¹, que coincide por entero con el de Plinio. En 1930, al destruirse otro trozo de muralla, surgió una nueva inscripción que confirma el título y nos da otros datos de mucho interés. La inscripción dice así: [L] *Cornelio* | *Balbo Imp(eratori)* *C(olonia) Norb(ensis) Caesa(rina)/Patrono*². Aunque hay claros en el lado izquierdo que permitirían, a mi parecer, completarla de este modo: [L.] *Cornelio* | [L. F.] *Balbo Imp.* | [C.] *Norb. Caesa.* | *Patrono*. Por ella sabemos ahora que Lucius Cornelius Balbus fué Patrono de la ciudad, ya colonia, y que este Balbus tuvo *imperium*.

Pero ¿cuál de los dos Balbos gaditanos fué el patrono? Ambos llevaron el mismo nombre³. Sólo parece pudo serlo el sobrino, Balbo el Menor, que hubo de recibir el *imperium* por sus brillantes campañas en Africa contra los garamantes del desierto líbyco, a cuyo regreso recibió en Roma los honores del triunfo en 27 de marzo del año 19 antes de J. C., el mismo año en que Augusto terminaba sus Guerras Cántabras en la Península⁴. De ser ciertas nuestras deducciones la lápida sería posterior al año 19 a. J. C., por tanto de tiempos de Augusto⁵.

El cognomen de la colonia alude sin dudas a César, por lo que sospecho debió de ser primero un campamento (acaso el

vecino *Castra Caecilia* de tiempos de Metello (Plin. IV 117) para convertirse en colonia en tiempos de César, o más bien de Augusto. Desgraciadamente la lápida en que consta el *patronatus* de L. Cornelius Balbus minor no aclara el problema por ser, como hemos dicho, posterior al -19. Sólo confirma la suposición, por todos admitida, que ya era colonia en tiempos de Augusto. Ahora bien, es coincidencia digna de tenerse en cuenta que, según parece, la hija de L. Cornelius Balbus minor, Cornelia, se casó con C. Norbanus Flaccus, cónsul en 24 a. J. C. ⁶ de cuya unión salieron C. Norbanus Flaccus, cónsul en el 15, y L. Norbanus Balbus, cónsul en el 19 de la Era ⁷, según penetrante intuición de Groag ⁸. Ello, de ser cierto, nos pondría en el camino de suponer una estrecha relación entre el *patronatus* de Balbo y el nombre de la colonia, de la que fué *patronus*, es decir, de *Norba*. Este nombre no es hispano-indígena, sino repetición del de la *Norba* del Latium. Atando todos estos datos sueltos cabría la suposición de que *Norba* = Cáceres pudiera haber sido convertida en colonia por gestiones de L. Cornelius Balbus sobre su yerno, C. Norbanus Flaccus, cuando éste ocupó el consulado en el año 24 a. J. C. Lo que, a su vez, explicaría el *patronatus* de Balbo sobre la colonia. De haber sido así la colonia hubo de ser creada en tiempos de Augusto hacia el año -24. El cognomen de *Caesarina* sería, por tanto, una alusión a su padre adoptivo César por alguna razón que ignoramos. Los *Norbani* aparecen con frecuencia en las lápidas cacerías, siendo este otro dato que abunda en favor de nuestra suposición, así como la presencia de algunos *Cornelii* y la de un *Flaccus*.

Norba ha de identificarse con la actual Cáceres, como ya probó Hübner en 1877 ⁹. El nombre de Cáceres es aún difícil de explicar. Para Hübner ¹⁰ no es derivado de *Castra Caecilia*, sino, acaso, de *Alcázar* aludiendo a los tres lugares fuertes vecinos de *Norba*, *Castra Caecilia* y *Castra Servilia*. Schulten, por su parte, propuso su derivación del árabe *Qasr* = castillo palacio ¹¹. Sin embargo, hagamos constar que M. Asín ¹² no la incluye ni siquiera entre los probables topónimos de origen árabe.

Cáceres ha dado varias inscripciones y conserva restos de

monumentos romanos. La planta de la ciudad ofrece aún la de su antigua fundación¹³.

1. CIL II 694.

2. A. FLORIANO, *Cáceres ante la Historia. Los orígenes*, 2.ª edic., Cáceres, 1931; Idem: *Guía histórico-artística de Cáceres*, 2.ª edic., 1952, 34 s. Es la primera de estas obras se lee: «El Antiguo Mercadillo ocupaba un solar situado entre dos de las torres de nuestra muralla (la del Horno y la de la Yerba)... Los obreros, después de tirar las edificaciones de la casa del corregimiento... pusieron al descubierto el basamento romano... (que) está hecho de sillares perfectamente escuadrados, puestos unos a soga y otros a tizón... De él restaban escasas hiladas y formaban el lienzo de la derecha en el que se abría un gran arco cuyas enormes dovelas se han sacado del amontonamiento de sillares hecho probablemente al construirse el muro árabe... En la esquina del muro, que debió ser apoyo del arco mencionado, apareció una piedra [la que nos ocupa] de las asentadas a tizón que estaba trabada a sus colaterales de grapas de hierro.» Dicha piedra es un prisma que mide 1 m. de largo y 0,58 de ancho y 0,40 de alto. Las letras son de 5 cm. de altura regular. Hoy figura en lugar preferente en la escalera principal del Ayuntamiento de Cáceres, que ha sabido apreciar el excepcional documento.

3. Para los Balbos, que han sido objeto de muchos estudios, remitimos al último y bien documentado, debido a L. RUBIO, *Los Balbos y el Imperio Romano*, «Anales de Historia Antigua y Medieval», Buenos Aires, 1949, 67 s. y 1950, 142 ss.

4. Strab. III 5, 3; Vell. Pat. II 51, 3; Plin. 5, 36.

5. Balbo el Mayor inició su carrera en las campañas de Metello, Mummio y Pompeyo contra Sertorio, campañas que en parte tuvieron como teatro la Lusitania. No pueden, empero, traerse aquí a colación por ser entonces Balbo un muchacho, casi un adolescente. Es más, la ciudadanía romana sólo se le confirió con otros varios españoles el año -72. Tampoco es aducible su *praefectura fabrum* con César al que acompañó también por la Lusitania, en el año 61. Sus actividades posteriores al lado de César le llevaron más bien por caminos políticos. Balbo el Mayor no nos ofrece, pues—en su historia conocida al menos—ninguna coyuntura para pensar le fuera otorgado el *imperium*. El hecho de haber sido patrono de su ciudad natal, Gades (CIL X 3854), aunque sea un caso similar al de *Norba*, no da pie a atribuirle también el *patronatus* de que habla la lápida. En cambio, su sobrino Balbo el Menor hizo una carrera militar destacada, primero con César en el *Illyricum* (-48), *Alexandria* y *Syria* (-47) y *España* (-45); luego como *quaestor* de Asinius Pollio en *Hispania Ulterior* (-43) y, después, como *propraetor* de Octavianus en *Hispania* (¿*Ulterior*?) entre el 40 y el 38, para coronar su carrera militar con el cargo de procónsul de *Africa* entre el -21 y el -19, período en que llevó a término de un modo genial la campaña con-

tra los garamantes líbycos que le valió la destacada distinción de ser el primer general no romano al que se le concedió el derecho a triunfar en la propia Roma (Plin. 5, 36). Hubo de ser entonces cuando recibió el *imperium* de que habla la lápida de Cáceres, único documento hasta ahora que lo acreditaría.

6. Cfr. *CIL* V 3575.

7. *CIL* VI 16357.

8. *Prosop.* 2.^a edic. s. v.

9. E. HÜBNER, *Situación de la antigua Norba*, *BRAH*, I, 1877, 88 ss.

10. *CIL* II p. 81.

11. *RE* s. v.

12. *Toponimia árabe en España*, 2.^a edic. Madrid-Granada, 1944.

13. J. R. MÉLIDA, *Catálogo Monumental de Cáceres*, 55 ss.

COLONIA AVGVSTA FIRMA ASTIGI

Plinio III 12 la cita como *Astigitana Colonia cognomine Augusta Firma*. 'Αστῖτις en Strabon III 2, 2 y 'Αστῖτις en Ptolemaíos II 3, 14. Fué cabeza del *Conventus Iuridicus* de su nombre, en la *Baetica*, según Plinio (loc. cit.).

En lápida hallada en Ecija¹ se lee *Col. Aug. Fir.*, así como en otra hallada en Cabra². Si su tribu fué la *Papiria*³ no está claro.

Hubo otra *Astigi* apellidada la Vieja (*Astigi Vetus*), citada también por Plinio en el mismo lugar como *oppidum liberum*; pero su emplazamiento no se conoce con precisión. Hübner⁴ supuso que pudo ser la antigua ciudad indígena junto a la cual se estableció una colonia militar. La hipótesis es obvia en su primera suposición; pero, como el mismo Hübner argüía, el carácter militar de la colonia astigitana no está atestiguado. Sutherland, 147, cree que tanto *Astigi* como *Tucci* fueron colonias semimilitares en su origen para convertirse luego en centros puramente civiles. Pero no dice en qué apoya esta suposición, al menos para *Astigi*, ya que para *Tucci* el cognomen *Gemella*⁵ autoriza, en efecto, a suponerle un origen militar.

Astigi es evidentemente una creación augústea.

Es la actual Ecija, cuyo nombre antiguo conserva a través del árabe *Éstidza*⁶. Ha dado multitud de testimonios arqueológicos siempre de importancia⁷.

1. CIL II 1471.
2. CIL II 1630.
3. CIL II 1476, 1477, 1478 y 1510.
4. RE s. v. Astigi.
5. Cfr. aquí su cédula.
6. AMADO ALONSO, *Publications of the Modern Language Association of America*, 62, 1947, 325 ss.
7. Vide F. COLLANTES DE TERÁN, Artículo *Ecija*, en el *Catálogo Arqueológico y Artístico de la Provincia de Sevilla*, III (Sevilla, 1951), 66 ss., y mi recensión en *AEArq.* 25, 1952, 392 ss.

COLONIA FAVENTINA IULIA
AVGVSTA PAT(erna?) BARCINO

Plinio en III 22 la cita como *Colonia Barcino cognomine Faventia*, que parece ser el más antiguo y propio, pues las formas de su nombre son variadísimas, ya que, junto a *Barcino*, se encuentran también en la Antigüedad los de *Barcenone*¹, *Barcinona*², *Barcilonum sedes*³, *Barcilona*⁴, *Barcelona*⁵, *Colonia Barcino*⁶, *Βαρκινόν*⁷. Es sumamente extraña esta variedad de formas en los escritores⁸, así como la abundancia de epítetos.

El cognomen *Faventia* debía figurar ya en la forma de que se valió Plinio. Es, en todo caso, el de testimonio más antiguo. Ha de datar, probablemente, del reinado de Augusto⁹. El apellido *Iulia* se halla confirmado en una lápida, recientemente hallada, de suma importancia para estos problemas, como veremos a continuación (fig. 7). *Augusta* está aún por documentar, pero parece indudable, dada la historia de la colonia y la interpretación normal de la sigla. En cuanto al cognomen *P(ia)* con que se viene desarrollando la P frecuente en las inscripciones, hay ahora nuevos elementos de juicio que permiten negar tal desarrollo y preferir o bien *Patricia* o bien *Paterna*, con más probabilidades de acierto la segunda que la primera. Efectivamente, en la lápida antes aludida figura una dedicatoria hecha en el 215 por la ciudad en honor de Caracalla. En ella la colonia aparece designada así (fig. 7). *Col(onia) Iul(ia) Fl[av(entia)] Pat(erna o -ricia) B[arc(ino)]*¹⁰. Es lástima que este importante testimonio no solucione todas las dudas. Así

extraña no aparezca el cognomen *Augusta* y que los cognomines vayan en una secuencia que no es la acostumbrada. Pero queda claro que *Iulia* era lectura correcta y que *Pia* no lo era, siendo preferible, a la luz de esta lápida, la interpretación *Paterna* o, en último caso, *Patricia*.

Los cognomines *Iulia Augusta* le vienen de su fundador, Augusto, al cual nos lleva también la tribu *Galeria*, a la que fueron adscritos sus ciudadanos¹¹. Para *Faventia* no hallo explicación, ni sé formular una hipótesis. Sólo aduciré que el *CIL* 4125 cita una ciudad *Valeria Faventina* que sospecho fuera la de los *Valerienses* de Plin. III 25 acaso próxima a *Saetabis* (Játiva) deducible del lugar de la cita pliniana.

En tiempo julio-claudios era aún una ciudad pequeña. *Parua oppidum* la llama Mela en II 90, que, por cierto, calla su condición colonial. Probablemente desde Trajano fué creciendo en importancia, acaso a expensas de *Tarraco*. Debió de recibir privilegios y honores del brazo derecho del *Optimus Princeps*, de Licio Licinio Sura, tan frecuentemente citado en las inscripciones de la región¹². Tuvo *immunitas*¹³, quizá de César. A ella alude también, sin duda, cierta inscripción que cita un *adlectus a Barc(inonensibus) inter immunes*¹⁴.

Es Barcelona, con abundancia de testimonios de todo orden y época que sería superfluo aducir¹⁵.

1. *ItinAnt.* 390, 5; 398, 3.

2. *OROS.* VII 43, 8.

3. *AVIENUS OM* 520. Es la forma plural *Barcilones* de un singular *Barcilo*.

4. *OROS.* I 2, 104.

5. *Rav.* 303, 7.

6. *Idem* 341, 15.

7. *PTOL.* II 6, 18.

8. HÜBNER, *RE* s. v.

9. Cfr. en el mismo sentido VITTINGHOFF: *Kolonisation*, 77 y 78, nota 2.

10. S. MARINER BIGORRA, Nuevas inscripciones latinas de España, *AEArq.* 28, 1955, 219 s. núm. 19. Posteriormente el mismo: Colonia *faventia iulia augusta patricia* (?) *Barcino*, *Emerita*, 25, 1957, 149, ss. y. Nota sobre el cuarto cognomen de *Barcino*, *ibidem*, 499 ss. En este último renuncia a su anterior proposición (*Patricia*) y se resuelve por *Paterna*, por ser epíteto también de otras dos colonias veci-

nas, las de *Narbo* y *Arelas*, y porque la abreviatura es PAT y no PATR, que parecería la más lógica de serlo de *Patricia*. Es de añadir a la lectura del señor MARINER que la inicial de *Faventia* está clara en la lápida, donde se ve perfectamente el trazo vertical; su transcripción, pues, ha de ser *F[av(entia)]* y no [*Fav(entia)*]. No hay, por tanto, lugar a sospechar hubiese *Augusta* en lugar de *Faventia*.

11. CIL II p. 599.

12. Vide GROAG, s. v. *Licinius Sura*, en la RE.

13. Dig. 50, 15, 8.

14. CIL II 4514.

15. Cfr. BALIL, *Las murallas bajoimperiales de Barcino* (Anejos de AEArc. III), Madrid 1960, passim.

COLONIA CAESAR AVGVSTA

Plinio III 24 *Caesaraugusta colonia immunis, amne Hiberno adjusa, ubi oppidum antea vocabatur Salduba, regionis Edetanicae*. Según el mismo testimonio era cabeza del *Conventus Iuridicus* de su nombre. Fue *colonia immunis* según el texto acabado de citar.

Los testimonios epigráficos relativos a su *status* colonial son abundantes y sería ocioso aducirlos. La llaman simplemente *Colonia Caesaragustana*¹ o *Colonia Caesar Augusta*².

Las monedas augústeas presentan *vexillum* de la *Legio IIII* y *signa* de las *Legiones VI* y *X*³.

Es fundación de Augusto hacia el año 19 antes de J. C. con veteranos de las legiones *IIII Macedonica*, *VI Victrix* y *X Gemina* (monedas antes aludidas) que habían tomado parte en las guerras cántabras, quizá aún en curso cuando la fundación, pues la fecha de ésta no es del todo segura. Hay quien piensa en el año -24, es decir, al año siguiente de la fundación de *Emerita Augusta*. Grant (217) se inclina más bien⁴ al año -19, mientras Ritterling⁵ prefiere los años 15/14 antes de la Era, incluyéndola entre las colonias aludidas por Dio Cassio en 54, 23. Las monedas más antiguas⁶ podrían ser del -23, pero Mattingly⁷ las data en el 20-16. Las primeras fechadas con seguridad no son sino del -12. Lo más probable es que la *deductio* se llevase a cabo tras el final de las guerras, es decir, luego

del -19. Grant ⁸ sugiere que el *deductor* hubo de ser acaso el mismo Augusto, siendo Agrippa el *adsignator* que nombró los dos primeros *IIviri* Q. Lutatius y M. Fabius. La colonia deducida fué asentada en una ciudad indígena preexistente llamada *Salduba*, según hemos visto ya en el texto de Plinio antes transcrito ⁹.

Es la actual Zaragoza, cuyo perímetro murado romano tardío se ha conservado en buena parte. Ha dado multitud de testimonios de todo orden, como monedas, estatuas, mosaicos, cerámica, restos de viviendas, etc., etc. Los árabes la llamaron *Saragusta*, de donde el español antiguo *Çaragoça*.

1. *CIL* II 4249.
2. *Ibidem*, 4976, 4
3. VIVES IV 71 ss. láms. 147 ss.; HILL 90 y 95; GRANT 217 ss.; GIL FARRES, La ceca de la Colonia Caesarea Augusta *Ampurias*. 13, 1951, 65 ss.; A. BELTRÁN, Las monedas antiguas de Zaragoza *Númismata* 6, 1956, 9 ss.
4. Siguiendo a HÜBNER, *RE* III col. 1287.
5. *RE*, art. *Legio* 1240.
6. VIVES, *Loc. laud.*
7. *Imp. Coin.* I 57.
8. *Loc. cit.*
9. Ver HILL, 86; *turma salluitana*.

COLONIA AVGVSTA EMERITA

Strabon III 2, 15 ya la cita como colonia, juntamente con *Pax Augusta* y *Caesar Augusta*; Mela II 88 se limita a calificarla de *clarissima*. Plinio, en fin, ya la cita con su nombre oficial completo: *Colonia Augusta Emerita* como cabeza del *Conuentus* de su nombre (Plin. IV 117). Después las referencias abundan, pero sin añadir—salvo las que luego presentaremos—nada nuevo a nuestro propósito; sería pues ocioso seguir registrándolas.

Sobre las inscripciones cabe decir la mismo. Son abundantísimas y frecuentes las alusiones a su *status* colonial. Además de las ya registradas en el *CIL* II, recordemos entre las más recientes e importantes para nuestro cometido la *tessera* de

hospitalidad del año 6 de la Era entre *Emerita Augusta* y *Vgia* recientemente hallada ¹; en ella aparecen los *coloni Coloniae Augustae Emeritae*. Importante es también la inscripción mitraica datada por el año de la fundación de la colonia ² (*Anno Coloniae CLXXX = 155* de la Era) y por ser una de las últimas menciones, registremos también la de Prudencio, que hacia fines del siglo IV la llama aún *clara colonia* ³.

En cuanto a las acuñaciones presentan muchas de ellas el título de *colonia* y el nombre de la ciudad con el del *legatus Augusti* P. Carisius y dos insignias de las legiones V (*Alaudae*) y X (*Gemina*) ⁴.

Aparte de los testimonios que anteceden tenemos valiosas referencias textuales sobre su fundación. Dio Cassius 53, 25, 8; idem 26, 1; y S. Isidorus *Etym.* 15, 1, 69, son las fuentes principales. Añádanse los importantes textos referentes a la centuriación, uno el de Frontinus, *De Controversiis agrorum* II 51 de la edic. de Lachmann ⁵ y otro el de Hyginus, *De limitibus constituendis* I 171 de la misma edic. y pág. 135 s. de la edic. Thulin, Teubner (1913). Sobre el refuerzo de nuevos asentados Frontinus, *ut supra* II pág. 52, edic. Lachmann. Para la colonización del año 69, el texto de Tácito I 78. Luego volveremos despacio sobre estos textos. Del disfrute por parte de *Emerita* del *Ius Italicum* nos informa el *Dig.* 50, 15, 8. Sobre su pertenencia al territorio de los *vettones* ver Prudentius, *Peristeph.* III 186 ⁶. Recuérdese, además, el valioso texto de Ausonius, que canta a *Emerita* en noveno lugar y la superpone a sus coterráneas *Corduba*, *Tarraco* y *Bracara Augusta* ⁷.

Vayamos ahora a los textos históricos. P. Carisius ⁸ como *Legatus Augusti* y, después de la primera fase de las guerras cantábricas, que terminó con la toma de *Lancia* ⁹, cercana al lugar donde un siglo después había de tener su campamento permanente la *Legio VII*, recibe el mandato de fundar la colonia *Augusta Emerita* para asentar en ella a los licenciados o *emeriti* (de aquí su nombre) de las guerras ¹⁰.

La primera *deductio* se hizo, pues, en el año -25 con veteranos de las legiones V (*Alaudae*) y X (*Gemina*); los llamados *veterani quintani et decimani*. Hubo sin duda campamentos de ambas legiones, como se saca de las enseñas que figuran en las

monedas. Pero de la extensión que ocuparon las tierras repartidas tenemos dos hitos. Uno en el *terminus Augustalis*, expresamente fechado en tiempos de Domiciano, hallado en Valdecaballeros¹¹. Por este importante documento sabemos que era allí, a unos 120 kilómetros de distancia al Este de *Emerita Augusta* en línea recta, donde confinaban ciertas tierras de la colonia *Vcubi* [*Colonia Claritas Iulia Vcubitanorum*, según la inscripción) y las de los *Augustani Emeritenses* (como dice la lápida, según la lectura de Hübner, sobre la cual volveremos pronto). Ha de saberse que *Ucubi* (actualmente Espejo, en la Prov. de Córdoba) dista a su vez de Valdecaballeros nada menos que unos 185 kilómetros en línea recta. Las distancias son demasiado grandes para admitir una continuidad de tierras coloniales, aunque sepamos—ahora lo veremos—que las asignaciones de *Emerita Augusta* fueron verdaderamente extraordinarias. La razón fundamental, sin embargo, no está en esto, sino en la interposición, entre estos puntos, de otros territorios coloniales concretamente los de *Corduba* (al NO. de *Ucubi*) y *Metellinum* (al E. de *Emerita*), interposición que fuerza a pensar en posesiones discontinuas tanto por parte de *Ucubi* como de *Emerita*. Es decir, de enclaves territoriales. En este sentido estoy mucho más de acuerdo con la lectura propuesta por Mommsen a la lápida en cuestión que con la que da Hübner en el *CIL*. Así, yo leería. *Imp. Domiti / ano*
Caes. Aug. / divi Aug. Vesp. F / Augustalis te / rminus c(olono-
rum) C(oloniae) C(laritatis) Iul(iae) / Ucubitanor(um) in ter
(ritorio) Aug(ustae) Emer(itae), en lugar de *inter Aug(ustanos) Emer(itenses)*, que leyó Hübner, aunque hemos de reconocer que la fórmula corriente era *inter*¹².

El segundo hito es el de Montemolín, al Sur de la Provincia de Badajoz. La inscripción¹³ dice así: *Termin(us)*
Aug(ustalis) pra(torum) / Col(oniae) Aug(ustae) Emeritae. No precisa con qué territorio confinaba, pero lo probable es que estuviera ya dentro de la actual Provincia de Sevilla, cuyo límite con la de Badajoz debe de correr, en parte al menos, por la misma línea en que terminaban los prados de la colonia emeritense. Ahora bien, Montemolín está a unos 120 kms. de Mérida, y entre una y otra se intercalaban en la Antigüedad varias

poblaciones que, de cierto, pertenecían a la *Baetica* ¹⁴. Los *prata* de la colonia emeritense debían de constituir, pues, un enclave similar al que vimos tenían los ucubitano, aunque los casos no son del todo idénticos. En el de Valdecaballeros los territorios interpuestos son de colonias *ciuium Romanorum*; en el de Montemolín son de simples *oppida*. Es evidente que en las asignaciones de tierras coloniales no siempre se tuvo en cuenta la continuidad de los terrenos, lo que es explicable, pues los deductores habrían de ceñirse ante todo al *ager publicus* disponible.

Esto lleva a tratar ahora de las asignaciones territoriales emeritenses. Son dos las fuentes principales conocidas: Frontinus e Hyginus, a las que puede añadirse una tercera, la de Urbicus que parece depender del primero.

Por Frontinus el gromático, que vivió en la época de Domiciano, sabemos que las tierras sorteadas corrían en *Emerita Augusta* a ambos lados del Guadiana, el cual pasaba por medio de la colonia. El *ager publicus* emeritense debía de ser muy extenso, pues, a juzgar por las palabras de Frontinus, en la primera repartición no se distribuyó más que lo preciso, quedando para una segunda y aun para una tercera asignación, tras las cuales todavía sobraron terrenos. A los veteranos se les llevó a las tierras limítrofes asentando muy pocos de ellos cerca del río y de la colonia ¹⁵ sin duda, como ya insinuamos, por el carácter militar de estas fundaciones. En *Emerita* había, pues, tierra abundante. La misma amplitud territorial se desprende de la referencia de Hyginus. Según este agrimensor, coetáneo del anterior, se solían dar a cada centuria 50 a 200 yugadas de tierra, en proporción a la amplitud de *ager publicus* entregado a la colonia. En algún caso excepcional como en *Cremona*, añade, se llegó a repartir 210 yugadas por centuria, pero en *Emerita Augusta* se repartieron a tenor de 400, teniendo los límites *decimani* 40 *actus* de largo y 20 los *kardines*. En *Emerita*, añade, los límites *decimani* caían al oriente ¹⁶. Como un *iugerum* mide dos *actus* y un *actus* tiene 120 pies en cuadró, cada centuria comprendía, en medidas actuales más de 100 hectáreas.

Aunque no sea posible fijar con precisión los límites de este

territorio colonial sí es hacedero formarse una idea aproximada de su enorme extensión. Para ello tenemos los dos hitos antes citados, el de Valdecaballeros y el Montemolín, que distan entre sí en línea recta unos 175 km. A estos datos se añaden los suministrados por Hyginus, quien, tras el texto acabado de copiar, nos dice que el *ager* de *Emerita* tenía como adjuntas tres *praefecturas* más, la de *Turgalium* (actual Trujillo, en la provincia de Cáceres), la de *Mullica* (no identificada) y otra tercera a la que alude pero no nombra. En ellas los *límites decimani* tenían de longitud 20 *actus* y los *kardines* 40, es decir, a la inversa que en *Emerita*¹⁷. Si medimos la distancia entre *Turgalium* (= Trujillo)—el territorio emeritense más septentrional conocido (más que el de Valdecaballeros)—y el de los prados de la región de Montemolín—el más meridional—, tenemos una distancia en línea recta de cerca de 200 km., es decir, más de lo que es el eje N.-S de la provincia de Badajoz y lo mismo que el eje E.-O. Badajoz es la más grande de las provincias de España (22.000 km²). No es extraño, pues, que Frontinus, en otro lugar, pondere la gran extensión del territorio emeritense¹⁸. Parte de este enorme territorio estaba dedicado a bosques y prados públicos, como bienes comunales (*loca publica*), siendo factible que el colono enajenara sus derechos¹⁹. El territorio de Montemolín estaba dedicado a pastos (*terminus pratorum*). Las partes más montuosas, como las Sierras de San Pedro, Montánchez, Guadalupe y del Pedroso, debían en parte de ser bosques. De uno de ellos tenemos noticia por los gromáticos, el llamado *lucus Feroniae*, de cuya situación exacta nada sabemos, pero sí de su extensión, pues medía mil yugadas²⁰, es decir, más de 2.500 km². Debieron de surgir algunos problemas de reparto, como el que narra Frontinus relativo a las orillas de Anas, que no se repartieron por ser públicas²¹.

Augusta Emerita nació como colonia militar y sin duda alguna con el propósito de reforzar la defensa de esta parte de la *Lusitania*, en la que ya había fundado César poco antes las colonias-presidios de *Pax Iulia*, *Norba Caesarina* y *Scalabis* (*Praesidium Iulium*). En el año 69, durante el breve imperium de Othon, fueron llevadas a *Augusta Emerita* y a *Hispalis* algunas familias nobles que reforzaron la sangre latina de estas colo-

nias²². Esta debió de ser una tercera colonización si suponemos que la primera y segunda se hicieron con veteranos de la *Legio V Alaudae* y *X Gemina*²³.

Emerita Augusta es la actual Mérida con toda serie de testimonios probatorios. La forma actual de Mérida se halla ya preludiada en la Antigüedad en el *Raven.* 314, 5, 11 y 19; 316, 2; 319, 16 donde se lee *Augusta Merita*.

1. A. D'ORS, *EpigrJur.* 370, 18.
2. Ver mi libro *Esculturas romanas de España y Portugal*, núm. 66, lám. 61.
3. *Peristeph.* III 186.
4. A. VIVES, IV 63, 23 ss.; M. GRANT, *Imperium* 221; A. GIL FARRÉS, La cerca de la Colonia Augusta Emerita, *AEArq.* 19, 1946, 209 ss.
5. *Schriften der römischen Feldmesser*, Berlín, 1848.
6. Pero sepase que Strabon, *loc. cit.* la colocó entre los *turdulos* y que Hyginus la situó en la *Baeturia*.
7. *Aus. Ordo nob. Urbium* 8. Me inclino más por *Emerita* que por *Hispalis* (cod. P.).
8. En Dio Cass. se la cita con el praenomen Titus, lo que es error evidente. Cfr. CROAG: *Prosop.* 2, C. 422.
9. Καὶ Τίτος μετὰ ταῦτα Καρίσιος τὴν τε Λαγκίαν τὸ μέγιστον τῶν Ἀστέρων πόλιμα ἐκλειψθέν. Dio Cass. 53, 25, 8. Para la data de la toma de *Lancia* ver SYME, *The Spanish war of Augustus* (26-25 B. C.), «*Amer. Jour. Philol.*», 55, 1934, 307 s.
10. Πανσαμένου δὲ τοῦ πολέμου τούτου ὁ Αὐγούστος τοὺς μὲν ἀφηλικεστέρους τῶν στρατιωτῶν ἀφῆκε, καὶ πόλιν αὐτοῖς ἐν Λουσιτανίᾳ τὴν Αὐγούσταν Ἡμέριταν καλουμένην κτίσαι ἔδωκε. Dio Cassius 53, 26, 1; Cfr. Isid. *Etym.* 15, 1, 69: *Emeritam Caesar Augustus aedificavit postquam Lusitaniam et quasdam Oceani insulas cepit, dans ei nomen ab eo, quod ibi milites veteranos constituisset; nam emeriti dicuntur veterani solutique militia.* El texto parece tomado de Livio, de parte no llegada a nosotros.
11. *CIL* II 656.
12. Así en los dos de la *Legio IIII Macedonica* (ver mi trabajo en *AEArq.* 29, 1956, 184 ss.) o en los de la *Cohors IIII Gallorum* (que tengo en estudio) y tantos otros que sería ocioso citar.
13. F. FITA, *BR* II 72, 1918, 152 ss.
14. Formaban una comarca llamada *Baeturia*, Plin. III 13 y 14. No todas las ciudades citadas por Plinio en III 14 estaban interpuestas, como parece deducirse del comentario de E. ALBERTINI, *Les divisions administratives de l'Espagne Romaine*, París, 1923, 40, n. 3.
15. FRONT. *De contr. agr.* Edic. Lachmann, 51. *Scio in Lusitania, finibus Emeritensium, non exiguam [exiguam?] per mediam coloniae perticam ire flumen Anam, circa quod agri sunt adsignati, qua usque*

tunc solum utile visum est. Propter magnitudinem enim agrorum veteranos circa extremum fere finem velut terminos disposuit, paucissimos circa coloniam et circa flumen Anam: reliquum ita remanserat, ut postea repleretur. Nihilominus et secunda et tertia postea facta est assignatio: nec tamen agrorum modus divisione vinci potuit, sed superfuit inassignatus.

16. HYGINUS: *De lim. const.* Edic. Lachmann, 170: Modum autem centuriis quidam secundum agri amplitudinem dederunt; in Italia triumviri iugerum quinquagenum, aliubi ducenum; Cremonae iug. CCX; divus Augustus in Beturia Emeritae iug. CCCC; quibus divisionibus decimani habent longitudinis actus XL, kardines actus XX, decimanus et in orientem.

17. In Emeritensium finibus aliquae sunt praefecturae, quarum decimani seque in orientem diriguntur, kardines in meridianum: sed in praefecturis Mullicensis et Turgaliensis regionis decimani habent actus XX, kardines actus XL. Nam et in alia praefectura aliter conversi sunt limites, ut habeant in aeris inscriptionibus inter limitem novum et veterem iugera forte CXX: haec sunt alterius partis subsiciva. Las praefecturae se llamaban así por ser tierras administradas por un praefectus.

18. ... multis enim locis adsignationi agrorum inmanitas superfuit, sicut in Lusitania finibus Augustorum Front. l. c. Augustorum, como en otros lugares Augustinorum, es un modo de mencionar a los colonos de Augusta Emerita.

19. Sunt autem loca publica haec, quae inscribuntur ut silvae et pascua publica Augustinorum. Haec videntur nominibus data; quae etiam vendere possunt. Front. ut supra.

20. El texto se halla en un agrimensor desconocido, un tal Agennius Urbicus, que parece vivió hacia el siglo IV-V y tomó mucho de sus precursores los gromáticos clásicos, principalmente de Frontinus. Dice así: ... ad lucum Feroniae Augustinorum iugera mille. Agenn. Urb. Edic. Thulin, Leipzig, Teubner, 1913, p. 37, at si in eodem loco velim eadem mille iugera aliis lineamentis describere, convenient quidem mille iugera, et ad lucum Feroniae esse conveniet, sed specie disconveniente inter peritos manifeste falsum apparebit. Agenn. Urb. ut supra, p. 38. El bosque sería sagrado y probablemente se rindió culto en él a una deidad de nombre Feronia, acaso la etrusca, acaso una deidad indígena a ella asimilada.

21. ... sed superfuit inassignatus. In his agris cum subsiciva requirerentur, impetraverunt possessores a praeside provinciae eius, ut aliquam latitudinem Anae flumini daret. Quoniam subsiciva quae quis occupaverat redimere cogebatur, iniquum iudicatum est, ut quisquam amnem publicum emeret aut sterilia quae alluebat; modus itaque flumini est constitutus. Front. ut supra. Edic. Lachmann 51. Restos de centuriación he visto algunos en la parte de Orellana la Vieja y Villanue-

va de la Serena. Pero necesitan un estudio detenido que tengo entre manos. Creo podré hallar otros testimonios más.

22. TAC. *Hist.* I 78: *eadem largitione civitatum quoque ac provinciarum animos adgressus Hispalensibus et Emeritensibus familiarum adiectiones Lusonibus universis civitatem Romanam, Provinciae Baeticae Maurorum civitates dono dedit.* Se ha hecho la «emendatio» propuesta por Lipsius sustituyendo *Lingonibus* por *Lusonibus*; ver a este respecto SUTHERLAND, 180, y sus notas, cfr. también CIL II 489.

23. McELDERRY: *Reconst. Sp.*, 81, supone una nueva colonización en tiempos de los Flavios con elementos de la *Legio VII Gemina*, pero no sabemos en qué se pudo fundar para sostener esta opinión, pues CIL II 490-1 no es bastante. En cuanto a su creencia de que los asentados por Otho eran probablemente veteranos de la *VI Victrix*, está en contradicción con el texto de Tácito arriba transcrito.

COLONIA IVLIA ILICI AVGVSTA

Plinio III 19 la llama *colonia immunis Ilici*, y la sitúa *unde Ilicitanus sinus*.

De las acuñaciones pudiera deducirse que fué fundación de Lepidus en el -42, pero ello no es claro. En tiempos de Augusto hubo de haber una *deductio* de veteranos a juzgar por las insignias militares (*vexilla, aquilae, signa*), presentes en las monedas sólo a partir de sus acuñaciones¹, pero no sabemos qué legiones pudieron ser, pues si se escribieron en las monedas, la lectura es imposible hasta ahora.

Ilici no acuñó moneda antes de Octaviano-Augusto. Las moneda más antiguas; aunque con el nombre de unos *Iiviri*, carecen del nombre de la ciudad y, por supuesto, de su condición colonial expresa. A partir de Augusto aparece ya en siglas el nombre de la colonia y su carácter de tal. Su nombre pudo ser primero *C(oloni?) C(oloniae?) Il(icis) A(ugustae)* y luego ya con más precisión, *C(olonia) I(ulia), Il(ici) A(ugusta)*². La lectura *C(olonia) I(mmunis) Il(ici)*, basada en el texto de Plinio, ha de ser rechazada y la de *C(olonia) C(aesarea o Caesarina) Il(ici)* es sumamente improbable.

Aunque Beltrán pretende que *Ilici* sea colonia cesárea no hay realmente seguridad. Su título colonial es evidente y claro sólo a partir de Augusto, tiempo en el que debió de recibir los veteranos a que aluden sus monedas y a partir del cual consta

ya el título de colonia. Su cognomen dice también con claridad que es obra de Augusto. Vittinghoff³, aunque sin argumentar su aserto (sin duda por obvio), la tiene también por colonia augústea.

Es Elche, pero no la actual, sino La Alcudia, con abundantes restos romanos de todo orden .

1. Monedas de Augusto y Tiberio, VIVES IV 41, 1-3, 9, 11 lám. 133, 1-3, 6, 8, 12; Pío BELTRÁN, *Las primeras monedas latinas de Ilici*, Publicación I del Museo Arq. de Cartagena, Cartagena, 1945, 1 ss.; GRANT, *Imperium* 215.

2. VIVES IV 41 ss.; BELTRÁN, *ut supra*; GRANT *Imp.* 213 ss., 215.

3. *Kolonisation*, 107, 149.

4. Que no es la *Ἐλική* de Diódoros 25, 10, 3, creo haberlo probado en *Fenicios y Carthaginienses*, Madrid, 1942, 63 y 316, y *La Dama de Elche*, Madrid, 1943, 1.

IVLIA TRADVCTA o IVLIA IOZA

Strabon III 1, 8 dice que *Tingis*, la actual Tánger, tuvo por vecina la ciudad de *Zelis*, donde hoy Arcila, y que los romanos trasladaron a los habitantes de ésta a la otra orilla del estrecho con parte de la población de *Tingis* y otros colonos ciudadanos romanos. La nueva fundación del estrecho la llamaron *Iulia Iotza*, añade el geógrafo.

Por su parte, Plinio dice en V 2 que *Tingis* fué llamada *Traducta Iulia* por Claudio cuando este emperador la convirtió en colonia.

Ambos textos son incompatibles y la arqueología se inclina por el de Strabon más que por el de Plinio. Las monedas nos dan estas dos leyendas: IVL. TRAD o IVLIA TRAD¹. Esta *Iulia Traducta* es la misma que vemos en Ptolemaíos II 4, 6 como *Τρανσδοῦκτα* o en el *Ravennate* 305, 11; 344, 6 como *Transducta* y en Markianós II 9 como *Τρανσδοῦκτα*.

El cognomen de *Traducta* o *Transducta* alude al hecho narrado por Strabon, es decir, al traslado de las poblaciones de *Zelis* y *Tingis*. Por otra parte, el nombre de *Iulia Iotza* significa lo mismo, ya que *Iotza* vale en púnico lo que *Traducta* en latín. Los estudios paleogeográficos sitúan a esta *Iulia Iotza*

o *Iulia Traducta* en la costa española del Estrecho, concretamente en la actual Tarifa. Pero hay una nueva complicación y es que en este mismo lugar cita Mela II 96 la ciudad de *Tingentera* que evoca a Tingis, parte de cuya población fué trasladada a la costa española del estrecho juntamente con los habitantes de *Zelis*. *Tingentera* podría proceder de *Tingis altera*. Tánger, pues, no pudo llevar el nombre de *Iulia Traducta* como quiso Plinio, y así lo demuestra también el hecho de que, por ser fundación de Claudio, no le conviene el cognomen de *Iulia*, propio sólo de César o Augusto.

De los datos conocidos se deduce, pues, que *Iulia Iotza* y *Iulia Traducta* o *Transducta* son una misma ciudad, a la cual también se le llamaba *Tingentera*; que su situación era la de la actual Tarifa; que esta fundación se hizo con elementos de *Zelis* (llamada también *Zilis* o *Zulil*) colonia de veteranos (*Iulia Constantia Zulil*), fundada entre el 33 y el 25 antes de J. C.² y de *Tingis*, entonces un *municipium*, más un número de ciudadanos romanos. El trasplante de todos estos elementos y la fundación de *Iulia Traducta* debió acaecer en todo caso antes del -27, como aconseja el epíteto de *Iulia*. *Iulia Traducta* sería colonia por Augusto.

Se ha dudado de su condición colonial, pero no pudo ser otra, ya que las gentes trasladadas eran colonos romanos.

1. VIVES IV 114 ss.

2. VITTINGHOFF, *Kolonisation*, 105, 1.

COLONIA LIBISOSA FORVM AVGVSTANA

La cita como tal Plinio III 25: *Libisosa cognomine Foro-augustana*. Según el mismo (loc. cit.) tuvo derecho itálico desde sus orígenes.

La inscripción *CIL* II 3234, fechada en el 166 y hallada en Lezuza, la llama *colonia libisosanorum*. Otra de Tarraco, *CIL* II 4254, nos da la tribu *Galeria* muy propia de Augusto.

Hubo de ser fundación augústea, según se desprende de su cognomen y de las demás circunstancias. La colonia no debió de prosperar, pues son escasísimas las referencias posteriores, li-

mitándose sólo a las menciones habituales de Ptolemaíos (II 6, 59) y los itinerarios.

Es la actua Lezuza, corrupción de su antiguo nombre. Lezuza se halla en la llanura albaceteña, al O. de la capital, de la que dista por carretera unos 60 kilómetros. Han aparecido últimamente testimonios numismáticos romanos¹ y una cabeza del tipo de las Agrippinas².

1. *AEArq.* 30, 1957, 116 ss.

2. A. BELTRÁN *Anales del Seminario de Historia y Arqueología de Albacete*, 1, 1951, 19 ss.

PAX IVLIA

Plinio IV 117 la llama simplemente *colonia Pacensis*. El título que le da Strabon III 2, 15, donde se la llama *Pax Augusta* (Παξαυγούστα), es un hápax. En Ptolemaíos II 5, 4 figura como Πάξ' Ιουλία, que parece haber sido su título oficial, según lo certifican, además, las monedas y los documentos epigráficos.

En efecto, hay acuñaciones de Augusto con la leyenda *Pax Iul*¹. No se conocen emisiones anteriores. En cuanto a las lápidas una de Beja, de tiempos de Antonino Pio, conservada hoy en la Cámara Municipal de Beja, la llama *col. Pax Iulia*. Otra, hallada igualmente en Beja, cita un augustal de la *col. Pacensis*, de donde era natural².

Su doble título (el oficial y el consignado en Strabon) parece justificar la sospecha de que haya sido primero un *praesidium* militar de César y luego una colonia de Augusto, como acaeció en las colonias lusitanas de *Scalabis* y *Norba* y en la Baetica *Asido*. Sutherland 125 opina lo contrario y cree que el epíteto de *Pax* excluye la posibilidad de que haya sido antes un puesto militar, un *praesidium*, como lo fueron de cierto en la misma Lusitania *Scalabis* (*Praesidium Iulium*) y *Norba Caesarina* como dejamos dicho poco antes. Pero no se ha reparado hasta ahora (según creo) que en Strabon es clara la atribución de su *status* colonial a Augusto, cuando dice (*loc. cit.*): «Las ciudades ahora colonizadas (αἱ τε νῦν συναρισμε-

ναὶ πόλεις), tales como *Pax Augusta* (Παξαυγούστα = *Pax Iulia*) entre los célticos, *Augusta Emerita* entre los turdulos, *Caesar Augusta* entre los celtíberos, y otras semejantes, muestran bien claro el cambio que se ha operado en su constitución política.» Como Strabon escribe en tiempos de Augusto y añade y corrige en los de Tiberio, se ve que refiere el hecho a su propio tiempo (ἄν) haciendo coetáneas expresamente a *Pax Iulia* (que él llama Παξαυγούστα) con *Emerita Augusta* y *Caesar Augusta*. El título de *Augusta* ha de tenerse, pues, como una prueba de su origen augústeo, así como el de *Iulia* obliga a colocar su fundación colonial antes del -27. Tuvo *Ius Italicum*³, que tan frecuente fué entre las colonias augústeas de España, pero que no se conoce entre las cesáreas, lo que apoya también nuestra opinión de que el *status* colonial lo tuvo de Augusto. El nombre de *Pax* puede atribuirse a ambos Julios, pero está más estrechamente ligado al segundo⁴. Por fundación augústea la tienen también Henderson⁵ y Vittinghoff⁶. Pero éste⁷ reconoce con Grant⁸, la posibilidad de que haya sido primero una colonia latina de César. El nombre que figura en Strabon creo que decide el problema en favor de su origen augústeo, aun admitiendo la previa existencia de la colonia latina cesárea.

Pax Iulia es Beja, en el Bajo Alemtejo, no lejos del Guadiana. Hay abundancia de testimonios romanos de todo orden. La identidad de Beja con *Pax Iulia* es incuestionable.

1. VIVES IV 125, 1-3; GRANT *Imperium* 221.

2. CIL II 47. *Arq. Port.* 1, 1895, 110 ss: = *EphemEphigr.* 8, 1891, 357 núm. 6; A. VIANA *Museu Regional de Beja. Secção lapidar.* Beja, 1946, 26 núm. 29.

3. Paul. *Dig.* 50, 15, 8.

4. VITTINGHOFF *Kolonisation*, 109, nota 4.

5. 13, nota 1.

6. *Loc. cit.* 78, 109 y 149

7. 44 nota 3.

8. *Imperium* 473, 8.

SCALABIS PRAESIDIUM IULIVM

Plinio IV 117 la cita entre las colonias de la *Lusitania* (*Scalabis quae Praesidium Iulium vocatur*) y como cabeza del *Conventus iuridicus* de su mismo nombre. Ptolemaíos II 5, 6 la llama simplemente Σκαλαβίς κολωνία.

En el epígrafe del *CIL* II 35, hallado en Alcácer do Sal, se la llama *colonia Scalabitana*.

Su origen militar lo da su epíteto *praesidium*; por el de *Iulium* debió de ser obra de César. Luego, acaso, recibió algunos veteranos y con ellos el derecho colonial, pues el epíteto de *Iulio* debió obtenerlo antes del -27. Vittinghoff¹ la incluye entre las colonias cesáreas. Sin embargo, yo me inclino a creer que, como sus hermanas las demás colonias lusitanas, debió de obtener el título de colonia por Augusto. Dio Cassio 54, 23 alude a la fundaciones coloniales augústeas del año 15, en un texto (τότε δὲ πόλεις ἐν τε τῇ Γαλατία καὶ ἐν τῇ Ἰβηρία συχνὰς ἀπέκτισε) que puede muy bien ponerse en relación con el de Strabon III 2,15 ya colacionado al tratar de *Pax Iulia*.

La opinión tradicional más extendida es que *Scalabis* estuvo donde la actual Santarém, en una altura sobre la orilla derecha del Tajo, como a unos 80 km. antes de llegar a Lisboa. Pero aunque hay que buscarla efectivamente aquí, preséntanse dudas sobre su exacto emplazamiento; es decir, sobre si fué precisamente Santarém u otro lugar próximo. El problema va ligado estrechamente al de la reducción geográfica de otro topónimo antiguo famoso, el de Móron «hápax» geográfico que sólo se halla en Strabon III 3, 1, quien la cita como una «pólis» la más importante, con *Olísipo* (Lisboa), de todo el Tajo. Es aquí, según el geógrafo griego, donde Brutus Callaecus estableció su base de operaciones contra los lusitanos en el 138-6 antes de J. C. Para A. Mendes Correia², *Móron* habría que situarla «no monte escarpado em que está Santarém, ou noutra elevação vizinha na margem direita do Tejo», y *Scalabis* habría que buscarla en sus inmediaciones, pero no en Santarém. A tal hipótesis ayudaría el topónimo Vale de Mouron, cercano a Santarém, aducido por Virgilio Correia³. J. H. Barata, si-

guiendo opiniones (no escritas al parecer) del Teniente Coronel Costa Veiga ⁴, *Móron* sería, en efecto, Santarém, y *Scalabis* habría que ubicarla en los Morros o los Chões. Mas he aquí que el Sr. Oleiro, en su comentario a Barata, supone todo lo contrario, que Santarém sería *Scalabis* y que *Móron* estaría en Chões, donde hay indicios arqueológicos ⁵. El problema es, como se ve, difícil y sólo una excavación lo aclararía. Entre tanto cabe opinar sean ambas una misma ciudad, pues es poco probable, a mi juicio, que haya habido tan cerca una de otra dos ciudades y menos en *Lusitania*, donde la vida urbana no había alcanzado aun en tiempos de Augusto un desarrollo tal que pudiera dar lugar a la vecindad inmediata de dos núcleos urbanos de importancia. Esta hipótesis que ya fué considerada también como posible tanto por Mendes Correia como por Bairráo Oleiro, merecería mayor atención.

1. *Kolonisation*, cuadro de la pág. 148.

2. MORON, *Trabalhos da Sociedade Portuguesa de Antropologia e Etnologia*, 6, Porto, 1934. Cito sin página por no tener ante mí sino una copia mecanográfica del artículo, amablemente enviada por los señores Teixeira y Cardozo.

3. *Congresso do Mundo Português*, 1, Lisboa, 1940, 535.

4. J. H. BARATA, *Santarem e Scalabis*, «Vida Ribatejana», 1955. Cito de la extensa recensión crítica de J. M. BAIIRAO OLEIRO, *Boletim do Centro de Estudos Geográficos*, 1955, núms. 10-11 (separata).

5. Página 3 de la separata alludida en la última cita.

SALARIA

Plinio III 25 la llama *colonia Salaria* y en XV 94 celebra sus castañas (*castanae Salarianae*), aunque no es seguro sean las de esta Salaria precisamente, pues hubo otras, según luego veremos. Esta es la *Σαλαρία* de Ptolemaíos II 6, 58, sita entre los oretanos. Tuvo el derecho latino antiguo, según Plinio (loc. cit.).

Una lápida de *Tugia* (hoy *Toya*) ¹ recuerda a un *IIviro* de la *coloniae Sa(lariae)*. Otra de *Ubeda la Vieja* ² menciona a Augusto como patrono de la *colonia*.

Marchetti ³ supuso que al carecer de cognomen alusivo a César o a Augusto debía de ser anterior a ambos. Pero lo

más probable es que haya sido una fundación augústea y que haya que relacionarla con la lápida *CIL* II 5093, antes mencionada.

Su nombre debe aludir a la sal de sus cercanías.

Es Ubeda la Vieja, en la provincia de Jaén, entre Ubeda y Baeza; según la situó acertadamente Góngora⁴. El problema era difícil por conocerse otras dos *Salaria* más. Una que ha de ser la de Ptolemaíos II 6, 60, entre los bastetanos, sin duda la misma que en II 6, 58, y otra en *idem* II 4, 9, en la *Baetica*, y cuyo nombre exacto se ignora por dudarse entre Σάλαρ, Σάλαρα, Σάλα que aparece en los códices.

1. *CIL* II 3329.

2. *CIL* II 5093.

3. 797.

4. *Memoria... fijando definitivamente el sitio de la colonia Salariensis*, Madrid, 1867.

COLONIA I(P)TVCI VIRTVS IVLIA

Citada así *Colonia immunis quae cognominatur Virtus Iulia* en Plinio III 12, como perteneciente al *Conventus Astigitanus*. No sabemos su situación. Hübner¹ propuso Baena, en la provincia de Córdoba. La dificultad de su identificación procede, naturalmente, de la imprecisión de los datos a nosotros llegados, pero también, en muy buena parte, del hecho de que haya en la *Baetica* otras ciudades de nombre igual o muy parecido. Dejando aparte el nombre varias veces repetido de *Tucci*²: fijémonos ahora en *Iptuci*, con la que cabría confundirla por la similitud, casi identidad, de sus nombres, de no estar ambas citadas en el mismo párrafo por Plinio; de no llevar distintos apelativos y de no saberse de cierto la exacta situación de la cognominada *Augusta Gemella* (=Martos).

En efecto, hay otra *I(p)tuci* que se sitúa en el Cabezo de Hortales, cerca de Prado del Rey, al N. de la provincia de Cádiz, en las ruinas romanas sitas a legua y media de la población, próximas al puerto de Alamedilla³. Que sean las ruinas de esta *Iptuci* lo dicen dos documentos: 1), la inscripción del *CIL* II 1923 *Suppl.* 874, hallada en ellas, con la cita del

ordo Iptucitanorum, y 2), el reciente hallazgo, allí mismo, de una tesera de hospitalidad fechada en el año 31 entre el *Senatus Populusque Iptuccitanorum* y los *coloni coloniae Claritatis Iuliae Ucubi*⁴. A esta *Iptuci* se atribuyen las monedas bilingües de Vives III 50 s., al parecer de tiempos de Augusto. Esta ha de ser también la *I(p)tuci* de Plinio III 15, que el mismo Naturalista dice pertenecer al *Conventus Gaditanus*, pero de la que no declara su condición de colonia, y la *Ἰπτουκί* probable (*Ἰ*)*πτουκί*. de Ptolemaíos II 4, 10, que la cita entre los tudetanos. Tal vez sea una colonia augústea anterior al -27.

1. *CIL* II p. 213.

2. Véase para ellos el artículo dedicado a la *Colonia Augusta Gemella Tucci*, con seguridad la actual Martos.

3. M. MANCIEÑO, *Antigüedades del Partido Judicial de Arcos de la Frontera*, 19..., II, 197; P. QUINTERO, *Catálogo Monumental de Cádiz*, 217 ss.; C. PEMÁN, *Memoria sobre la situación arqueológica de la provincia de Cádiz*, Madrid, 1942, 38.

4. Ver para ésta lo dicho en lo referente a *Ucubi*.

COLONIA AVGVSTA GEMELLA TVCCI

Así es citada por Plinio en III 12 (*Tucci quae cognominatur Augusta Gemella*). El epíteto de *Γέμελλα* aparece también en Appianós (*Iber.* 68) a propósito de narrar ciertas campañas contra Viriato en el año 141-140 antes de J. C. Naturalmente Appianós la cita con el cognomen que tenía en su tiempo, no con el correspondiente al que pertenece el episodio que narra. Pero lo raro es que no figura el nomen. Por el contrario, líneas antes, se cita por dos veces, la ciudad de *Ἰτόκη* que podría (sin cognomen) identificarse con *Τούκι* = *Tucci*, es decir, con Martos. ¿Se trata de la misma ciudad? Parece ser que sí, pero habría que reconocer que Appianós no se dio clara cuenta de ello. En Ptolemaíos II 4, 9, figura como *Τούκι*. Diódoros 32, 7, 5 la llama *Τόκη* y Strábon III 2, 2 *Τούκι*.

En Martos se han hallado varias inscripciones importantes testimonios de su condición política: *Colonia Augusta Gemella*¹, *Res publica Tuccitanorum*². Además en lápida hallada en

Linaires (*Castulo*)³ figura como *Colonia Aug(usta) Gemella Tuccitana*.

Del epíteto de *Gemella* puede deducirse que acaso recibiese una colonia de veteranos de dos legiones, lo que acaeció de cierto en *Iulia Gemella Accis* como ya vimos. Según Plinio (loc. cit.) gozó de *immunitas*.

Es Martos, unos 24 kms. al S.O. de Jaén. Hay testimonios arqueológicos, entre los últimos una *villa* romana con mosaicos, aún inéditos.

Aquí, en el caso de *Tucci*, hay un problema similar al que ya vimos en el de *Itucci* o *I(p)tucci*. Ambos, además, están relacionados también entre sí, porque el prefijo *I-* o *Ip-* enmascara un nombre *Itucci*, que es el que aquí vemos. Por ello conviene poner atención y distinguir unos de otros. En efecto, además de esta *Tucci* = Martos, se conocen en la misma *Baetica* otras dos *Tucci* más, una de ellas perfectamente identificada como distinta, la otra probablemente relacionada muy directamente con la que aquí nos ocupa.

A) *Tucci* en Tejada la Vieja; cerca del borde occidental de la provincia de Sevilla. Es la del *Itinerario Antoniniano* 432, 2, y, acaso, la del *Ravennate* 317, 13 (*Tusci*). El *Itinerario* la coloca a 18 millas al O. de *Italica*⁴. Una lápida hallada en Tejada⁵ memora a un *IIvir* de la tribu *Quirina*; probablemente fué un *Municipium Flavium*⁶.

B) *Tucci Vetus*. Ciudad desconocida citada por Plinio III 10; en un párrafo sumamente confuso. El ir acompañada y precedida de nombres como *Ulia*, *Iliberri*, *Singili*, *Ategua*, *Sucaelo*, etc. etc., que estaban de cierto en la *Bastetania*, entre el alto *Baetis* y el Mediterráneo, y el hecho de que Plinio diga a renglón seguido refiriéndose a ellas *omnia Bastetaniae vergentis ad mare*, induce a suponerla en la misma región donde la *Tucci* = Martos de que tratamos y a distinguirla netamente de la *Tucci* = Tejada, pese al comienzo del párrafo pliniano (III 10) donde se anuncia que las ciudades que van a enumerarse (entre ellas *Tucci Vetus*) están *inter hunc (Baetis) et oceani oram in mediterraneo*. Mi opinión es que esta *Tucci Vetus* ha de ser la misma que *Tucci* = Martos. En tal caso habría dos ciudades: una, la indígena, antigua (de ahí el apelativo de *Vetus*), y otra,

la moderna fundación de Augusto, la *Colonia Augusta Gemella Tuccitana*.

1. *CIL* II 1674, 1676, 1680, 1686.
2. *CIL* II 1668 a 1673.
3. *CIL* II 3278.
4. Ver HÜBNER, *CIL* II p. 166.
5. *CIL* II 1258.
6. McELDERRY, *Reconstr. Sp.* 72.

E) COLONIAS POSTERIORES A AUGUSTO

COLONIA IVLIA AVGVSTA DERTOSA

Como colonia es ya mencionada por Strabon en III 4, 6 (*Δέρτωσσα κατοικία*), pero ni Mela, ni Plinio, ni Ptolemaíos, que también la citan, hacen siquiera alusión a su carácter colonial. Para Plinio (III 23) es un *oppidum civium Romanorum*. Ello haría pensar que el término *κατοικία* de Strabon es una designación vaga que no implica necesariamente—al menos en este caso—la idea jurídica de colonia, o bien suponer que es un simple error del geógrafo¹.

Las inscripciones demuestran, sin embargo, que fué colonia. Así hallamos un *ordo d.c. D.* en *CIL* II 4058, del año 249/50; *IIviri* y *aediles* en 4060; *seviri augustales* en varias lápidas más, y tribu *Galeria* en 4059. Pero de ellas no se deduce la data a partir de la cual recibió su constitución colonial. En las monedas comenzadas a acuñar poco después del -45 no figura como *colonia*, pero sí como *municipium* y con el título de *Municipium Hibera Iulia Ilercavonia Dertosa*². Hay unas acuñaciones posteriores que llevan los nombres de dos magistrados probablemente los *IIviri*, y la leyenda *col(onia) Dertosa*.

Por su cognomen, *Iulia*, debió ser primero un municipio latino de César o de Augusto antes del -27³; la dignidad colonial debió recibirla con Tiberio⁴.

Su nombre se ha conservado en el de la actual Tortosa, en la orilla izquierda del Ebro, cerca de su desembocadura (provincia

de Tarragona). Pero la exacta ubicación no está clara y bien pudiera ser que *Dertosa*, la actual Tortosa, fuese la colonia y el *Municipium Hibera Julia Hercaronia* estuviera en el lado derecho, frente a Tortosa, en Roquetas.

1. HENDERSON, 3; HILL, 75.
2. VIVES, IV 17 s.; HILL, 74 ss.
3. GRANT, 158; VITTINGHOFF, 108, n. 1.
4. HILL, 75; SUTHERLAND, 128; VITTINGHOFF, 108, n. 1.

COLONIA CLVNIA SVLPICIA

Plinio III 18, que la cita como cabeza de su *Conventus*, no habla, en cambio, de su condición colonial. Pero una lápida (fig. 8), dedicada a Adriano¹ y hallada en la propia *Clunia*, mencionala como *colonia (coloni clunienses)*, y años después aparece ya en la obra de Ptolemaíos (II 6, 55) como tal, también *Κλουνία κολωνία*. No hay, pues, motivo alguno para dudar de su condición colonial.

Pero ¿cuándo fué creada la colonia? Las monedas bilingües y latinas conocidas no aluden a su carácter de colonia; las acuñadas bajo Tiberio denuncian, en cambio, su carácter municipal (mención de *IIIIViri* y de *aediles*). Este silencio se explica porque *Clunia* obtuvo el título de colonia mucho después de cesar las acuñaciones autónomas hispanas.

Efectivamente, el apelativo de *Sulpicia* alude sin duda a Galba, que era gobernador de esta parte de España cuando su alzamiento contra Nerón (Suetonio *Galba* 8, 9; Plut. *Galba*, 3, 4). Aquí residía aun cuando la muerte del tirano, pues, según Plutarchos (*Galba* 6-7), en *Clunia* recibió la noticia de su fin. Suetonio (*Galba* 9) cuenta, además, que un sacerdote del templo de Júpiter de la misma *Clunia* supo por un sueño la existencia en el templo de testimonios de un vaticinio, pronunciado por una *fatídica puella* doscientos años antes, prediciendo la exaltación de Galba al trono imperial, lo que a su vez coincidía con otras señales y predicciones coetáneas. Todo ello ya justificaría el afecto de Galba hacia *Clunia*, pero además tenemos estas otras muestras: Que Galba fué nombrado pa-

trono de la ciudad ² y que en monedas de Galba (fig. 10) se lee HISPANIA CLVNIA SVL. ³. Es, pues, muy probable que el título de colonia se lo concediese Galba. Se explicaría así también el silencio de Plinio que, aunque termina su libro en el 77, bebe en fuentes muy anteriores, como es sabido. El silencio de Plinio no es, pues, argumento en contra, como quiso Kornemann ⁴. El título de colonia hubo de recibirlo *Clunia*, en tal caso, entre el año 68 (año de la exaltación de Galba al Imperio) y el siguiente, el 69 (año de su muerte). Plinio pudo enterarse de ello, pero bien sabido es que este erudito de fichero registraba lo que veía escrito y olvidaba con frecuencia sus propias personales experiencias ⁵. *Clunia* debió de recibir el título de colonia con carácter honorífico, aunque ello no quita que también hubiese—es mera suposición—algún asentamiento de colonos militares, acaso de veteranos de la *Legio VI Victrix*, única entonces en la Península y única en la que *Galba* se apoyó para su alzamiento, pues la *VII Gemina* fué creada inmediatamente después. Repitamos que en tiempos de Hadriano era ya con toda seguridad colonia ⁶.

Las ruinas de *Clunia* están perfectamente identificadas y se han hecho en ellas ya algunas excavaciones sistemáticas con grandes resultados (teatro, gran palacio acaso residencia oficial, inscripciones, objetos menudos, etc. etc.). Dichas ruinas hallanse cerca de Peñalba de Castro, al Sur de la provincia de Burgos. La población de Coruña del Conde, también próxima, ha heredado el antiguo nombre ⁷.

1. *CIL* II 2780.

2. *CIL* II 2779, lápida hallada en *Clunia*.

3. Vide COHEN³, I 324, 86; *Roman Imperial Coinage*, I, 215, núm. 151; C. M. KRAAY, *The Aes coinage of Galba*, «Numismatic Notes and Monographs», núm. 133, Nueva York, 1956, 37, 39 y 49.

4. *RE loc. cit.* 542 núm. 189.

5. Plinio contó 12 colonias en la *Tarraconense* (III 18). De ellas 10 eran las que constaban en la *formula augústea* y dos más que él sabía fundadas en su tiempo (*Clunia* y *Flaviobriga*). Pero olvidó hacer constar el carácter colonial de *Clunia* en el momento oportuno (III 27). Véase sobre esto, HENDERSON, 3).

6. *CIL* II 2780. La sospecha de que fuese por ello creación hadriánica carece de fundamento serio.

7. Para el gran palacio de *Clunia* ver B. TARACENA, *AEArq.* 19, 1946, 26 ss. Sobre *Clunia*, en general, véase últimamente P. PALOL, *Clunia*, Burgos, 1959.

FLAVIOBRIGA

La primera referencia textual antigua a *Flaviobriga* la hallamos en Plinio IV 110, quien la llama *colonia* y la identifica con el *Portus Amanum* (*Amanum Portus ubi nunc Flaviobriga colonia*). No tenemos ningún otro testimonio relativo a su categoría colonial.

De la fecha de su fundación nada sabemos tampoco, al menos directamente. Pero indirectamente puede solucionarse parte del problema gracias a su propio nombre. *Flaviobriga* es un topónimo híbrido, formado de un elemento latino, *Flavius*, y otro céltico, *-briga*, como en tantos casos (*Augustobriga*, *Caesarobriga*, *Brutobriga*, *Iuliobriga* etc.; o, por citar fundaciones coetáneas, *Flaviolambris*, *Flaviaugusta*, *Flavionavia*, etcétera. El primer elemento de este nombre, el de *Flavius*, conjugado con el hecho de haber sido colonia, según vimos en Plinio, nos lleva a deducir, por lo pronto, que *Flaviobriga* hubo de ser creada en tiempos de los Flavios. Esta vaga datación puede precisarse todavía algo más en virtud de nuevas deducciones. Efectivamente, el naturalista—de quien procede la noticia—murió el año 79. Por otra parte, como el primero de los Flavios comenzó a reinar en el año 69, la fundación de la colonia romana hubo de llevarse a cabo entre el 69 y el 79. Es decir, dentro de estos diez años. Pero aún podemos estrechar algo más el cerco. Plinio tenía terminada su *Naturalis Historia* en el 77, fecha en la que el naturalista dedica su voluminosa obra a Tito, el hijo de Vespasiano y heredero de su poder dos años después. Por ello *Flaviobriga* hubo de ser fundada sin duda alguna por Vespasiano y dentro de los ocho años que van entre el 69 y el 77.

Ahora bien, aunque no se diga en ninguno de los textos conocidos ni en otros documentos arqueológicos, con qué gentes se fundó la colonia flaviobrigense, cabe sospechar en licenciados de las recientes guerras judaicas, que tuvieron fin en el

año 70. Es de suponer por ello que el *Portus Amanum* recibió una *deduccio* de veteranos hacia el año 71 y con ellos su nuevo nombre de *Flaviobriga*. En todo caso, *Flaviobriga* es la última colonia romana de que hay noticia en la Península. La inmediatamente anterior fué la de *Clunia*, creada probablemente en el año 68/69.

La razón que pudo motivar el nacimiento de *Flaviobriga*, y poco antes el de *Clunia*, hubo de ser de índole principalmente militar. Tras las guerras cántabras, el Norte de la Península había quedado virtualmente sometido a las armas romanas, pero de ningún modo pacificado. Por mucho tiempo subsistieron bandas de gentes indómitas que recorrían montes y campos como salteadores. Ello determinó por estas mismas fechas que el campamento permanente de la *Legio VII Gemina* se estableciese precisamente en el ángulo N.O. de la Península, como lugar el más estratégico para acudir tanto al centro y N. de Portugal, como al N.O. galaico, como al N. astur y cántabro. Estas dos colonias últimas cumplían también su papel de vigilancia, similar al que tuvieron los *praesidia* fundados por César y Augusto en la zona S. y Centro de la Lusitania. Eran como fortines avanzados servidos por veteranos-colonos, hombres ya curtidos en las guerras, pero aptos también para labrar el campo y defender, si llegaba el caso, las tierras confiadas a su vigilancia. Además, la salida natural de la meseta por esta parte era el Cantábrico y convenía ir abriendo pasos hacia él al tiempo que se romanizaban las tierras intermedias. Es muy posible que otro de los motivos de esta fundación fuese la necesidad de vigilar y administrar esta rica región minera, en el centro de la cual estaba precisamente *Flaviobriga*, teniendo al E. los yacimientos vizcaínos y al O. los de Cabarga (al S. de Santander) aludidos ambos por Plinio en IV 112 y XXXIV 149 como muy ricos en hierro. Naturalmente, no era el tráfico de este mineral, de poco atractivo para los bandoleros, lo que había de vigilarse, sino la población minera compuesta de esclavos.

El problema de la ubicación de *Flaviobriga* es difícil. Plinio describe la costa cantábrica de E. a O. y cita a la ciudad como la última de los *vardulli*, añadiendo que a continuación

de ellos venían los *cantabri*. De esto se desprende, primero, que no era ciudad cántabra y, segundo, que había de estar muy cerca de los límites entre *vardulli* y *cantabri*. El segundo y último de los testimonios antiguos es el de Ptolemaíos II 6, 7, donde cita Φλαυιόβριγα no entre los *vardulli*, como Plinio, sino entre los *autrigones*, divergencia en la que parece estar más cerca de la verdad el geógrafo griego que el latino. Sin embargo, los dos textos, lejos de contradecirse se apoyan el uno al otro, pues Ptolemaíos (que procede en su descripción a la inversa de Plinio) cita a *Flaviobriga* como la primera ciudad inmediatamente después de los *cantabri*. Es decir, que por ambas fuentes llegamos a lo mismo: que *Flaviobriga* no era cántabra, pero que estaba cerca de la raya más oriental de los cántabros. Otro indicio por medio del cual podríamos haber rastreado su situación precisa hubiese sido la identificación del *Portus Amanum* pero, desgraciadamente, el *Portus* no es citado más que en esta ocasión, con lo que la incógnita se hace doble sin posible ayuda mutua.

No obstante, entre las posibles deducciones más de una vez propuestas (Bermeo, Bilbao, Portugalete y Castrourdiales) es la de Castrourdiales la que muestra, con mucho, mayores probabilidades. Abogan, en efecto, por ella estos dos datos:

1.º La existencia, aun hoy día, de un topónimo *Sámano* correspondiente a una antigua abra o estero en el que penetraba el mar. Esta ría se hallaba entre Castrourdiales y Otañes. En principio no hay, pues, nada que se oponga a que este topónimo, *Sámano*, sea reminiscencia de *Amanum*. Cerca se hallan también las llamadas Cuevas de *Sámano*. Esto, sin embargo, no puede decidir la cuestión. Pero sí si añadimos lo que sigue:

2.º Castrourdiales ha suministrado abundantes recuerdos romanos que superan en mucho los que hayan dado las demás localidades con que entra en litigio a este respecto. Son, entre otros, varias monedas de los siglos I y II de la Era, una de ellas de Tito, halladas en la propia Castrourdiales y proximidades inmediatas¹. El hallazgo, cerca de Otañes, de varios miliarios, uno de ellos, aún conservado, de Nerón². De aquí procede igualmente la famosa pátera argéntea de la *Salus*

umcritana, por mí datada en otro lugar³, en época flavia. Y, finalmente, el hallazgo de un estatuilla de bronce romana representando a un Neptuno (?) con tridente y delfín, pero imberbe, hallado en un monte sobre Castrourdiales y conservado hoy en el Museo Provincial de Santander⁴.

1. J. ECHEVARRÍA, *Recuerdos históricos castreños*, Bilbao, 1898 (pp. 22 ss. de la nueva edición de 1954).

2. *CIL* II 4888; véase también *EE* IX (1903) 154 s.; *BRHI* 53, 1908, 389 ss.

3. *Esculturas romanas de España y Portugal*, Madrid, 1949, número 493, lám. 345.

4. J. ECHEGARAY, El Neptuno cántabro de Castrourdiales, *AEArq.* 30, 1957, 253 ss., donde recoge la bibliografía relativa a los hallazgos arqueológicos menores antes citados.

COLONIA AELIA AVGVSTA V(ICTRIX) o V(RBS) ITALICA

La ciudad fué fundada por Scipio en el año 205 antes de J.C., estando aún en plena guerra con Carthago, para cuya definitiva derrota en *Zama* y las *Grandes Llanuras* faltaban aún cinco años. La ocasión para el nacimiento de *Italica* la dió la batalla de *Iliþa* (actual Alcalá del Río). Esta decisiva batalla puso en manos de Scipio toda la baja Andalucía abriéndole el camino de Cádiz. Los muchos heridos romanos de la batalla fueron instalados por Scipio en un lugar cercano, en una ciudad fundada al efecto y a la que llamó *Italica* en honor, sin duda, de los muchos elementos oriundos de toda Italia que debían componer sus tropas. Así nació *Italica* según Appiános¹. *Italica* no fué, pues, otra cosa, en principio, que un lazareto, un hospital permanente de campaña, pero también una especie de puesto militar avanzado, de *propugnaculum* (similar por su destino y su situación a lo que fueron luego, por ejemplo, en tiempos de César, el *Praesidium Iulium*—luego *Pax Julia*—o *Norba Caesarina*—hoy Cáceres—), no sólo para proteger el flanco derecho del ejército que tras de *Iliþa* cayó sobre Cádiz, sino para vigilar a los lusitanos, siempre inquietos.

Italica no tuvo en su origen privilegio político alguno. Ni tuvo categoría de colonia ni aun siquiera de municipio. En la célebre lápida de Mummius² parece ser se la cita como *vicus*. Esta inscripción se fecha a mediados del siglo II antes de J. C. Como *urbs* se menciona en una lápida³ y en un texto de Orosius⁴ en el que narra un episodio de las guerras sertorianas. Finalmente, en tiempo de las guerras civiles de César, se recuerdan los nombres de ciertos italicenses a los que se les llama *municipes*⁵, sin que de ello pueda deducirse forzosamente el carácter municipal de *Italica* entonces (año -48). Subsisten, pues, las dudas de cuándo y cómo *Italica* se convierte en *Municipium*. Las monedas más antiguas, que parecen anteriores al año -23, llevan ya la leyenda *Municipium Italic(ense)*⁶ y otra la de *Julia Augusta Mun(icipium) Italic(ensium)* con la figura de Livia sentada⁷. Para unos, pues, es anterior a César o, por lo menos, del mismo César⁸; para otros⁹ es *municipium* desde Augusto¹⁰. Por otra parte, no se explican las acuñaciones italicenses con leyenda ROMA y soldado y GEN. POP. ROM.¹¹ si no es como una alusión a su rancio abolengo romano.

Municipium siguió siéndolo hasta la época de Hadriano, en la que se transformó en *colonia* a petición de la propia ciudad. Ello lo sabemos no sólo por el texto de Aulus Gellius, que luego transcribiremos, sino también por las lápidas. Cuatro se conocen hasta ahora con el título de *colonia*: 1) la de *Italica*, CIL II 1135, en la que figura un *c(ivis) R(omanus) C(oloniae) V. Italicensium* (Hübner: 'litterae sunt aevi recentioris'); 2) la de *Volsinii*, CIL XI 2699, en la que aparece como *Colonia Italicensis*; 3) la de *Vienna* (Galia Narbonense), CIL XII 1856, en que figura como *Colonia Aelia Aug(usta) Italica*; y, finalmente, 4) la de la misma *Italica*, en la que figura un *sac(erdos) C(oloniae) A(eliae) Aug(ustae) Ital(icensium)* dedicando un voto a *Dea Caelestis*¹². Este último debió de haber sido el título oficial¹³ que, a su vez, concuerda perfectamente con lo que sabemos por A. Gellius. Las lápidas citadas y el referido texto resuelven, parcialmente al menos, otro problema, el tan debatido referente al valor de la V en el título CIL II 1135, que ya es seguro no es *V(lpia)*, como Mommsen cre-

yó, sino acaso *V(rbs)*, como ahora supone Vittinghoff¹⁴ o *V(ictrix)*, como prefería Hübner¹⁵

Pero hora es ya de que pasemos al famoso texto de Aulus Gellius *NA XVI 13, 4*, que trata concretamente del caso de *Italica* como colonia titular. Discute el valor de las voces *municipiceps* y *municipium*, poniendo en evidencia lo poco que ya se sabía de ello en su tiempo (segunda mitad del s. II de la Era), así como la confusión entre lo que era una *colonia* y un *municipium*, desmintiendo la creencia común de que aquélla gozaba de más ventajas que éste.

Dice así: *De cuius opinationis tam promiscuae erroribus divus Hadrianus in oratione, quam de Italicensibus, unde ipse ortus fuit, in Senatu habuit, peritissime disseruit mirarique se ostendit, quod et ipsi Italicenses et quaedam item alia municipia antiqua, in quibus Uticenses nominat, cum suis moribus legibusque uti possent, in ius colonarum mutari gestiverint.*

El transcrito documento reproduce, pues, una oración de Adriano ante el Senado, oración que es célebre más que por lo que atañe en concreto a los casos expresamente citados de *Italica* y *Utica*, por plantear un problema general referente a las diferencias entre colonia y municipio, por una parte, y a la decadencia que el concepto de colonia había sufrido a lo largo del siglo I. Los municipios parece gozaban ya en tiempos de Adriano de una autonomía mayor. Ello explicaría el hecho referido por Gellius respecto a *Praeneste* (*ibidem*) que pidió a Tiberio como un favor grande cambiase su condición de *colonia* por la de *municipium*. Es decir, precisamente lo contrario de *Italica*.

Pero hemos de suponer en este caso a los italicenses más desprendidos. Ellos, sin duda, justamente orgullosos de haber dado al Imperio un Trajano y un Adriano, querían elevar su condición a la de la misma Roma, identificándose con ella por su igualdad de derechos y deberes y sintiendo la gloria de exhibir su plena ciudadanía, *propter amplitudinem maiestatemque populi romani cuius istae coloniae quasi effigies parvae simulacraque esse quaedam videntur*, según palabras tomadas por Gellius de la propia *oratio* de Adriano (*ibidem*). Además, el cambio podía proporcionarles también algunas ventajas de or-

den material, pues la concesión del título de colonia llevaba consigo probablemente un nuevo reparto de tierras, algunas mejoras en los caminos y otras pequeñas ventajas ¹⁶. Que *Italica* pidió el título como un honor y no como una ventaja material, lo dice el mismo discurso de Adriano ante el Senado y el sentido del párrafo de A. Gellius, donde va inserta la noticia. El *municipium* podía regirse por sus propias leyes, según sus costumbres y necesidades (*cum suis moribus legibusque uti possent*), ventajas que no tenían las colonias, que recibían su *status* de Roma. Así, pues, *Italica* ofrece en su historia esta curiosa contradicción: que no obstante haber sido el primer asentamiento de colonos romanos en la Península fué la última colonia romana creada en ella.

De su constitución parece ser nos ha quedado un fragmento en bronce ¹⁷. Desgraciadamente el fragmento es tan pequeño y con tantas lagunas que es virtualmente imposible sacar nada en limpio. Parece ser que su data es el pleno siglo II y bien pudiera proceder del mismo Adriano ¹⁸. Su tribu parece fué, desde su origen, la *Sergia*, muy rara en España ¹⁹. En la nómina italicense hay varios *Cornelii*, recuerdo sin duda de la familia de Scipio, el fundador de *Italica*; algunos *Aelii*, como memoria de Adriano, y cinco *Ulpii*, en recuerdo de Trajano ²⁰.

Italica es el conjunto de ruinas en curso de excavación junto a Santiponce, a unos ocho kilómetros al NO. de Sevilla. Han aparecido edificios públicos, calles, casas particulares, muchos mosaicos, muchas estatuas de excelente factura y arte. inscripciones (entre ellas la famosa en bronce sobre los gladiadores (*CIL* II *Suppl.* 6278) e infinidad de objetos menudos de todo orden, siempre de muy buena calidad, demostrando la nobleza tradicional de sus habitantes y el hecho extraordinario de haber sido patria de Trajano y de Adriano ²¹.

1. *Iber.* 38.
2. *CIL* II 1119.
3. *CIL* II 213.
4. V 4, 23, 10.
5. *B. Alex.* 52, 4.
6. VIVES IV 126.
7. VIVES IV 127, 7.

8. KUBITSCHER *Trib.* 177; HÜBNER y SCHULTEN *RE* s. v.
9. HÜBNER *CIL* II p. 146; GRANT, *Imperium*, 171 s.; VITTINGHOFF *Kolonisation* 149.
10. VITTINGHOFF *Loc. cit.* 72, núm. 5, subraya que el cognomen de *Iulia*, o de *Augusta*, o el doble de *Iulia Augusta*, no se encuentran nunca aplicados a un municipio.
11. VIVES IV 126, 1 y 2.
12. La lápida, hoy en el Museo Arqueológico de Sevilla, fué dada a conocer por Concepción Fernández Chicarro en la *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, 56, 1950, 623, 4 = *IIAÉpigr.* 1-3, 1950-2, núm. 348. Véase también mi estudio sobre *Dea Caelestis*, en *BRAN*, 140, 1957, 469 núm. 3.
13. *Ulica*, colonia hermana de fundación, por lo que ahora veremos en Aulus Gellius tuvo el título: *Colonia Iulia Aelia Hadriana Augusta Utika* (*CIL* VIII 1181).
14. *Kolonisation*, 76 (n. procedente de la p. anterior) que remite a *CIL* II 213, *Urbs Itali(ca)*.
15. *CIL* II p. 145; suppl. p. 839.
16. Cfr. McELDERY, *Reconstr. of Sp.* 66 ss. y. más recientemente, VITTINGHOFF *Kolonisation* 41 ss. donde se estudian estas diferencias entre colonia y municipio. Véase también mi libro *Colonia Aelia Augusta Italica*, Madrid 1960, 37
17. Ver mi libro antes citado § 12 y fig. 19.
18. Cfr. A. D'ORS, *Épigr. jur. Esp.* 345 s. con la bibliografía anterior.
19. Cfr. *CIL* II 1129. Véase también mi libro ya citado 38.
20. Véanse las referencias en mi citado libro pág. 38.
21. Ver mi *Colonia Aelia Augusta Italica*, Madrid 1960.

A. GARCÍA Y BELLIDO

DOCUMENTOS

LAS CORTES DE NAVARRA A TRAVES DE LOS FORMULARIOS

El gran respeto que los hombres de las Cortes sentían por la Institución, en relación con la devoción a la costumbre (el "como siempre se ha estilado"), fuente importantísima de derecho en Navarra, debieron de contribuir a crear ese clima de formulario y ceremonial, vitalmente conservador en este caso, que ha quedado en los testimonios de los últimos cien años de las Cortes. Vitalmente conservador porque aquí no se trata de un amaneramiento decadente; la gran vocación de la Asamblea, que hizo a ésta crecerse para mantener la autonomía y personalidad constitucional del Reino, se iba viendo estrechada por un cerco invencible que la ahogaba en su ejercicio, y la energía creada en aquel gran impulso se sostiene en los entretenimientos de la pequeña política del detalle en espera consciente de un mayor servicio, en orden al cual es también importante mantener a punto los mecanismos del cuerpo representativo.

Todos los formularios que merecen de algún modo ese nombre por su extensión, variedad de aspectos que abarcan e intención definida de serlo, pertenecen a los siglos XVIII y XIX. El más antiguo que hemos visto es de 1744.

Ya en 15 de febrero de 1644 se dió una disposición de este tenor por las Cortes: "Este día, por haberse embaraçado el Reyno en algunas cosas de su gobierno por ignorar el estilo que se ha tenido en ellas en las Cortes de otros años, acordó que yo el secretario hiciere un ceremonial de todo lo que va ocurriendo en estas y de lo que hallare digno de reparo en las pasadas, para que hallando el Reyno en él averiguado, el estilo que se ha tenido en otras ocasiones, no gaste tiempo en las que se ofrecieren adelante y corran con menos embaraço las materias que trataren"¹.

Y en 4 de mayo de 1645 consta en acta el encargo de hacer formulario "sacado de los autos que hay en los libros del reyno"². No se encuentra nada que pruebe haberse hecho cosa alguna efectiva en consecuencia.

En sesión de 3 de febrero de 1744 "... se dió cuenta del auto de la Diputación de 23 de octubre de 1738, folio 363, libro II sobre

1. Sección de Cortes, libro 3 de actas, fol. 3 v.
2. Sección de Cortes, lib. 3 de actas, fol. 66.

visitar a Grandes de España (Ceremonial). Y se resolvió de conformidad que la Diputación se gobierne según prudencialmente le pareciere más oportuno..."³.

El 6 del mismo mes y año, tratándose del besamanos de personas reales, "... pretende el Reyno que su Diputación no sea preferida del Consejo; y se resolvió de conformidad que la Diputación se arregle en todos los casos que se ofrecieren, al capítulo 77 de la instrucción que se le diere"⁴.

Todo esto parece indicar la ausencia todavía total de fórmulas regladas, que por otra parte, la existencia de una Diputación permanente, obligada a representar al Reino en muchas ocasiones, hace más necesarias, pues crea una vida política de cortesía diplomática más complicada.

*Formulario de 1744*⁵.

Tiene caracteres de un primer intento: se basa únicamente en la costumbre, estudiada en los libros de actas, que guardan el testimonio de lo que se hizo en casos semejantes. Parece hecho en dos momentos diferentes: una mano ha confeccionado un texto y, después, otra letra ha puesto muchas adiciones, pretendiendo completar y aclarar. Atañe especialmente a las Cortes y problemas que éstas solucionan o al menos se les han planteado alguna vez. La repetición de sucesos y detalles ocurridos, con carácter informativo de crónica, pueden hacerle más valioso en el aspecto histórico. Reiteraciones, desorden, amontonamiento de asuntos sin conexión, inexperiencia en suma.

En dieciocho folios escritos por ambos lados, se contienen setenta títulos, puestos al margen, sobre otros tantos temas. Las fechas van en gran parte subrayadas.

La mayoría de los "ejemplares" en que se apoya son del siglo xvii. Hasta el siglo xvi no hay libros de actas y ya hemos visto de que fecha son los primeros vestigios de preocupación por el ceremonial⁶. Copiamos al final este formulario.

*Formulario de 1765*⁷.

En las actas de Cortes puede seguirse el camino recorrido para llegar a la confección de los formularios.

Las de 1765 reflejan los intentos y estudios llevados a cabo por la Asamblea y la Diputación a encargo de aquélla. El tomo 10, que

3. Sección de Cortes, lib. 8 de actas, fol. 135 v.

4. Sección de Cortes, lib. 8 de actas, fol. 139 v.

5. Sección de Cortes, legajo 8, carpeta 35.

6. Hemos tenido ocasión de ver con detenimiento todos los legajos y libros de actas de las Cortes.

7. Sección de Cortes, legajo 9, carpetas 14 y 26.

empieza con la instrucción de la Diputación, dice: "Por los capítulos 24 y 89 de la Instrucción del Reyno se repitió a la Diputación el antiguo encargo de disponer de Formulario para el gobierno del Reyno en Cortes, añadiendo en el 89 con igual especialidad, hiciesen sacar Indice General de los libros de Diputación y Cortes y que lo executase para éstas siendo posible; en su cumplimiento se ha dedicado a su desempeño con el último esmero, en repetidas juntas y sesiones; y últimamente, reconociendo ser impracticable el Formulario sin anticipar el Indice, para fundamentarlo en sus exemplares y resoluciones uniformes, acordó se trabajase en él por el síndico Rodríguez y el secretario y para que pudiesen dedicarse a esta labor con mayor desembarazo, se encargó el síndico Romeo de la defensa de los pleitos por sí solo: efectivamente han trabajado el síndico Rodríguez y secretario en el Indice con la aplicación que les permiten sus indispensables negocios y ocupaciones, pero enseñando la experiencia que es labor muy prolija y que necesita muchos años para perfeccionarse y que se acerca el Congreso de Cortes, publicadas ya en la Cámara en el mes de diciembre de 64; deseando disponer en el modo posible el Formulario, que ha tantos años y tan repetidas veces ha encargado el Reyno, dió comisión al secretario para que se dedicase a recopilar los puntos y acuerdos más principales a ese fin y lo que así dispusiere en el interés que con mayor conocimiento pueda formalizarse el Formulario general, lo haga presente al Reyno, juntamente con los formularios particulares dispuestos desde las últimas Cortes: el uno sobre exequias Reales, pésame a los Señores Virreyes y proclamación, inserto en la sesión de 7 de septiembre de 1759, folio 147 a 159, libro 17; el otro sobre el ingreso, recibimiento y juramento de los Señores Virreyes y derechos de su secretaría, inserto en la sesión del día 13 de noviembre de 1760, folio 419 de dicho lib. 17 y el que últimamente se ha dispuesto y arreglado sobre la formación, funciones y gobierno de las Cortes, a instancia del Sor Virrey, que se vió y aprobó en 12 del mes de agosto"⁸.

En sesión de 4 de septiembre del mismo año 65, "...se concluyó de leer la Instrucción general o formulario dispuesto con aprobación de la diputación en 12 de agosto último"⁹. Y en reuniones sucesivas se estudian y discuten diferentes capítulos del mismo¹⁰.

8. Sección de Cortes, lib. 10 de actas, págs. 4 a 5.

9. Sección de Cortes, lib. 10 de actas, págs. 66.

10. El 3 de octubre de 1765 los capítulos 29, 40 y 41 de la Instrucción, sobre exequias y proclamaciones reales. Sección de Cortes, lib. 10 de actas; páginas 160-61.

El 18 de ídem sobre legados que deben salir al recibimiento del señor Virrey. Sección de Cortes, lib. 10 de actas; págs. 216-218.

Se siguen estudiando en diferentes fechas de octubre y noviembre del

Pero parece que solamente se dió por bueno lo aceptado en 12 de agosto; por lo menos esto es lo que se recoge en la carpeta 14 del legajo 9, citada en la nota 7, y que debió estar en vigor muchos años, pues se inserta en formularios posteriores literalmente. Comprende 22 títulos, lleva la fecha indicada y se titula "Instrucción general de la formación, funciones y gobierno de las Cortes Generales de Navarra, según sus fueros, leyes, costumbres y estado de cosas hasta el año de 1765".

Se ve un plan y un orden. Lleva anotaciones hechas por Diputación y Virrey, de que da fe el secretario. Termina con unas cartas del Regente del Consejo que consulta a la secretaría acerca de detalles de ceremonial, solucionados en los apartados del formulario y así lo advierten las contestaciones, anotadas también.

Este formulario, salvo las cartas del Regente Luengo, aparece inserto a partir del capítulo VII, en "Un ceremonial de la Diputación de Navarra", publicado por Florencio Idoate recientemente¹¹.

Pero no acaba aquí lo hecho en este año. En la carpeta 26 del mismo legajo 9 hay otro formulario que se llama "Instrucción general, aunque imperfecta sobre la formación de Cortes, número de vocales, nombramiento de Diputación, síndicos, secretario, depositario del vínculo, etc."

Es una como continuación de lo de 12 de agosto, interesantísimo en relación con la composición de las Cortes y parece una copia interumpida sin terminarse. Son nueve títulos que no copiamos íntegramente porque saldrán a luz en otro trabajo que preparamos sobre las Cortes.

En 1765 no se citan hechos anteriores para extraer de ellos la norma, como en el 44, sino que se va al fuero mismo, y casi siempre a la Novísima Recopilación.

No hay la variedad de asuntos de 1744, y tiene de nuevo el primer título sobre convocatoria de Cortes, compostura de la sala, detalles de apertura y cierre del solio, cosas todas de interés más directo para lo que debe ser objeto del intento. La colaboración, siquiera sea limitada del Virrey, da a éste mayor trascendencia.

Formulario de 1781

Puede seguirse igualmente su estudio y discusión en las actas¹². No se encuentra en la Sección de Cortes y ello podría ex-

mismo año, la elección de esos legados, más sobre el recibimiento del Virrey, sobre el modo de firmarse las cartas por los presidentes de los Brazos, cuándo han de llevarse al Virrey contrafueros y leyes, cosas que pueden verse en el mismo libro 10 de actas; págs. 218, 232, 242-45, 247, 266, 277, 294, 299-301 y 320. Algunas de ellas quedan ya en forma parecida a como se ven en el formulario de 1781.

11. En este ANUARIO, XXVII-XXVIII; 1957-58.

12. Sobre entrada del Consultor, lib. II de actas, pág. 95. El 28 de

plicarse porque, lo que añade al de 1765, atañe de modo especial a la Diputación.

*Formulario de 1795*¹³

Un primer título dice: "Formulario de Cortes y de Diputación, según las instrucciones", y en el folio siguiente: "Instrucción y Formulario para la Diputación sobre lo que se ejecuta y debe ejecutarse para la convocación de los tres Estados o Cortes Generales".

Los primeros títulos copian a la letra el formulario de 1765: convocatoria de Cortes, Poderes reales y lo referente a composición de Cortes, que tan ordenadamente se dispuso en aquella fecha. Se copia el de 1780 para los actos de apertura del solio, venidas extraordinariamente del señor Virrey, entrada y recibimiento del señor Consultor que trae la carta real pidiendo el donativo y otros puntos del gobierno de la Sala dentro y fuera de ella.

Tiene también asuntos del de 1744, más reglamentados: cuentas del vínculo, elección de diputados, concesión de naturalezas, modo de votar, funciones de iglesia, volviendo a copiar al de 1765 en levantamiento del solio y juramento del Virrey. Al final añade unos "Autos de aditamento al Formulario de 1780", con algunas adiciones o reformas del ritual, procedimientos de protestas y de votaciones.

Podría decirse en resumen que compila todo lo anterior aprovechable y pone muy poco nuevo.

Formulario de 1807

Publicado por J. J. Uranga en los números 29 y 30 de la revista "Príncipe de Viana", se llama "Formulario de la Diputación del

enero del mismo año 1780 "...se juntaron los tres Estados y habiéndose tratado largamente sobre la suma falta que hace un formulario, se pidió conformidad y habiéndose concedido, se nombró para su formación por el señor Presidente del Brazo eclesiástico al Sr. Abad de Fitero; por el de los Caballeros al Sr. D. Antonio Echeverría y por el de las Universidades al Sr. don Alonso Burutáin, sindico de Puente la Reina". S. de Cortes, lib. II de actas, pág. 102.

El 10 de febrero, "...se acabó de leer el formulario y se aprobó de conformidad con las modificaciones y aditamentos que se han puesto con toda especificación en el mismo".—*Idem idem*, pág. 146.

Pero sigue preocupando el formulario y se proponen adiciones para diversos capítulos, que pueden verse en el libro II de actas, págs. 195-97 (Alarma y resistencia en las Cortes porque una Real Cédula habla de modificar el formulario, lo que es contra fuero), págs. 228, 291, 356, 405, 621, 893, y ya entrado el año 1781, en las mismas Cortes, que continúan, siguen las proposiciones sobre formulario en el libro 12 de actas, folio 1.045.

13. S. Cortes, leg. 10, carp. 44.—FLORENCIO IDOATE, en *Rincones de la Historia de Navarra*, t. 2.º. Pamplona 1956, pág. 49 y en el trabajo arriba citado, da cuenta de la existencia de este formulario, así como de la del de 1744 y la signatura de ambos, folios y dimensiones.

Reino de Navarra y contiene "... el modo con que se ha gobernado la Diputación en diferentes negocios que le han ocurrido desde el año de 1621, según consta por sus libros, y lo que se ejecuta a la introducción en ella después de Cortes, poniéndose aquí los que han parecido de mayor consecuencia y útil por su economía, siguiéndose en diversas materias a los capítulos de instrucción que le deja el Reyno junto en Cortes para su mejor gobierno".

El formulario atañe en efecto especialmente a la Diputación y todo lo que ésta resuelve o puede resolver, según las facultades recibidas de las Cortes. Así, de los ceremoniales anteriores reproduce lo que se refiere a recibimiento de Virreyes, que toca a ella si no está el Reino reunido en Cortes; reconocimiento de Poderes reales, que suele hacer asimismo, pues aunque es un acto preliminar de la reunión de la Asamblea, por lo mismo que no se han legalizado con la apertura solemne los actos de las Cortes, éstas delegan en su Diputación el examen de la autenticidad del documento real que las congrega. Hay una serie de cosas en la administración, que, aun planteadas durante el período de sesiones del Congreso, su resolución se complica en el último período de la vida de las Cortes, en expedientes tan largos, que se hace costumbre dejar la terminación de los trámites a la Diputación; tal los arriendos de tabaco, chocolate, etc., y estas cosas están comprendidas en el formulario. Se comprende pues que éste tampoco se encuentre en la documentación de la sección de Cortes.

En la técnica parece que retrocede. Sigue el estilo del conocido de 1744: amontonamiento de casos ocurridos recogidos de los libros de actas (esta vez de los de la Diputación), remitiéndose a los folios en repetición cansina y con el inevitable tono de crónica de sucedidos.

Como la relación entre los dos organismos es esencial, no pueda desconocérsele en un estudio de las Cortes.

Formulario de 1829

Está publicado también¹⁴. Último de la serie y el más perfecto del grupo. En el informe que le precede se encuentra explicación a la técnica seguida por la "Comisión auxiliar de Hacienda encargada por V. S. I. (las Cortes) del arreglo de un nuevo formulario para el gobierno de las Cortes...".

Porque éste quiere ser exclusivamente para los tres Estados y así lo proclama el encabezamiento.

La Comisión informa "...que ha hallado en el antiguo formulario muchos y diversos artículos que en su concepto no deben for-

14. Por J. M. HUÁRTE, en la rev. "Príncipe de Viana", núm. 1 se reprodujo copia de una publicación anterior.

mar parte de ese Reglamento interior, ya porque son los unos peculiares de la Diputación del Reino, ya porque los otros explican más bien sucesos históricos que reglas para el gobierno de las Cortes en sus sesiones. En este supuesto ha aparecido a la Comisión limpiar el riguroso formulario de todas esas especies inconexas, colocarlas en un apéndice por separado para el debido conocimiento de los casos necesarios”.

Y lo hacen. Se ha recogido todo lo hecho anteriormente, procurando dejar regulado hasta el más nimio detalle, pero sintetizando, abstrayendo la norma, resumiendo y fijando los anteriores intentos.

Las Cortes lo estudiaron y discutieron seriamente. Puede también seguirse el proceso en las actas, con las modificaciones propuestas, etc.¹⁵.

El publicado es, naturalmente, “Formulario de Cortes arreglado y aprobado por las celebradas en los años de 1828 y 1829 con vista de los anteriores que quedan sin efecto y reasumidos en éste, único vigente”.

Formularios fragmentarios y adiciones

Son los de dimensiones y variedad de asuntos mucho más limitados. A partir de mediados del XVIII en todas las reuniones de Cortes se discuten aspectos del ceremonial, la mayor parte de las veces por causa de algún roce que lleva a buscar aclaraciones o hacer patentes derechos cuya violación excita una sensibilidad ya a flor de piel por motivos más hondos.

En 1757 se trabajó sobre el gobierno de la Sala, lugar en ésta del Protonotario en competencia con el Secretario de los Estados, poderes de universidades, protestas, concurrencia de los vocales con vara a las funciones del Reino, recibimientos de personas reales y señores Virreyes, cosas que pueden verse en las actas de Cortes¹⁶.

En 1766 sobre asientos del Brazo militar, gratificaciones¹⁷.

En 1794 de adiciones y modificaciones que aparecerán en el formulario de 1795¹⁸.

En 1817, “Formulario del juramento que hacen en las Cortes de Navarra los eclesiásticos, caballeros y secretario, y de algunas cosas que se practican en ellas”¹⁹.

El 1 de febrero de 1817, “...siendo necesaria la reforma del

15. En el lib. 19 de actas de Cortes, folios 82, 224, 227, 230, 240 v.

16. S. de Cortes, lib. 9 de actas, folios 35 v., 52 v., 126 v. a 131, 210, 347 y 411 v.

17. Idem, lib. 10 de actas, págs. 486 y 489.

18. Idem, lib. 13 de actas, fols. 202 v., 249, 355, y en el lib. 14 de ídem, folio 46.

19. Idem, legajo II, Carpetas 34 y 35.

formulario, se nombran para ella a los Ilmos. Abad de Iranzu, Montesa y Urbina”²⁰.

Y así, en los últimos años de su vida, las Cortes de Navarra hicieron del coleccionar fórmulas de su régimen un deber serio al servicio del Reino.

Los formularios como fuente de estudio de las Cortes

Parece que se hace necesario establecer alguna diferencia entre los formularios de las Cortes y los de la Diputación.

En 1744, fecha de la primera colección respetable, ¿hay indicios de diferenciación? Ninguno.

La Diputación, nacida por voluntad de las Cortes en el siglo XVI, no tiene vida, personalidad propia y relevante hasta final del XVIII.

En 1744 no se les ocurre hacer un ceremonial para ella; todavía, no; pero está empezando a crecer; en 1756 es ese organismo el que por mandato de los tres Estados confecciona formularios, los anota con el Virrey y aprueba. Recuérdese que en 1644 se encomendó el asunto al Secretariado. El de 1781 ya es para las Cortes y Diputación. Por estos años, las dificultades con que tropezaban los Estados en su ejercicio eran grandes y, como ya se dijo, clausuradas sus reuniones, era cada vez mayor el número de problemas que quedaban encomendados para su resolución a la segunda Institución, que podía hacer permanente la gestión, siguiendo la instrucción escrita que recibía. Su actividad y gravedad responsable aumentaban, y con ellas las facultades, siempre definidas, se ensanchaban. Los formularios marcan el proceso; en 1807 la Diputación lo tiene propio y nutridísimo, y en 1829 se reconoce la necesidad de separar reglamentos de uno y otro Organismo.

De sólo la lectura de estas colecciones quizás no se sacarán consecuencias. Pero cuando ya se está familiarizado con ambos Cuerpos por el resto de la documentación, se encuentra con que los formularios confirman esta evolución que ya se hacía manifiesta.

Pero juntos o separados, todos son fuente conveniente y necesaria en el estudio de cualquiera de las dos Instituciones. Como fuente única, claro que no; quedaría una idea pobre e incompleta de aquéllas, a pesar de que por el mismo carácter misceláneo y de crónica de casi todos ellos son más expresivos y documentales. Dicen mucho para el que ya conoce con anterioridad las Cortes y necesita un recuento de materias en relación con el tema, para lo que constituyen un buen índice; un repaso descansado y algunas ratificaciones para el que se ha cansado de buscar esas mismas cosas, perdidas en libros de actas y legajos.

20. Idem, lib. 17 de actas, pág. 131.

El profano sacará una noticia bastante completa de la composición y régimen de la Asamblea representativa. Las facultades de ésta, sus relaciones con otros medios, el significado histórico y jurídico de la Institución, están fuera del alcance de estas colecciones de fórmulas y requieren un estudio de dimensiones ambiciosas que con entusiasmo nos hemos atrevido a empezar, siquiera sea con la pretensión de llamar la atención sobre cosas que la merecen.

MARÍA PUY HUICI

FORMULARIO PARA LA CELEBRACION DE CORTES, SEGUN LO ACORDADO POR LAS MISMAS HASTA EL AÑO DE 1744

Formulario del modo con que se gobierna este reyno de Navarra cuando Su Magestad le manda se congregate en Cortés Generales, así en el abrir del solio como en los demás negocios que se le ofrecen durante aquellas. Sacado de los exemplares que han ocurrido más precisión y practicado en diferentes, según consta por los libros a los folios que se citan, para verse con más extensión lo actuado en los casos que en él se contiene.

PODERES DE LAS UNIVERSIDADES PARA ASISTIR EN CORTES

La mañana del día que está señalado por S. E. (Su Excelencia) para abrir el solio, examina la diputación en la sala de la preziosa los poderes que las Universidades otorgan a favor de los procuradores que han de asistir en ellas y si encuentran en ellos algún embarazo se les da a entender por el secretario de los tres Estados, para que se abstengan de entrar en el Congreso asta que lo participe el Reyno junto en Cortes, como se executó en las del año de 1688 por auto que está a folio 437 del libro de Diputación.

PROTESTES DE LAS UNIVERSIDADES

Ojo. En que se le manda poner perpetuo silencio²¹

Luego que se juntan en Congreso hacen los protestes regulares las universidades que tienen pretensión de preferir a otras en los asientos, como se ha estilado en diferentes Cortes y se podrá ver al principio de todas ellas. Sobre el proteste que Corella suele hacer a Tudela se puede ver un auto de la Diputación de data de 14 de julio de 1718 con sentencia ganada por Tudela en cosa juzgada.

21. Esta advertencia es adición de la otra letra, así como lo del proteste de Corella a Tudela.

LLAMAMIENTOS DE CORTES SUBCESIVOS

Los que tienen entrada en Cortes subcesivos, entregan al secretario de los tres Estados la carta convocatoria y después de haber leydo su sobreescrito entran y juran de guardar secreto y así bien de defender la opinión y sentencia de que la Madre de Dios fué concebida sin pecado original.

JURAMENTO DE SECRETO

Los tres Estados juran de guardar secreto en todas las materias que se ofrecieren. Véase el auto de 5 de enero de 1744 de las Cortes de Tudela a folio 83 sobre el secreto²².

GRACIA NUEVA DE LLAMAMIENTOS A CORTES Y FORMA DE SU ENTRADA

Si hubiere alguno que haya obtenido gracia de Su Magestad para entrar en Cortes, presenta la Cédula Real y la carta convocatoria con memorial, suplicándole se le conceda la entrada y después de haberse leydo y visto su contenido se vota por urnas si se ha de admitir, y si se conforma, entra y jura en la forma dicha.

NATURALEZA DEL BRAZO ECLESIASTICO

Si alguno de los del brazo eclesiástico no fuere natural deste Reyno, suplica por memorial a los tres Estados se sirvan de conceder naturaleza para poder asistir a ellas y se vota por urnas y si se le concede entran y juran en la forma que se ha acostumbrado, que está a folio 2.º del libro de Cortes del año de 1677, sacado y copiado de los libros antiguos. Pero se advierte que a los señores obispos se les recibe el juramento en su asiento, como consta al folio 5 del libro de las Cortes del año de 1678, después de haber jurado la naturaleza a manos de los tres señores presidentes.

FORMA DE ENVIAR LOS PODERES Y VENIDA DEL SEÑOR VIRREY A ABRIR EL SOLIO

Antes que el Señor Virrey vaya a abrir el solio, remite los poderes Reales y carta de creencia de Su Magestad con el protonotario para que los examinen los tres Estados por evitar los inconvenientes que se pueden seguir de no hacerlo así, trayéndolos el Señor Virrey al tiempo que viene a abrir el solio; si faltase alguna circunstancia en dichos poderes, como sucedió el año de 1637, a folio 221 y el de 1644 a folio 3.º in secunda, el de 1646 a folio 80 y el de 1652 a folio 112, por cuyas razones acordó el Reyno en las Cortes del año de 1662, dejándolo por instrucción en el capítulo 66 y en las del año de 1678 en el capítulo 58 para que se les pi-

22. Desde "véase" es adición.

diese a los Señores Virreyes para examinarlos, como por ellos consta y se ha executado en las del año de 1684 como consta a folio 487 y en las del año de 1688 a folio 3, segundo, esta forma, menos cuando en dicha carta pidiese Su Magestad le conceda el Reyno algún servicio, que en este caso trae dicha carta y poderes un oidor de los del Real Consejo, como se executó el año de 1677 que consta a folio 6 in secunda por don Francisco Enriquez de Ablitas (y cuando hay Juramento de Rey como se hizo el dicho año de 77 y el de 1701 cuando se hizo al señor Phelipe Quinto). Y cuando se tiene noticia que viene dicho señor ministro sale el secretario de los tres Estados a recibirlo a la puerta del claustro si fuere en Pamplona y si fuere en otra parte hasta la puerta de la sala y al entrar en ella se ponen de pié los tres Estados haciendo muchas cortesias, pasa hasta donde está el presidente del brazo militar y se sienta a su lado y entrega dicha carta y poderes al Señor Presidente del brazo eclesiástico, y hecha esta función se sale de dicha sala acompañándole el secretario hasta el mismo puesto que lo recibió y dicho Presidente del brazo eclesiástico entrega al secretario la carta y poderes para que los lea y después de haberlos leído y visto vienen en forma, se nombran dos caballeros del brazo militar que lleven dichos poderes solamente al señor Virrey y le digan de parte del Reyno puede venir cuando gusta abrir el solio. Y si por caso encontrarán a S. E. con los Señores del Consejo y quisiere le den delante de ellos mensaje que llevan de parte del Reyno, se gobernarán en la forma que lo hicieron en las Cortes del año de 1678, que está a fol. 8, los señores don Francisco de Ezpeleta y don Antonio de Solchaga, o en la forma que deliberare el Reyno y después de haber cumplido con la orden del Reyno y haberle entregado los poderes, se vuelven a dicha sala y cuando se tiene noticia que viene S. E. salen los mismos caballeros a recibirlo hasta la puerta del claustro y tomándole en medio entran en dicha sala esperándole los tres Estados en pié, yendo el Rey de armas delante y los del Consejo y Fiscal quedando fuera de dicha sala, los alcaldes de la Real Corte y oidores del Tribunal de Cámara de Comptos. Y habiéndose sentado S. E. en una silla que está prevenida para este efecto debajo de un dosel y los del Consejo y Fiscal a sus lados, el Protonotario lee los poderes y proposición que hace el S. Virrey diciendo primero el Rey de armas en alta voz por tres veces oíd, oíd, oíd. Y después de haberlos leído, sale S. E. de dicha sala acompañándolo dichos caballeros hasta el mismo puesto que lo recibieron. Y aunque en las Cortes del año de 1611 que está a folio 7 y el de 1621 como consta a folio 38 y en las del año de 1624 a folio 65 protestó el Reyno al Consejo que el asistir en dicha función no le parase perjuicio a la pretensión que tenía para lo contrario por no ser parte formal para semejantes actos no obstante dicho proteste ha ocurrido en diferentes Cortes, llevándolo al Señor Virrey los dos caballeros en medio, como consta en las Cortes del año de 1624 a folio 64 in secunda, entrando en la misma forma que esta ocasión según se puede inferir de dicho acto, aunque no se especifica en los

que después acá han sucedido con distinción como se podría ver en las del año de 1644 a fol. 2 in segunda, en las de 1645 a fol. 33 in segunda, en las de 1646 a fol. 79 in secunda, en las de 52 a fol. III in secunda y por otro auto de dichas Cortes sobre lo mismo a fol. 136 in secunda y en las de el año de 1662 a fol. 299 in secunda, menos en las del año 77 que entró en la forma referida, llevando en medio los dos caballeros como más por extenso consta a folio 8 in secunda del libro de resoluciones, pero en las del año de 1684 que está a folio 437 in secunda consta se invirtió este orden de entrar S. E. a abrir el solio en medio de los caballeros que salieron a recibirlo habiendo ido confundidos con los del Consejo aunque se detuvieron un rato disputando les tocaba ir a los dos lados de S. E., pero sin embargo entraron en la referida forma y dichos caballeros al tiempo de salir le representaron a S. E. la novedad que se executaba en no darle el puesto acostumbrado y que si S. E. no se servía fuesen en dicha forma, les diese por escusados de irlo acompañando y después de haber conferido con el Consejo les mandó se quedasen sin acompañarlo, por cuya razón en las Cortes del año de 1688 que se celebraron en la ciudad de Olite, como consta a fol. 3, no salieron a recibirlo los caballeros que fueron a decir a S. E. podía venir cuando gustase a abrir el solio, antes bien hizo el Reyno el proteste que en él se refiere sobre que no le parase perjuicio el haber entrado con S. E. el Señor Regente y decano a dicho acto para la pretensión que tiene el Consejo a semejantes funciones y lo mismo se hizo en las del año de 1691, pero por ley está tomando forma de que no asista el Consejo ni consultores a dicho acto. Y resuelto por auto de 26 de noviembre a folio 72 del libro nuevo la forma con que ha de venir el Señor Virrey con los doce nombrados por el Reyno, cuatro de cada brazo, como se executó al levantar el solio el año de 1692²³.

NOMBRAMIENTO DE CAPELLANES

Se nombran capellanes para decir misa al Reyno y se les da de limosna cuatro reales por cada una.

HORAS DEL DESPACHO

También se señalan horas para el despacho.

FORMAS DE LLEVAR RECADOS A SU EXCELENCIA

En los negocios que se ofrecen con el Señor Virrey, o para llevarle algún papel, se nombran dos caballeros, uno del brazo militar y otro de las universidades = [Entre líneas. Pero para avisarle venga a abrir o levantar el solio los dos han de ser del militar.]

23. La frase encerrada más arriba entre paréntesis va al margen con llamada.

CONTRAFUEROS

Si hubiere contrafueros se empieza a tratar de ellos.

FORMA DE LLEVAR LOS PEDIMENTOS DE LEYES AL SR. VIRREY

Para llevarse los pedimentos de reparos de agravio y de leyes al Sr. Virrey, se embía primero recado con un portero a saber si puede ir el Reyno a besarle la mano y lo executan los tres presidentes, yendo con mazas y la forma como los recibe el Sr. Virrey se podrá ver en el libro de Cortes del año de 1652 a fol. 137 in secunda = [Añade la otra letra: Que es saliéndoles a recibir a la antesala y entra delante y se sienta en su silla que está prevenida correspondiente a las goteras del dosel y al lado derecho; y al mismo nivel al otro lado la del Sr. Presidente del brazo eclesiástico y contiguas las otras dos sillas de los otros dos caballeros presidentes y se advierte que si concurre el Sr. Obispo y fueren en coche, al lado del Sr. Obispo va el Sr. Presidente del brazo militar y a los caballos solo el Sr. Presidente de las universidades].

MODO DE VOTARSE LOS NEGOCIOS

Todos los negocios graves y aunque sean del servicio de Su Magestad, se votan por urnas, según lo resuelto en las Cortes del año de 1642 como consta a fol. 312 in secunda y 342 in secunda del libro de dichas Cortes el año de 44 al fol. 9 y el de 77 a fol. 73 en el cual se previene se haya de leer al principio de Cortes y adelante de ocho a ocho días =

Que todos los negocios se hayan de votar por urnas y que el secretario las haya de dar sin que se las pidan está a fol. 10 del libro de Cortes del año de 77 = Y a fol. 42 in 2.^a de dicho año. Otra forma del votar o tratar en materia que no ha conformado el Reyno, resuelto en las Cortes del año de 44, está a folio 29 y otro del año de 52 a fol. 216 = El modo como queda negada cualquier proposición que se vota por urnas no conformando los tres brazos y la forma que se tiene está a fol. 353 del libro de las Cortes del año 1678 = En las mismas Cortes está auto sobre la forma del votarse los negocios a fol. 262 del libro de resoluciones, aunque no conformaren en él los tres brazos. =

Por auto de las mismas Cortes de 78 que está a fol. 353 está resuelto que todas las resoluciones tomadas por el Reyno en cualquiera negocio, no se pueden volver a proponer otra vez sin que haya en el brazo eclesiástico seis votos, en el militar veinte y quatro y en el de las universidades treinta; y otro auto casi al mismo intento está en las Cortes del año de 45 a fol. 64 y en las de 62 a fol. 380 = [Al margen la otra letra. En las Cortes del 1725 a fol. 392 in 2.^a hay dos autos: el uno sobre el modo de votar las materias resueltas; y el otro de votar las materias nuevas].

CIRCUNSTANCIAS PARA PODERSE DISOLVER LA SESIÓN ESTÁNDOSE TRATANDO DE EL SERVICIO A SU Magestad

Para disolverse la junta o sesión estándose tratando del servicio de Su Magestad que pide pronta deliberación, aunque haya dado la hora ha de ser de conformidad de los tres brazos y no de otra manera, como consta del auto que está a fol. 65 de las Cortes de 77. =

CUENTA QUE DA LA DIPUTACIÓN SOBRE LOS NEGOCIOS QUE HAN ESTADO A SU ENCARGO

La diputación da cuenta al Reyno de los negocios que han ocurrido en su tiempo y del estado de ellos y los tres estados le dan las gracias por haber cumplido con puntualidad con su encargo.

SI SE TRATA EN NEGOCIO DE ALGÚN INDIVIDUO, SALGA

Si sucediere el tratarse en negocio de algún individuo, sale aquel fuera de la sala = [La otra letra: Es del año 1695, fol. 193.]

NATURALEZA A LOS DEL BRAZO MILITAR QUE FUEREN CASTELLANOS

Por auto de Cortes del año 77 a fol. 115 está resuelto que ninguno pueda entrar en Cortes sin ser natural de este Reyno y que para haber de entrar haya de pedir primero naturaleza. [La otra letra: Y por auto del año de 52 que está a fol. 138 está resuelto que no puede hacer gracia el Reino de los diez y seis (falta sin duda ducados) que tocan al hospital general de Pamplona] (al margen en caracteres grandes: OJO)²⁴

Estando tratando sobre algún negocio nadie hable sin advertir primero al Presidente de su brazo tiene que decir y que el presidente lo proponga al Reyno se sirva oirlo = 1652, fol. 161 vto.

Por otro auto de las Cortes del año de 78 a fol. 230 está resuelto que estando tratando o confiriendo algún negocio, ninguno hable sin advertir primero a el presidente lo proponga al Reyno para que se sirva oirlo. =

MODO DE PROTESTAR EN LOS NEGOCIOS

Para protestarse en algún negocio es preciso se vote primero aquel y después se proteste y no antes, como está dispuesto por auto de las Cortes del año de 1678 a fol. 346 in 2.^a

DESPEDIDA DE SÍNDICOS Y SU ELECCIÓN

Los síndicos se despiden al principio de Cortes y se vuelven a reelegir como se ha estilado en diferentes Cortes y consta de las del año de 52 a

24. Esos dieciséis ducados eran una parte de lo que los que se naturalizaban satisfacían al Reino, que varió en su cuantía con el tiempo.

fol. 156 in 2.^a, de las del año de 62 a fol. 302, en las de 78 a fol. 346, en las del año de 84 a fol. 440 y en las del año de 88 a fol. 7, y si hubiere oposición en la reelección o se quisiere hacer aumento de alguno, se podrá ver lo actuado en las Cortes del año de 1628 a fol. 98 y 99 in 2.^a, en las del año de 32 a fol. 142, o en las del año de 37 a fol. 222 y en las del año de 45 a fol. 64 in 2.^a y si faltare alguno de ellos para su elección se prefija día y jura en la forma que está dispuesto en dicho auto = Y en las de el año de 1688 celebradas en la ciudad de Olite a fol. 7 del libro nuevo. = Y en las de Pamplona año 1757.

MODO DE NOTIFICARSE AL REYNO CUALQUIER DESPACHO

Si se ofreciere hacer alguna notificación al Reyno junto en Cortes da orden a los Síndicos para que respondan como se hizo en las Cortes del año de 84 a fol. 466 in 2.^a = Y si fuere de entrada en Cortes se nombran caballeros del militar y universidades para que se informen de las calidades. [Al margen la otra letra. A fol. 68 in 2.^a, a fol. 81 in 2.^a, a fol. 102; a fol. cortes de 77, 109: 134 = 137; 143, 183; 245: auto de como hacerse a fol. 49 in 2.^a o en cortes de 77 y hay otros en adelante.]

ELECCIÓN DE AGENTE GENERAL

Si estando en Cortes bajare el ejercicio de agente general, para elegirse otro se podrá ver lo que se executó el año de 78 a fol. 376 in 2.^a y 379 y el año de 84 a fol. 498 in 2.^a. =

Forma de admitir a los diputados de algún Reyno o provincia a alguna pretensión, hallándose el Reyno en Cortes, se les da entrada en el Congreso y se sientan al lado del Sr. Presidente del brazo militar, saliéndoles a recibir a la puerta el secretario, como se hizo en las Cortes del año de 1644 que vinieron diputados por la ciudad de Fuenterrabia, como consta a fol. 21 del libro de Cortes de dicho año. = Y cuando el de Aragón en la ciudad de Olite el año de 88, desde folio 36 en adelante. = Y el año de 1697 en la ciudad de Estella desde el folio 72.

BIEN VENIDO A ALGÚN GRAN PARTICULAR QUE VINIERE ESTANDO CELEBRANDO CORTES

Si viniere estando el Reyno junto en Cortes algún grande de España u otra persona de graduación, se le da el bien venido por dos caballeros, uno del brazo militar y otro de las universidades, como se executó en las Cortes del año de 46 que consta a fol. 95 in 2.^a y en las de 78 a fol. 126 in 2.^a, 152 in 2.^a y 382. = [La otra letra: Y vuelven la visita como consta a fol. 155.]

CELEBRIDAD DE SUS FESTIVIDADES

Si durante las Cortes fuere tiempo de celebrar alguna festividad de las que acostumbra el Reyno por la Natividad de Nuestra Señora o de sus

Patronos San Francisco Javier o San Fermín, asiste a ellas en la misma forma que está en la sala de la Preciosa, como lo hizo el año de 77 y consta a fol. 190 = 267 y 305 y en las del año de 84 a fol. 483 y 524 = Y en las del año de 1692 en la ciudad de Estella.

FORMA DE CONTINUARSE LAS CORTES AUNQUE MUERA EL SR. VIRREY QUE LAS CONVOCÓ

Si estándose celebrando Cortes muriese el Sr. Virrey que las convocó, el que le suboediese trae nuevos poderes y carta de creencia de Su Magestad para su continuación, como se practicó en el año de 1653 que murió el Sr. Marqués de Villena, que todo consta a fol. 221 y 228 in 2.^a del libro de dichas Cortes, habiéndose suspendido aquellas en virtud de cédula de Su Magestad y vuéltose a convocar por el Regente con nuevos poderes que consta a fol. 231 del libro de dicho año, habiéndolas proseguido el Sr. Conde de Santesteban que le sucedió en el Virreynato como así bien consta a folio 237 de dichas Cortes y libro del de 1684 que por haber muerto el Sr. Don Iñigo de Velandía, por notificaciones que mandó hacer el Sr. Regente a los particulares de los tres Estados, se suspendieron aquellas y el mismo Sr. Regente en virtud de poderes hizo convocarlas para que nombrase junta o diputación en dos sesiones, en un mismo día, mientras viniese Sr. Virrey con poderes para su continuación, habiéndoles remitido dicho Señor Regente con el Secretario Marcos de Echauri, y después de haberse discurrido si se daría cumplimiento o no a dicha Real Cédula y votándose por urnas, no conformaron los brazos y sin embargo se prosiguió hasta 13 de agosto de dicho año que se tuvo carta de Su Magestad mandando se nombrase dicha junta o Diputación en una o dos sesiones y que se cesase en las Cortes hasta que viniese el Sr. don Enrique de Venavides, Virrey electo, con nuevos poderes, lo cual se executó obedeciendo la Real Cédula y luego que llegó a esta ciudad dicho señor Virrey, convocó las Cortes y envió la carta de creencia y poderes de Su Magestad para la continuación con el protonotario y habiéndolos visto y examinado se resolvió se le diere el bien venido por los Señores Presidentes yendo con mazas, y que el juramento que se estila hacer de los fueros y leyes, lo hiciese el día del levantamiento del solio, como todo consta a folio 460 = 483 y 484 in 2.^a de las Cortes del año de 1685, habiéndose hecho esto mismo el año de 1653 cuando vino el Sr. Conde de Santesteban que consta a fol. 237 in 2.^a y si viniese Sra. Virreyna se executa lo mismo por los señores tres presidentes, como se hizo con la Señora Condesa de Fuensalida en las del año de 78 que está a fol. 116 y lo mismo en cualesquiera enhorabuenas que se hubieren de dar a S. E. y si se ofreciere dar algún pésame se podrá ver lo que se hizo en el año de 1652 a fol. 186 = o 136 = in 2.^a que es según lo que se practicó cuando murió el Sr. Marqués de Villena que está a fol. 214 del libro de diputación.

MODO DE HACER ALGÚN SERVICIO A SU MageSTAD

Si durante las Cortes escribiere Su Magestad al Reyno pidiendo le sirva con un tercio, lleva la carta uno de los del Real Consejo, lo cual se ha executado en todas las Cortes que se le ha servido con algún servicio, como consta de las del año 44 a fol. 7, de las del año de 45 a folio 42, de 46 a fol. 79 in 2.^a, de 52 a fol. 149, 158 in 2.^a. [Al margen: «Véase un memorial que está a fol. 149 del año de 1652], de 53 a fol. 261 de 62 a folio 304 y 346 y de 78 a folio 362 in 2.^a y 391 [Otra vez al margen, la otra letra ha añadido: «Y el de 705 a fol. 361 in 2.^a, y en adelante con prevenida que si se ofreciere otra ocasión, por los inconvenientes que se han experimentado luego que se le entregaron al Sr. Virrey los repartimientos de lo que a cada ciudad, villa y valles toca, será prevenido en la orden a todos de lo que toca y para qué día, han de estar en la plaza de armas y que al tiempo salgan los ministros a aprobarlos, y esto atraiendo por las ciudades, villas y valles e no llamándoles a parajes por los gastos que se siguen y que con ningún pretesto paguen nada ni a los infantes que lleban, porque sobre a havido (sic) grandes quejas de los excesos] en las cuales llevó dicha carta don Francisco Henriquez de Hablitas oidor del Real Consejo, y habiéndole salido a recibir el secretario, entró en la sala y se sentó al lado siniestro del Sr. Presidente del brazo militar y que después de haber hecho una larga proposición pidiendo en nombre de su Magestad el tercio, entregó al Sr. Obispo, como a presidente del brazo eclesiástico dicha carta, habiéndole respondido con toda veneración, atenderá el Reyno a cuanto fuese del mayor servicio de Su Magestad, y oída dicha respuesta salió de la sala acompañándolo el secretario hasta la puerta del claustro = Y si se concediese dicho tercio, se le da noticia a S. E. por dos caballeros, y de que se quedan formando las condiciones. Y después de perficionarlas se llevan a S. E. por los señores tres presidentes para que las apruebe Su Magestad y si se quisieren ver las de los servicios que se han hecho en diferentes Cortes, de gente, se encontrarán en las del año de 42 a folio 309 y 315, de 45 a folio 51 = de 46 a folio 83, de 52 a folio 172 in 2.^a, de 62 a folio 309 y 558' y del año de 77 a folio 28. E inmediatamente se pasa nombramiento de oficiales de primera plana nombrando caballeros para examinar los papeles de los pretendientes, haciéndose su nominación por escutrinos y si no pudiere conformar el Reyno, toma la providencia que se executó en las Cortes del año de 46 que está a folio 45, para la elección de sargento mayor, el año de 52 a folio 170 in 2.^a para la elección de maestro de campo, y en el año de 77 a folio 65 para la elección así bien de Maestro de Campo =

También se nombra veedor, pagador y contador de dicho tercio y se le da la instrucción que ha de executar, como se hizo en las Cortes de 77 a folio 71 =

Se nombran personas para hacer la entrega de la gente en la plaza de armas que señalare el Reyno y se les da la instrucción de la forma que

se han de gobernar, como se hizo en las Cortes de 77 que está a folio 67 =

Su Magestad envía patentes en blanco para los capitanes que nombrare el Reyno =

Si el Reyno quisiere hacer el cotejo de lo que puede importar la asistencia del tercio según el tiempo que estuviere en campaña, lo podía ver a folio 74 de las Cortes de 77 =

También podrá ver lo que se cargó a los hombres de negocios de todo el Reyno según su caudal = Y lo que el año de 45, está a folio 47 = [La otra letra: Y si escribe el Rey nuestro señor, dando las gracias del tercio, trae la carta un oidor real como lo hizo el año de 77 a folio 50.]

SERVICIO PARA FORTIFICACIONES

Si se hiciere algún servicio a Su Magestad para fortificaciones de esta ciudad y su castillo, se le da noticia a Su Excelencia por dos caballeros de la cantidad con que se ha servido y le llevan los señores Presidentes sus condiciones para que las apruebe Su Magestad y si se quisieren ver las del año de 84 hasta folio 474 y 539 y las del año 88 a folio 23 = Y si Su Magestad diere las gracias al Reyno de dicho servicio, lleva la carta de Su Magestad uno de los señores del Real Consejo, como se executó el año de 84 por el señor don Mateo López de Dicastillo, que está a folio 535 y en las del año de 88 por el señor don Antonio Manuel de Marichalar, a folio 34 = Y el de 1692 a folio 142 =

Si en algún servicio no se pudieren conformar, se da cuenta a Su Excelencia del estado de él, según se executó en las Cortes de 78 y 84 =

RECUERDO AL SR. VIRREY QUE DECRETE LOS PEDIMENTOS QUE ESTÁN EN SU PODER

Quando retarde Su Excelencia en despachar los pedimentos que le ha llevado el Reyno, se le hace recuerdo por dos caballeros para que se sirva despacharlos o, si al mismo tiempo se ofreciere llevarle otros de nuevo, lo ejecutarán los señores Presidentes como se ha hecho en diferentes ocasiones y en las Cortes de 78 a folio 101 y 386 in 2. = [Añade la otra letra: Y si no obstante no los decreta, se le recuerda por papel como parece a folio 9 in secunda y otras veces informa a Su Magestad como está a folio 113. Pero es después de haber hecho instancias verbales.]

CORRIDA DE TOROS EN TIEMPO DE CORTES

Si estando celebrando Cortes se ofreciere corrida de toros de algún feliz suceso o de la festividad que solemniza esta ciudad de Pamplona por su patrón San Fermín, para asistir a ellas se nombran personas que culden de la disposición y adorno de la galería que se ha estilado fabricar para semejantes actos, dándoseles poder y facultad para disponer del remate y coste de dicha galería como se hizo en las Cortes del año de 1652 que

está a folio 179 y en las del año de 77 a folio 102, asistiendo a ellas en la forma que entonces se executó y se podrá ver al dicho folio 179 del año de 1652 = Y aunque en las Cortes del año de 77 se ventiló el modo de hacer la cortesía el Alcalde de Corte que sale al despejo, y se hicieron diferentes representaciones a Su Magestad y a Su Excelencia sobre lo referido, se tomó la providencia por el señor Virrey Conde de Fuensalida, no se hiciese despejo y por no tener entendido tenía resuelto el Reyno no asistir a dicha corrida, participó al Reyno esta resolución por el señor de Elio para que se sirviese de asistir con el seguro de su palabra que consta a folio 136 y 137, con cuyo motivo resolvió ver los toros como lo executó, habiéndose cumplido en todo como lo ofreció el señor Virrey, pero por haber obtenido cédula de Su Magestad de data de 28 de julio de 81 y de 26 de junio de 85, que están a folio 220 y 340 del libro de diputación, dando la forma en que se ha de hacer el despejo en semejantes casos, se envía recado a Su Excelencia con dos señores diputados para que se sirva de mandar executar dicha real cédula como en ella se refiere y se ha executado después acá, como consta a folio 213 hasta 17 del año de 81 y de 339 del año de 85. Y aunque el año de 90 quiso el Consejo hacer novedad para que se le hiciese la venia, no asistiendo a la fiesta el señor Virrey por sus achaques, habiéndolo entendido la Diputación, dió memorial a su Excelencia en 9 de julio de dicho año y resolvió el Sr. Virrey en vista de dicho memorial y representación del Reyno, que no se hiciese venia a ninguno por no hallarse S. E. en dicha fiesta, por tocarle solo a él la venia, como lo dispone dicha real cédula, y no a otro alguno, lo cual consta por dicho Decreto que está a folio 540 del libro de Diputación, habiéndose executado así en dicho despejo, como consta por testimonio dado por Miguel de Guillerme escribano real, de todo lo sucedido en dicho despejo del año de 90 a folio 541 y de haberse executado en la forma resuelta por el Sr. Virrey, habiéndose hecho instancia sobre lo mismo a Su Magestad, que está a folio 543 = Y se ha executado en la misma forma el año de 1691 con el motivo de la venida del Sr. Marqués de Villena. =

LEGADOS A MADRID

Si sucediere nombrar legados para ir a la Corte a la solicitud de negocios que se ofrecen durante las Cortes, o a alguna función de enhorabuena o pésame, se les da instrucción y carta de creencia para Su Magestad y demás ministros, como se ha hecho en todas las ocasiones que han ocurrido de esta calidad y en especial en las Cortes del año de 1677 que consta a folio 70 = 75 = 88 = y 89 = del libro de dichas Cortes y a folio 167 hasta 170 y 281, jurando dichos señores legados antes que partan, en manos de los Srs. Presidentes, que no pretenderán cosa alguna para sí ni para otra persona, directa ni indirectamente, y que sólo atenderán a poner en ejecución la legazía a que son enviados, como consta a folio 170 y a folio 127 del libro de diputación del año de 79, ajustándo-

seles la cuenta que dieren de todos los gastos, llevando por sus salarios de cada día a cuatro ducados, y demás las ayudas [Superpuesto «de los que»] se les dieren, como consta a folio 180 del libro de diputación del año de 80 = Y lo mismo se hace si muriere el Rey nuestro señor o la Reyna nuestra señora, como se podrá ver en el libro de diputación del año de 43 a folio 79 in 2.^a, el de 46' a 150 y 153 y el año de 62 a folio 313 in 2.^a y a 318 para el nacimiento del Príncipe nuestro señor = Y lo mismo se hizo el año de 89 por la muerte de la Reyna nuestra señora y por el segundo feliz casamiento del Rey nuestro señor con la serenísima Princesa de Neoburgo, aunque una y otra función no se efectuaron por los decretos que expidió Su Magestad para que ningún reino, procuraría o comunidad, fuese a darle el pésame ni la enhorabuena. =

NATURALEZA DE EXTRANJEROS

Si algún extranjero pidiere se le conceda naturaleza en este Reyno, da memorial declarando de donde es natural y las demás circunstancias de su pretensión; y los tres Estados, después de haber votado por urnas, si conformaren, le mandan haga fe de su narrativa y hace información de lo que refiere en su memorial, y después de haberla presentado y examinado el Reyno, se vota por urnas si se le concederá dicha naturaleza, y si conforman los tres brazos, entra a jurar en la forma ordinaria en manos de los tres Presidentes y se le despacha título en forma, firmado por ellos y sellado con el sello del Reyno y refrendado por el secretario. =

VENIDA DE SU MAGESTAD EN TIEMPO DE CORTES Y JURAMENTO DEL PRÍNCIPE

Si Su Magestad resolviese venir a visitar este Reyno a tiempo que se están celebrando Cortes, se gobernará en su recibimiento en la forma que lo hizo el año de 1646 con el Sr. Rey Phelipe Cuarto, que consta a folio 87, si bien no se encuentra en dicho libro se hubiere executado aunque si la forma que se tuvo para darle el bien venido y besarle la mano y lo que se executó consta a folio 93 in secunda y con el Sr. Principe don Baltasar Carlos a folio 103, y si se ofreciere hacer juramento de Príncipe, lleva la carta un oidor del Real Consejo, como se hizo el año de 1611 que está a folio 4 y si se quisiere ver el que se hizo en ausencia al Sr. Rey Carlos segundo en las Cortes del año de 1677 y en su nombre al excelentísimo Sr. Conde de Fuensalida, Virrey que al tiempo era, está a folio 16 del libro de dichas Cortes. Y aunque en las Cortes del año de 1632, según consta por auto que está a folio 140 y 141, quedó resuelto para el día 23 de mayo de dicho año la jura en ausencia del Príncipe nuestro señor don Baltasar Carlos, no consta en dicho libro la forma en que se hizo, si que llevó la carta y poderes un oidor del Consejo, pero a folio 104 de las Cortes del año de 1646, consta lo ratificó, y también la diferencia que hubo entre el Consejo de la Cámara y el de este Reyno sobre la forma de concurrir en dicho juramento, que está al dicho folio 104. =

CUENTAS DEL VÍNCULO DEL REYNO

Las cuentas del Vinculo del Reyno se toman antes de nombrarse diputados, como se ha estilado en todas las Cortes. =

FORMA DE HACERSE EL APEO

Cuando se hubiere de hacer nuevo apeo de los vecinos y habitantes que hay en este Reyno, se nombran diez caballeros comisarios de los dos brazos, dos para cada merindad, como se executó en las del año de 77 que consta a folio 223 y 224, señalándoseles a tres ducados por día a cada uno, como se hizo en dichas Cortes y está a folio 201. Y para executarse el hacer dicho apeo, se da memorial al Sr. Virrey, suplicándole se sirva de mandar dar los despachos necesarios para los señores comisarios nombrados, para poner en ejecución su comisión, como se hizo en dichas Cortes, que está a folio 225 y la instrucción que se les dió, a folio 226 y el despacho de Su Excelencia a folio 232, jurando antes de partir la observancia de dicha instrucción, como lo executaron, que consta a folio 233, dándoles así bien el Sr. Obispo despacho para compeler a las curas a que asistan al dicho apeo. =

PRAGMÁTICA DE TRAJES

Si se intentare hacer pragmática para la reforma de trajes, se nombran personas para que levanten sus capitulos y después de aprobarlos el Reyno, se pide por ley su observancia, como se hizo en las Cortes del año de 1677. =

MONEDA DE VELLÓN

— Para hacer fábrica de moneda de vellón, se discurren los medios para su ejecución, como se executó en las Cortes de 1677 que se podrá ver a folio 187 y en la ley que en ellas se hizo en dicha razón. =

NOMBRAMIENTO DE DIPUTADOS Y LA FORMA DE HACERSE

Para el nombramiento de los Srs. diputados que ordinariamente se hace a fin de las Cortes, se prefiere día y si se quisiere ver la forma en que se hizo las del año de 78, está a folio 341 y 357 in 2.^a, en las de 84 a 359 y en las de 88 a 39 = Aunque en las Cortes del año de 37 a folio 224 y 302 y en las de 42 a folio 352 consta se nombraron duplicados Srs. Diputados, pero por resolución de las mismas Cortes, que está a folio 363 quedó acordado que en adelante se observase la forma que antes se estilaba, nombrando uno del brazo eclesiástico, dos del militar, los nombrados por la ciudad de Pamplona y los dos de la merindad a quien toca por turno la diputación, lo cual se ha executado después acá = [Añade al margen la otra letra: Véase la nota que está al folio 17 de este formulario sobre que no pueden votar los del Brazo militar que están en las

universidades²⁵. Y el de el brazo eclesiástico se vota por póliza y el que quedare nombrado lo explica el Sr. Presidente de dicho brazo y inmediatamente se pasa al nombramiento de el militar que también se hace por pólizas. =

NOMBRAMIENTO DE CABOS COMISARIOS PARA CONDUCIR MILITARES

También se nombran diez caballeros del brazo militar de Cortes a Cortes, para que si subcediere el transitar por este Reyno gente de milicias, elija Su Excelencia el que fuere servido para que conduzca dicha gente señalando la Diputación los tránsitos. Y porque en la paga de los salarios de los señores comisarios ha habido variación de lo resuelto en las Cortes del año de 88 a folio 47, como se podrá ver en el acuerdo que tomó la Diputación el año de 90, que está a folio 583, convendrá resuelva lo que se debe observar en este caso = Y para en las Cortes de Estella, año de 1692, se hizo ley dando facultad de lo que debía executar en esta materia se podrá ver aquella y todo lo que en la misma se ha executado, repasando dichos salarios con toda atención a no ser gravados unos pueblos más que otros. =

SERVICIO DE CUARTELES

Para tratarse del servicio de cuarteles y alcavalas se señalan días y los que se concedieron el año de 78 y su forma están desde folio 413 hasta 422 in 2.^a, los del año de 84 a folio 533 y los del año de 88 a folio 58. E inmediatamente se da cuenta al Sr. Virrey de haber conformado el Reyno y en qué forma = Y el tratarse de ellos es al fin de las Cortes y después de concluirse los negocios de ellas y difiriéndose el tratarse de negocios estándose tratando de ellas como se ha estilado, sin que se pueda pasar a esto si hubiere pedimento en Palacio, porque primero han de decretar. [Al margen: En año de 1678 a folio 274.]

PODERES Y INSTRUCCIÓN A LA DIPUTACIÓN

Los tres Estados dejan instrucción a la Diputación y poderes firmados de los Srs. tres Presidentes como siempre se ha estilado y después de haberse otorgado dicho poder, juran los Srs. diputados en manos de dichos Srs. Presidentes de guardar y cumplir lo que se les ordena en los poderes y instrucción, como consta a folio 72 in 2.^a de las Cortes del año de 45, a folio 540 de las del 84 y a 59 de las Cortes de 88. =

25. Individuos que tenían asiento y voto en el Brazo militar, eran elegidos a veces por algunas universidades (villas o ciudades con asiento en Cortes) como procuradores o representantes suyos y en 7 de abril de 1617 determinó el Reino "...que caballero que viene por universidad, aunque sea llamado al brazo militar, no pueda votar en él".—S. de Cortes, lib. 2 de actas, fol. 19 v.

LIBRANZA GENERAL

La libranza general se despacha por urnas según Cortes del año de 84 y executado el de 88. =

PIDIMIENTO POR PATENTE DE LEYES

Al final de las Cortes se hace pidimento suplicando se despache por patente todas las leyes que se han hecho en ellas y le llevan los señores Presidentes. =

INSISTIMIENTO GENERAL

También se hace auto de insistimiento general como siempre se ha estilado²⁶. =

FORMA DE CONCLUIRSE LAS CORTES Y CERRAR EL SOLIO

Después de haberse concluido con todos los negocios que ocurren en Cortes generales, se avisa al Sr. Virrey por dos caballeros y se le suplica se sirva de señalar el día para levantar el solio como se hizo en las Cortes de 45, en las de 54, que está a folio 29, en las de 78 a folio 429, en las de 84 a folio 544 in 2.^a y en las de 88 a folio 58 in 2.^a. Y llegado el día señalado, vuelve a enviar dos caballeros al Sr. Virrey a decirle puede venir cuando gusta a levantar dicho solio y que lo está esperando el Reyno y cuando se tiene noticia que viene Su Excelencia, le salen a recibir dichos caballeros y después de haber entrado en la sala, en la misma forma que al abrir el solio, hace el juramento de observar y guardar los fueros y leyes deste Reyno como siempre se ha estilado en semejantes casos y se podrá ver en la forma que se han executado en las del año de 42 a folio 387 in 2.^a, el de 44 a folio 29, el de 45 a folio 74, el de 55 a folio 295, el de 62 a folio 419, el de 78 a folio 434, el de 84 a folio 544 y el de 88 a folio 60 in 2.^a (aunque en dicho acto no salieron los caballeros a recibir al Sr. Virrey por no haberlo hecho al abrir el solio por la diferencia que hubo). [Al margen dice: «Variación por la disposición de ley»] Y acabado dicho acto se sale de la sala y a breve rato, cuando se juzga ha llegado Su Excelencia a palacio, va todo el Reyno a entregarle el otorgamiento del servicio voluntario de cuarteles y alcabalas, yendo delante los maceros y después todos los señores de los tres Estados, syndicos y secretario, mezclados y los últimos los señores presidentes, como todo consta a los folios citados de dichas Cortes y los recibe Su Excelencia debajo de dosel, y después de haberle entregado dicho otorgamiento, se vuelven a la misma

26. El "insistimiento" era, como su nombre indica, una insistencia que se hacía al final de las Cortes, en la petición del reparo de agravios que habían quedado sin reparar, o reparados, pero no a completa satisfacción del Reino.

sala donde se da fin a las Cortes = [Añade la otra letra: Está variada esta forma por ley de las Cortes que se celebraron en Estella el año de 1691 y se executó como en ella se dispone en dichas Cortes, al tiempo de el levantamiento de el solio y cuando fué a Palacio el Reyno, lo esperó Su Excelencia en pié con los dos consultores a los lados a las goteras de el dosel. =

RECIBIMIENTO DEL SR. VIRREY SI VINIERE EN TIEMPO DE CORTES

Si estando el Reyno junto en Cortes viniere nuevo Sr. Virrey, se señalan caballeros que salgan a recibirlo como se hizo el año de 1653 con el Sr. Conde de Santesteban que está a folio 234 in 2.^a, y el año de 84 con el Sr. don Enrique de Venavides, a folio 476, dándoseles el bien venido por los tres Srs. Presidentes, como consta a dicho folio, y el juramento le hacen al tiempo de levantar el solio. =

TERCERA ARCA DEL DEPÓSITO GENERAL

Sirva de memoria que el año de 1642 se resolvió añadir la tercera arca del depósito general como consta a folio 382 y en las Cortes del año de 1645 a folio 69 se tomó resolución sobre la forma. =

ADVERTENCIA SOBRE LLEVAR EL LIBRO DE AUTOS AL SR. OBISPO

También por ser cosa especial sirva de memoria lo que intentó el Sr. Obispo en cargos de Virrey en las Cortes del año de 1637 en querer llevase el secretario de los tres Estados el libro de resoluciones a palacio con el fin de ver Su Excelencia un auto que se había hecho en dichas Cortes, por tener orden de Su Magestad para ello, y todo lo que constó se executó, está a folio 287 y 288 de dicho libro. =

ADVERTENCIA

Otro auto de los Cortes del año de 1632 a folio 204 sobre la elección de regidores de esta ciudad de Pamplona. =

PROTESTES DE LA CIUDAD DE PAMPLONA CUANDO SE CELEBRAN CORTES EN OTRA CUALQUIERA DEL REYNO

Sirva de advertencia que así en esta ciudad de Pamplona como en todas las demás del Reyno donde se celebraren Cortes, van los procuradores de dicha ciudad a la sala de la preciosa con mazas y con veneras como lo executó el año de 45 en las que se celebraron en la ciudad de Olite, habiéndole protestado las demás ciudades y cabeza de merindad, el cual está a folio 34 y el que hizo dicha ciudad de Pamplona a la de Olite sobre ir hasta la sala de Cortes con mazas y entrar con veneras y a las demás ciudades también porque entraron con veneras, que todo está a folio 37

del libro de dicho año de 45 sin que ninguna de las otras ciudades cabezas de merindad hayan ido en esta forma cuando se han celebrado Cortes en Pamplona y aunque en las que se celebraron en la ciudad de Olite el año de 88 fueron todas con mazas hasta dicha sala y entraron con veneras, protestó la ciudad de Pamplona que por tener solo ella este privilegio le tocaba entrar en la forma referida y no a las demás del Reyno, como todo consta del libro de resolución de dichas Cortes = Y fueron en la misma forma hasta la sala de las Cortes que se celebraron en Estella el año de 1691, con mazas las cuatro cabezas de merindad y con veneras las demás ciudades, y la de Pamplona protestó como todo consta a folio 63 del libro de dichas Cortes. [Al margen. Y lo mismo sucedió el año de 95 en las de Corella] =

Nota: Sobre que no se pida servicio extraordinario sin que primero se reparen o vengán decretados los pedimentos de reparos de agravios.

En las Cortes de Estella año de 1692 se hizo ley a contrato del aumento de servicio de ocho mil ducados para fortificaciones, el que no se pudiese pedir servicio extraordinario de dinero sin que primero se reparasen o vinieren decretados todos los reparos de agravios. [La otra letra: Ni se trate de negocio alguno hasta venir decretados los reparos de agravio, a fol. 8 in 2.^a de las Cortes de 1644] =

SOBRE EL AUMENTO DE SERVICIO DE LAS ÚLTIMAS Y A QUE NO SE TRAIGA EN CONSECUENCIA Y QUE SE LEA AL PRINCIPIO DE CORTES

En las mismas se hizo auto que dicho aumento de servicio no se trajese en consecuencia para en adelante por considerarse de gran perjuicio y que no se pueda revocar sin que haya en el brazo eclesiástico cuatro, doce en el militar y diez y seis en el de universidades y que yo el secretario lo lea al principio de Cortes y hube de hacerlo y los individuos de los tres Brazos de observarlo = el qual está en fol. 137 de las Cortes del año de 1692 =

NO TIENEN VOTO LOS MENORES DE CATORCE AÑOS

Los menores de catorce años no tienen voto, como consta y parece de lo que está a fol. [Superpuesto: «524 de las Cortes del año de 1604»] 306 in 2.^a de las Cortes del año de 1642 =

COMO CONCURRE EL REINO JUNTO EN CORTES A LOS TOROS

A fol. 179 está un auto de la forma en que concurre el Reyno en los toros =

NO SE DEN AYUDAS DE COSTA A LOS QUE ASISTEN A LAS LEVAS

A fol. 182 hay un auto en que dice no se den ayudas de costa a los que asisten a disponer las levass =

SALGAN FUERA LOS INTERESADOS CUANDO SE VOTAN NEGOCIOS EN QUE LO SON

A fol. 193 está un auto en que dice salgan fuera los interesados cuando se votan negocios en que lo son =

CÓMO SE HAN DE SENTAR LAS UNIVERSIDADES EN LA IGLESIA EN FESTIVIDADES

A folio 195 hay un auto de la forma en que se han de sentar las universidades en la Iglesia en festividades en tiempo de Cortes =

CÓMO SE HAN DE VOLVER A TRATAR LAS MATERIAS EN QUE NO HA CONFORMADO EL REINO

El auto en que se trata de la advertencia que se hace al margen [título de este punto] está a folio 216 =

PERSONAS NOMBRADAS PARA TOMAR LAS CUENTAS

Está el auto de nombramiento de personas a fol. 284 in 2.^a

NOMBRAMIENTO DE AGENTE DEL REINO EN MADRID

Está el auto de nombramiento de agente en Madrid en el libro de la Diputación del año de 57 a fol. 89 con salario de 200 ducados por año. Y fol. 92 in 2.^a es el nombramiento hecho en don Francisco Alberto de Araj (¿?) hasta las primeras Cortes y la instrucción que se le envió está en el mismo folio.

AUTO SOBRE QUE NO VENÍAN EN FORMA LOS PODERES PARA CELEBRAR CORTES EL SR. CONDE DE SANTISTEBAN

Este auto está a fol. 338 y el memorial que se dió al señor Virrey en esta razón está al mismo fol. in 2.^a y también hay otro auto a fol. 112 y 2.^a sobre lo mismo = Y el auto de que se admitieron está a fol. 141 in 2.^a =

GRACIAS POR ALGÚN FELIZ SUCESO DE LAS ARMAS DE ESPAÑA

Si estándose celebrando Cortes viniera alguna noticia de feliz suceso de las armas de España, se dan gracias como se executó el año de 1652 por el suceso de Barcelona que está a fol. 170 del libro de Cortes de dicho año =

CREACIÓN DE DIPUTACIÓN DE CORTES A CORTES

En las Cortes que se celebraron en la ciudad de Pamplona el año de 1576 se resolvió crearse diputados para que formasen Diputación para entender en los negocios que ocurrieren hasta las Cortes inmediatas y

con efecto se creó la Diputación como consta a fol. 337 del libro de Cortes, habiendo carecido hasta entonces de Diputación, pues aunque se nombraban diputados al principio de las Cortes, sólo era para tratar los negocios que ocurren durante su celebración = Y fol. 859 = Por auto del Reino de 23 de marzo de 1726 a fol. 389 está resuelto que la elección de diputados se haga al octavo día de abierto el solio. [El final es de la letra que hace las adiciones y que añade también al margen: En las Cortes de Tudela de 1743 hay tres autos a los folios 40-45 y 48 en que se determina que los caballeros del Brazo militar que concurren en Cortes por las universidades, no puedan pasar a votar a su brazo.]

DISTRIBUCIÓN DE LOS CINCUENTA DUCADOS DE LAS NATURALEZAS

A fol. 138 del libro de Cortes del año de 1652 está el auto de resolución de los cincuenta ducados que deben pagar los que pidieren naturaleza en este Reyno y la forma como se han de distribuir: Veinte y quatro ducados para el vínculo = Diez y seis para el hospital general y diez restantes para los síndicos y secretario. Cuatro para el secretario y los seis se reparten entre los síndicos. [Al margen dice: «Véase a la vuelta». Y se refiere a otra nota sobre naturalezas que viene luego.]

SOBRE LLEVAR [SOBREPUESTO «MANDAR»] EL VIRREY EL LIBRO DE RESOLUCIONES DEL REINO PARA VERLE

El año de 1637 envió un recado a las Cortes el Sr. Virrey con el Sr. Abad de la Oliva diciendo quería ver un auto que el Reino había hecho y que para esto se le enviase el libro de naturalezas con el secretario de los tres Estados, a que se resolvió el Reino y por último vino un alcalde de Corte y por fin se lo llevó y todo está a fol. 286 del libro de Cortes de dicho año.

A fol. 282 de las Cortes del año de 1565 está un auto en que por hallarse el Sr. Virrey que al tiempo era enfermo en la conclusión de Cortes, no pudo ir a cerrar el solio ni hacer el juramento, se resolvió nombrar personas que en nombre de el Reino fuesen a palacio y le recibieran el juramento como en efecto lo executaron y está a folio referido.

LOS PAPELES DEL REINO NO SE MUESTREN A LOS CORTESANOS

Sobre que no puedan los convocados a Cortes ver papeles en la Secretaría sin orden del Reyno, auto del año de 1724, fol. 10 in 2.^a

SOBRE NO PODER INSECULAR EL REYNO

Por un auto de 28 de septiembre de 1726 de las Cortes de Estella que está a folio 566 se prohíbe insecular el Reyno por los graves en-

barazos y inconseguenzias en que se bió el Reyno en ellas por insecular a barios sujetos. Hay obligazió de poner dicho auto presente al Reyno en todas las Cortes en el primer capítulo de la Instrucción que le da la Diputación. Y otras obligaciones al secretario y indibiduos del Reyno.

SOBRE NATURALEZAS

En las Cortes de 1677 al folio 75 in 2.^a, auto en que se determina que los del brazo militar paguen los derechos de las naturalezas y que los del brazo eclesiástico sean libres y que no se lea ningún memorial sin depositar los derechos en conformidad del auto de Cortes de 1653 folio 215.

En las mismas Cortes de 1678, folio 390, auto del Reyno que no se de naturaleza a natural francés que no estuviere domiciliado y casado en este Reyno, excepto a los fabricantes.

En las Cortes de Tudela en 3 de febrero de 1744, folio 135, auto para que los naturalizados paguen cien pesos y que sean para el hospital de Pamplona 298 reales.

CARTAS DE FAVOR

En las Cortes de Estella en 16 de marzo de 1726, al folio 570, auto del Reino para que no se den cartas de favor en Cortes si no es votándose por urnas y que el secretario las haya de dar sin que se pidan.»

MISCELANEA

I

EL «FILLOLATGE», INSTITUCION JURIDICO-FAMILIAR

En mis trabajos de investigación sobre el siglo XI, que vengo llevando a cabo como continuación de los realizados ya ¹, he hallado un documento de interés, aunque con una noticia muy escueta para el estudio de ciertas instituciones jurídico-familiares catalanas.

La noticia que ofrece la escritura ² a que hacemos referencia es breve; pero tiene gran valor, porque tratándose de una fuente diplomática, no ofrece ninguna sospecha; por otra parte, el documento es auténtico y posiblemente original. Desde luego, de no serlo, es de la época que su fecha reza.

El documento en cuestión dice así:

In nomine Domini. Ego Ato, venditor sum tibi filio meo Guifredo. Per hanc scriptura vendicionis mee, vindo tibi quarterada una de terra a dextro legitimo mea propria, quod habeo in territorio Barchinona, in terminio de Auroinvento. Advenit mihi per mea comparacione vel per filiolicum, quod mihi fecit patrino suo nomine condani Auderii, avius suus vel per ullasque voces. Que affrontant prefata quarterada una de terra: de parte circi in terra de Bonutius; de aquilonis in terra de prefato venditor; de meridie similiter; de occiduo in ipsa carrera. Quantum istas affrontaciones includunt sic vindo tibi prefata terra tota ab integre et in aderato et definito precio mancosos ii. de aureo cocto, quod tu emptor precium mihi dedisti et ego venditor ad presens manibus meis accepi. Est manifestum. Quem vero predicta terra quod tibi vindo sicut superius resonat, de meo iure in tuo trado dominio et potestatem ab omni integritate ut quidquid exinde facere vel iudicare volueris liberam in Dei nomine habeas plenam potestatem, simul cum exiis vel

1. Después de haber estudiado los documentos condales de los siglos IX y X, existentes en el Archivo de la Corona de Aragón (que editamos en «El Archivo Condal de Barcelona». *Estudio crítico de sus fondos*. Barcelona, C. S. I. C., 1959), estamos preparando un estudio acerca de los documentos del siglo XI.

2. A. C. A., Canc. perg. Berenguer Ramón I, núm. 27.

regressis earum ad tuum plenissimum proprium. Quod si ego venditor aut ullusque homo utriusque sexus qui contra ista vendicione venerit pro inrumpendum non hac valeat vendicare sed componat aut ego componam tibi prefata quartera una de terra in duplo cum sua inmilioracione. Et ista vendició firma parmaneat omnique tempore.

Facta vendicione iii. nonas ianuarii anni xxiiii. regnante Roberto rege³.

Sigñum Ato, qui ista vendicione feci et firmavi firmarique rogavi.

Sigñum Ollobono. Sigñum Sederedo. Sigñum Unifredus.

Sigñum Ermemirus presbiter, exarator ss. die et anno prefixo.

(A.C.A., Berenguer Ramón, I, 27).

Lo que nos interesa recoger de este texto son las siguientes palabras: «Advenit mihi per mea comparatione vel per filiomaticum, quod mihi fecit patrino suo nomine condam Auderii, avius suus...».

Como puede fácilmente advertirse, se trata de explicar en la presente escritura el origen de la propiedad vendida, manifestándose que procedía por compra y (la disyuntiva *vel* puede tener también el significado copulativo) por el *filiomaticum*. El alcance de esta palabra la podemos medir—al margen de otras explicaciones—a través de las otras, que a continuación ofrece el documento: el padrino del vendedor le había hecho alguna donación en virtud de sus relaciones con el ahijado; este padrino, notémoslo, es su abuelo.

Hallamos, por tanto, aquí tres noticias: la existencia de una institución que no sabemos sea conocida (el *filiomaticum*)⁴; la noticia de un padrinazgo—nacido seguramente en las fuentes bautismales—, y, finalmente, la identificación entre el padrino y el abuelo.

Ahora bien, desconocida, según creemos, al menos en fecha tan temprana, esta institución que ahora hallamos, creemos que debe tener una filiación canónica.

Institución parecida la hallamos en Du Cange con el nombre de *Filiolagium* o *filiolatus*, pues, en efecto, consiste en un donativo u obsequio que confiere el padrino o el que adopta espiritualmente a un niño, al considerarle como a ahijado; en

3. Es el 3 de enero del año 1021.

4. BALARI: *Orígenes históricos de Cataluña*, que tantas veces e instituciones ha recogido en esta documentadísima obra, nada dice de ella al hablar de la vida familiar y social catalana de la Alta Edad Media.

virtud de tal institución, el padrino donaba al ahijado un objeto o incluso tierras. Asimismo, en territorios del rey de Francia, del siglo XII en adelante, hallamos la palabra en lengua vulgar... *de fillolage-ne vous ay point doné...*, y en otro texto, también vulgar, se dice: *que en fillolage li furent donées pour Dieu plusieurs berbis...* ⁵.

El concepto de tal institución familiar aparece con toda claridad al definir la palabra *filiaticum*; Du Cange dice: «*idem quod filiolutus...* Constat autem et Scriptoribus collata ferme semper filiulis post baptismum muneram in signum adoptionis, vi cuius bonorum suorum partem aliquam iis deberi existimabant Asferus de Aefredi rebus gestis ann. 878 de Codrum Rege Paganorum: Quem Aelfred Rex in filium adoptionis sibi suscipiens, de fonte sacro baptismatis elevavit: cuius chris-matis soluto 8, die in villa Regia, que dicitur Wedmor, fuit: qui, potsquam baptizatus, 12, noctibus cum REGE mansit. Cui Rex cum suis omnibus multa et optima aedificia largiter dedit» ⁶.

Y, concretamente, la identificación entre el padrino y el abuelo—tan corriente aún hoy en Cataluña—lo hallamos en la frase siguiente: *Et habet duos mansos, quos dedit episcopus Isernus Radulfo avo meo pro filiatico* ⁷.

Podemos, por otra parte, situar tal institución en la vida familiar viva de Cataluña: por una parte, hallamos una curiosa identificación entre el padrino y el abuelo, a propósito, especialmente, del hecho, corriente aún hoy en nuestra región, de ser padrino del primer hijo el abuelo y de denominarse en el campo a éste con el nombre de aquél, aun cuando no lo sea de fuentes bautismales.

También sabemos que aún está viva en Cataluña la palabra *fillolatge*, y, como tal, la registran los diccionarios de Vallés (Emilio); Fabra (Pompeyo) y Alcober. Fabra dice de tal palabra: *Lligam entre el fillol y el padrí* ⁸. El Diccionari, català, valencià, balear, escribe: «Parentiu espiritual entre el fillol i el padrí... Ajust o comiyiva del bateig (Olot). Dret o dot de fillolatge: els bens que els padrins deixen als fillols (Empordà)». El *Diccionari Aguiló*, consigna asimismo—véase también *El tresor de la Llengua*, de Antonio Griera—la noción de parentesco y padrinzago; consigna una nueva acepción: *una pa-*

5. *Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis*, escrito por Carlos Dufresnee. Ed. de 1733.

6. Véase el artículo *filiaticum* de dicho Glosario.

7. Consúltese el mismo artículo.

8. *Diccionari de la llengua catalana*, por P. Fabra. Edición preparada por Carlos Riba, Barcelona, 1955.

gesa rica deixa a ses filles caixes amb totes ses robes... fillolatges i anaiys (Testamento de 1608) ⁹.

Está aún viva la palabra, como lo demuestra la existencia de un campo en el Valle de Ribas que se denomina *camp del fillolatge*. Este hecho indica que como cosa viva existía esta institución, capaz de dar nombre a una tierra, cuya propiedad debía tener relación con aquélla.

Quede, pues, aquí constancia de esta institución y que pueda servir para posteriores estudios de instituciones jurídicas familiares catalanas.

FEDERICO UDINA MARTORELL

⁹. Véanse en estos diccionarios las acepciones de *fillolatge*; concretamente Griera dice: «El parentiu o relació familiar entre els fillols i els padrins».

II

«LIBER IUDICIORUM 3, 1, 5»

(En tema de dote y «donatio propter nuptias»)

Antes de salir a la luz un trabajo que tenemos preparado sobre la dote en nuestra Historia jurídica, la mano invisible que nos conduce a los textos me ha vuelto a llevar a *Liber iudiciorum* 3, 1, 5 (= F. Juzgo 3, 1, 6), la famosa ley de Chindasvinto modificada por Ervigio.

La importancia de la ley de Chindasvinto es grande ya por los datos que proporciona para conocer el carácter de la legislación visigoda. Pero, además, es uno de los textos más importantes para la Historia del Derecho patrimonial familiar, no sólo por las preciosas noticias que aporta sobre dote, *donatio propter nuptias* y comunidad de gananciales, sino porque refleja claramente la clave de la evolución del Derecho patrimonial familiar desde la época clásica; esto es, la política de contraprestación dote-*donatio*. *Liber iudiciorum* 3, 1, 5 es quizá la prueba más evidente de la trascendental reforma operada en el Derecho patrimonial romano por la introducción de la *donatio*, configurada por la legislación imperial en conexión con la dote y a semejanza de ella, bajo la inspiración de una política de contraprestación y equilibrio, entre dote y *donatio propter nuptias*, tendente a la formación de un patrimonio común.

El Derecho romano se fué adaptando con dificultad a esta nueva concepción de dote y *donatio*, y no llegó a consagrar sus últimas consecuencias de patrimonio común. El Derecho visigodo continuó la evolución postclásica. Llevó a sus límites más radicales el sistema de aportaciones iguales o proporcionales, hasta el punto de dejar en la sombra la dote, y terminó por consagrar la consecuencia de comunidad de él derivada.

La ley de Chindasvinto, como hemos de ver, se mantiene por completo dentro de la línea del Derecho romano vulgar, e incluso continúa su evolución hasta llevar a cabo totalmente las tendencias que germinalmente se encontraban ya en el Derecho postclásico. La reforma de Chindasvinto en *Liber* 3, 1, 5, al igual que las demás reformas legislativas desde el Código de Eurico, se orienta en un sentido que venía determinado por la misma evolución del De-

recho romano. En este camino está la explicación de los paralelismos entre el Derecho visigodo y el justiniano.

El objeto de la ley de Chindasvinto es fijar la cuantía de la *dos*, según *Liber iudiciõrum*; de las arras, según F. Juzgo; de la *donatio propter nuptias*, según nuestra interpretación. Decimos fijación de la cuantía de la donación nupcial, porque el instituto llamado "dote" por la legislación visigoda, concebido hasta ahora como el producto de la confluencia del *wittum* germánico con la *donatio propter nuptias* romana¹, es fundamental y exclusivamente la *donatio* del Derecho romano postclásico, que sigue conviviendo con la dote romana durante el período visigodo, según nos confirma nuestra ley *Liber* 3, 1, 5, y, también, con toda seguridad, en la época postgótica.

No es nada sorprendente que la legislación visigoda denomine "dote" a la *donatio*. Con Estrabón comienza la tendencia a designar la donación marital con el nombre romano o griego de la aportación de la mujer al matrimonio. De esta manera, Estrabón (III, 8) habló de "dote" aportada por el marido entre los cántabros. Es el primer caso conocido de aplicación de conceptos anacrónicos para la descripción de un sistema o de una realidad social. El mismo error volvieron a cometer Tácito (*Germania* 18) y J. César (*De bello gallico* 6, 19) en supuestos análogos referentes a los germanos. Gayo, en un caso semejante, no cabe duda que hubiera dicho que estos pueblos no conocían la dote. A raíz de la introducción de la *donatio* en el Derecho romano, la práctica vulgar cristiana comenzó a denominarla *dos*; y esta terminología popular y de los Padres de la Iglesia pasó a la traducción latina de la Sagrada Escritura. Fue posible usar indiferentemente el término *dos* para designar tanto a la dote como a la donación nupcial, porque ambas tendían a la finalidad, derivada de la concepción cristiana de la familia, de constituir un patrimonio común². Fue posible también la equiparación en círculos jurídicos por el paralelismo entre ambos institutos y por la idea legislativa de conexión entre donación nupcial y dote, manifestada siempre, y de modo especial, en la tendencia a configurar la *donatio* a semejanza de la dote, hasta el punto de que la donación se considera casi como una contradote, esto es, como una "dote" aportada por el marido. Incluso en la tradición academicista y clasicista de Oriente se explica perfectamente que Justiniano (CI. 5, 3, 20) llegue a decir que *et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio*, y de-

1. P. MEREJA, *O dote visigótico*, en *Estudios de Derecho visigótico* (Coimbra 1948) p. 23 y 28.

2. G. VISMARA, *La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico*, en *Cristianesimo e diritto romano* (Milán 1935) p. 347 ss.

clare que la *donatio* es hecha *propter dotem et nuptias*. Aparte de estas razones, el Código visigodo pudo haber acentuado su disposición a denominar "dote" a la *donatio propter nuptias* porque quizá estaba todavía en el ambiente la equivalencia donación-testamento de la época euriciana. Si esto fuera así, parece natural que se hubiera evitado la denominación *donatio*.

La "dote" visigoda es exclusivamente la *donatio propter nuptias* romana, aun a pesar de que algunas leyes visigodas hablen de *pretium*, *pretium dotis* y *pretium filiae*³. Aunque estas leyes no nos interesan directamente en este momento, no estará de más decir que son, precisamente, las más genuina e indiscutiblemente romanas. La presencia del término *pretium* en la legislación visigoda se explica perfectamente por influencia de la literatura Patrística, que, a su vez, sería reflejo del ambiente general. Se trata quizá de otro primitivismo sin más, que no responde a una determinada concepción del matrimonio, la cual sería difícilmente explicable también por influencia germánica.

La donación nupcial romana pasa al Derecho visigodo con la denominación de "dote", pero sigue dependiendo del Derecho romano y en la línea de la *donatio propter nuptias*, sin aparentes influencias germánicas o de otro tipo. Ni siquiera la presencia de la *morgengabe* como dádiva independiente, si es que existió en el Derecho visigodo, parece haberla afectado. Por lo demás, tampoco es segura la existencia de una *morgengabe* germánica en el Derecho visigodo. No vamos a ocuparnos de los versos de For. vis. 20 a causa de la limitación que nos hemos impuesto y, en parte también, por el carácter que parecen tener los documentos. Nos limitaremos a la dádiva complementaria semejante de *Liber* 3, 1, 5. Dice así la parte que ahora nos interesa de nuestra ley en la forma ervigiana y en F. Juzgo:

...Decernimus igitur hac legis huius perpetim servatura sanctione cesemus, ut quicumque ex palatii nostri primatibus vel senioribus gentis Gotorum filiam alterius vel cuiuslibet relictam filio suo poposcerit in coniugio copulandam, seu quisquis ex predicto ordine uxorem sibi elegerit expetendam, non amplius unusquisque in puella vel mulieris nomine dotis titulo conferat vel conscribat, quam quod deciman partem rerum suarum esse constiterit. Quod

...Onde Nos establescemos por esta ley, que qual que quiere de los principes de nuestra corte, o de los maiores de la gente goda que demande la fiia del otro por mugier pora su fiio, aunque ella oviesse estada mugier dotro, si quier sea virgen, sequier viuda, non le pueda dar mas por arras de la decima parte de todas sus cosas. E si por ventura el padre quisiere dar arras por su fiio a su nueva, otrosi puedel dar la decima parte daquello que eredare el

3. MEREÁ, *O dote* cit. p. 26 n. 7. Son estas leyes: *Liber* 3,1,2; 3,3,3 (*pretium filiae*); 3,4,2; 3,4,7; 3,2,8 y *Matr.* 3,2,1 (*pretium dotis*).

si contigerit, ut quicumque parentum pro filio suo in nurus sue nomine dotem conscribere debeat, eodem modo de id, quod eidem filio post obitum parentum suorum in portione evenire poterat, decimam exinde partem per dotis titulum conferat, quod mulier vel puella nuptiis traditura obtineat, atque insuper decem pueros decemque puellas et caballos viginti, seu in ornamentis, quantum mille solidorum summa esse constiterit, dare debet...

fiio despues de la muerte de su padre, e aquella decima deve aver la esposa, e demas X. mancebos, e diez mancebas, e XX. cavallos, y en donas tanto quanto deva seer asmado, que vala mil sueldos...

Debe ponerse de relieve, en primer lugar, que la donación complementaria de *pueros, puellas et caballos seu ornamentis*, se autoriza exclusivamente a los miembros de determinado estamento social, a los *palatii nostri primatibus vel senioribus gentis Gotorum*. A los demás —*de caeteris vero qui nubendi voluntatem habuerint*—, se permite sólo donar hasta la décima parte de sus bienes, sin aludir a cualquier otra dádiva complementaria. Así sucedería en la práctica, pues en el Derecho postgótico solamente encontramos el *donatio* en las fuentes territoriales (F. Viejo 5, 1, 2) y atribuido a los *fijosdalgo*. Los fueros municipales, por no dirigirse a los *palatii primatibus vel senioribus*, no aluden a ella, sino solamente a lo que corresponde a los que no son de la Corte.

Por otra parte, los caballos, esclavos y vestidos, a pesar de la analogía con los objetos de la noticia de Tácito, no parece que puedan ser constitutivos de *morgengabe*, porque son anteriores al matrimonio. Y sería difícil concebir como *morgengabe* cualquier donación hecha previamente en atención a una supuesta virginidad. Además, *Liber* 3, 1, 5 contempla el supuesto de matrimonio con *puella vel mulier*. Ninguna duda cabe acerca de *puella*. Más complicado es, sin embargo, lo que nuestra ley entiende por *mulier*. Es posible suponer que no sería exclusivamente la viuda, porque en otras ocasiones el Código visigodo contraponía expresamente *puella* a *vidua*, como en *Liber* 3, 3, 1; 3, 3, 2 y 3, 4, 7. Se trata en algunos casos de la *mulier quae in suo consistit arbitrio*, según la interpretación de Merêa⁴. En otros casos puede ser la mujer divorciada a la cual es lícito contraer nuevo matrimonio, como en *Liber* 3, 6, 1 y 2. En nuestra ley 3, 1, 5, *mulier* parece que puede tener todos los aludidos sentidos, pero fundamentalmente el de mujer que ya no es virgen y el de divorciada, a juzgar, sobre todo, por la interpretación de F. Juzgo: ... *por mugier pora su fiio, aunque ella oviesse estada mugier dotro, si quier sea virgen, sequier*

4. MEREA, *O dote* cit. p. 40-45.

viuda. Si esto es así, difícilmente puede concebirse esta dádiva complementaria como una *morgengabe* entendida cual *pretium virginitatis*. Quizá también la Patrística pueda explicar la presencia de esta supuesta *morgengabe* en el Derecho visigodo.

Nada parece haber de influencia germánica en esta ley del *Liber iudiciorum*. No existe ninguna base, por consiguiente, para suponer condicionada por elementos germánicos la *donatio propter nuptias* del Derecho romano subsistente en el Derecho visigodo.

Una prueba más, bastante interesante por cierto, de que la "dote" visigoda es la *donatio* del Derecho postclásico, y de que se mantiene en su línea evolutiva, nos la proporciona F. Juzgo al traducir sistemáticamente *dos* por arras. F. Juzgo no sólo confirma el carácter de donación nupcial de la "dote" visigoda, sino que revela la misma confusión entre *donatio* y *arrha* realizada por San Agustín⁵, que, probablemente, sería general. La confusión fué posible en sede de esponsales desde el momento en que la *donatio* adquirió una función arral, tendente a lograr una obligatoriedad indirecta de los esponsales. Así, se hizo posible llamar arra a la *donatio*, y como a ésta se la denominaba vulgarmente "dote", se pasó a llamar arras a la "dote".

La donación nupcial romana, llamada "dote" en el Derecho visigodo, sigue fielmente la evolución postclásica. Presenta incluso un paralelismo con la evolución oriental que desembocó en la *donatio propter nuptias* justiniana. Ninguna diferencia esencial existe entre la *donatio* visigoda, tal como aparece en *Liber 3, 1, 5*, y la de Justiniano.

El *Liber iudiciorum* sigue, como el Código de Eurico, preocupándose solamente de regular problemas debatidos o que han variado de forma sensible. Inútilmente se buscará en los Códigos visigodos una regulación general y armónica de todo el sistema. Por esto, sería fuente de graves errores deducir de la legislación visigoda la existencia exclusiva de una aportación matrimonial hecha por el marido. El gran contingente de disposiciones dedicadas a regular la donación nupcial del marido revela, simplemente, que la *donatio* venía siendo objeto de una gran atención legislativa desde la época postclásica con el fin de fomentarla. Como consecuencia de las continuas modificaciones, sus perfiles serían poco claros, y se haría necesaria una constante regulación.

La dote, por el contrario, habría quedado pronto configurada con cierta claridad, aun a pesar de las modificaciones que habría sufrido como consecuencia de haber sido incluida en la política de contraprestación dote-*donatio*, que la convirtió en una donación con

5. VISMARA, *La donazione nuziale* cit. p. 352 ss.; P. MEREJA, *Sobre a palavra arras*, en *Estudos de Direito hispânico medieval* (Coimbra 1952) páginas 139-145.

la finalidad de sostener las cargas matrimoniales. Pero la política de fomento de la *donatio* como una contraprestación dotal tendría por consecuencia una disminución de la importancia de la dote⁶. Su constitución sería menos apetecible y se vería cada vez con menos simpatía a causa, también, de la transformación sufrida por la dote, en virtud de la cual permanecía en propiedad de la mujer en vez de pasar al marido, como sucedía ya, aunque más bien formalmente que de hecho, en el Derecho imperial⁷. En vista de todas estas razones, ya no sorprende tanto la ausencia de una regulación minuciosa de la dote en el *Liber iudiciorum*.

Pero *Liber 3, 1, 5* confirma, sin lugar a dudas, la presencia de la dote, al lado de la *donatio*, en el Derecho visigodo, al decir:

...aut si forte, iuxta quod et legibus Romanis recolimus fuisse decretum, tantum puella vel mulier de suis rebus sponso dare elegerit, quantum sibi ipsa dari poposceri.

Evidentemente, Chindasvinto se refiere aquí a la dote romana, y al aludir a ella lo hace con una claridad tal que pone de relieve la idea de contraprestación entre dote y *donatio*, clave de la evolución del Derecho patrimonial familiar romano desde la legislación de Constantino. Esta referencia de *Liber 3, 1, 5* a la dote no es meramente teórica. La persistencia de la dote romana en la España visigoda la encontramos confirmada por otros datos. San Isidoro, en *Etimologías 1, 5*⁸, nos habla de dote y *donatio*. Su definición atestigua la existencia de la dote junto a la *donatio*, y confirma que la donación nupcial precedía a la dote⁹. Por último, tenemos noticia de algunos matrimonios visigodos en los cuales se comprueba la existencia de dote. Gregorio de Tours refiere que Atanagildo envió a Brunekhilda con una espléndida dote para casarse con Sigiberto¹⁰. E igual o semejante dote debió de llevar Gailswintha cuando fué a casarse con Chilperico¹¹, a pesar de la observación de Gregorio de Tours sobre la costumbre hispánica y precisamente por ella.

La dote es bien conocida y está perfectamente regulada en las leyes romanas. La *donatio* había sido objeto de una política preferente y se había configurado con lentitud en conexión con la dote. Así como la dote era restituída a la mujer en el caso de divorcio o premoriencia del marido, así también la *donatio* se restituyó al marido en caso de premoriencia de la mujer. Más tarde, primero so-

6. VISMARA, *La donazione nuziale* cit. p. 366.

7. P. S. LEICHT, *Il diritto privato preirneriano* (Bologna 1933) p. 89.

8. MIGNE, *Patrología latina* vol 82 c. 206.

9. VISMARA, *La donazione nuziale* cit. p. 367.

10. J. ORLANDIS, *La reina en la monarquía visigoda*, en *AHDE*, 27-28 (1957-58) 113.

11. Vid. VISMARA, *La donazione nuziale* cit. p. 372.

lamente en el caso de segundas nupcias, y con posterioridad en general, se dispuso que a la muerte del marido la mujer adquiriese definitivamente la *donatio* sólo en el caso de no haber hijos, y, si existieran, debería conservarla para ellos. Toda esta primera evolución se refleja en el Derecho visigodo y se contiene en síntesis en *Liber iudiciorum* 3, 1, 5, allí donde dice:

...ita ut de his omnibus rebus in coniugio mulier adsumpta, si non reliquerit filios, facere quod voluerit liberam se noverit habere licentiam; aut si intestata discesserit, ad maritum aut ad propinquos mariti heredes eadem donatio redeat.

El Derecho visigodo sigue paulatinamente la evolución de la *donatio*, en perfecta armonía y siguiendo los mismos pasos de la evolución oriental. El paralelismo con el Derecho justiniano es extraordinario. *Liber* 3, 1, 5 consagra la obligatoriedad del equilibrio o equivalencia entre *donatio propter nuptias* y dote al referirse a los casos en que la *donatio* sea superior a la décima parte de los bienes del esposo. Se dice:

...Nec erit ultra licitum puella parentibus seu etiam puella vel mulieri ab sponso vel ab sponsi parentibus plus quicquam petere vel in suo nomine conscribendum optare, nisi quantum nunc legis huius institutio continet; aut si forte, iusta quod et legibus Romanis recolimus fuisse decretum, tantum puella vel mulier de suis rebus sponso dare elegerit, quantum sibi ipsa dari poposcerit.

Es en verdad interesante este paralelismo de la ley de Chindasvinto con el Derecho oriental, porque se debe recordar que el equilibrio fué establecido por vez primera, según parece, en el Derecho justiniano.

No menos relevante es que *Liber iudiciorum* 3, 1, 5 consagre también la posibilidad de hacer o aumentar la *donatio* después del matrimonio, como la dote, y siempre proporcionalmente a ella. Justiniano había permitido aumentarla, por analogía con la dote, superando la prohibición de donaciones entre cónyuges (CI. 5, 3, 19). Justiniano, también por paralelismo con la dote, había ido más allá, al permitir no sólo aumentar la *donatio* ya hecha, sino hacerla durante el matrimonio; y para evitar cualquier dificultad respecto a la *insinuatio*, estableció que se llamara *donatio propter nuptias* en lugar de *ante nuptias* (CI. 5, 3, 20 pr.). La posibilidad de hacer o aumentar la *donatio* aparece claramente confirmada en *Liber* 3, 1, 5. Se establece incluso en unos términos —*pro dilectione vel merito coniugalis*— que recuerdan la antítesis justiniana entre donaciones que se hacen *propter libidinem*, que determinan empobrecimiento de una de las partes, y donaciones *propter nuptias*, hechas *propter nuptiarum affectionem*, que no conducen *ad paupertatem*, puesto que la *donatio* es contrapeso de la dote.

Liber iudiciorum 3, 1, 5, al establecer la facultad de hacer la *donatio* después de celebrado el matrimonio, introduce una interesante excepción:

...Certe si iam vir habens uxorem, transacto scilicet anno, pro dilectione vel merito coniugalis obsequii ei aliquid donare elegerit, licentiam incunctanter habebit. Nam non aliter infra anni circulum maritus in uxorem seu mulier in maritum, excepto dotem, ut predictum est, aliam donationem conscribere poterint, nisi gravati infirmitate periculum sibi mortis imminere prospexerint...

...Doncas si el marido despues que un anno oviere que es casado, por amor o por grado quisier dar alguna cosa a la mugier, puedelo fazer libremiente Mas ante que el anno sea passado, ni el marido a la mugier, ni la mugier al marido non puede dar mas de las arras, assi cuemo es de suso dicho, fueras ende si lo fiziese por grand enfermedad, o gran pavor de muerte...

La sorprendente excepción a la facultad de donar *pro dilectione vel merito coniugalis* durante el año posterior a la celebración del matrimonio se explica perfectamente por el objeto de la ley de Chindasvinto, que es fijar la cuantía de la *donatio*. El sentido de *Liber* 3, 1, 5 está determinado y debe interpretarse en función de la fijación de la cuantía de la *donatio*, que es lo que se propone. Se prohíbe toda donación superior a la cuantía establecida, a no ser que, de acuerdo con lo establecido por las leyes romanas, la mujer hiciese una contradonación dotal equivalente al exceso. Chindasvinto establecería en *Liber iudiciorum* 3, 1, 5 la prohibición de donar durante el año posterior a la celebración del casamiento como una excepción a la facultad, consagrada en la misma ley, de aumentar o hacer la *donatio propter nuptias* con posterioridad al matrimonio, a fin de evitar la posibilidad de defraudar la limitación de la cuantía de la *donatio* aportada por el marido. Durante este año no se prohibirían radicalmente las donaciones *pro dilectione vel merito coniugalis*, sino que se prohibiría donar más de lo pactado, si no se compensaba la donación. Sucedería como con anterioridad a la celebración del matrimonio; es decir, se podría aumentar la *donatio* del marido, aun excediendo la tasa legal de Chindasvinto, siempre y cuando fuese acompañada de una contraprestación dotal por parte de la mujer, a tenor de lo establecido en *Nov. Valent.* 35 (34). Se permitiría, y sin contraprestación dotal equilibradora, la donación hecha en peligro de muerte, puesto que se consideraría una donación *mortis causa* o una donación consolidada por la misma muerte del donante. Pasado el año, el legislador no prevé ya el fraude a la fijación legal de la cuantía de la *donatio*, y se autoriza la *donatio propter nuptiarum affectionem*. Probablemente el legislador pensó que, después de un año, la posible existencia de hijos ya limitaba la facultad de donar la mujer al marido y el marido a la mujer, en

la forma establecida por la misma ley 3, 1, 5. Así se explica por qué F. Real 3, 12, 3 hablará después también del plazo de un año conjugado con la existencia de hijos.

Un problema importante es averiguar las causas que indujeron a Chindasvinto a llevar a cabo una fijación legal de la cuantía de la *donatio*, sobre todo porque, a primera vista, parece innecesaria. La necesidad de cortar los abusos a que conducía la largueza y el afán de ostentación de los españoles¹² no sería una razón suficiente para la intervención del legislador. Chindasvinto fijó un límite a la cuantía de la *donatio*, probablemente, para cortar los fraudes al sistema legal visigodo de separación de bienes en el matrimonio. Las escrituras "dotales", y especialmente aquellas en las cuales el marido dona a la mujer la mitad de sus bienes presentes y futuros, tienen todo el aspecto de ser negocios jurídicos indirectos tendentes a conseguir en la práctica una comunidad de gananciales con división por mitad de los bienes adquiridos. Un tal tipo de negocios indirectos, tendentes al mismo fin, parecen contener algunos documentos egipcios¹³. Quizá fueron necesarios para conseguir en la práctica la consecuencia de comunidad a que conducía la política de aportaciones iguales o proporcionales de ambos cónyuges, porque el Derecho romano difícilmente podía adaptarse a la comunidad. El Derecho visigodo, después de haber resistido largo tiempo, terminó por plegarse a la realidad práctica mediante la reforma de Recesvinto (*Liber* 4, 2, 16), aunque conservando quizá la tradicional concepción de separación de los patrimonios de los cónyuges. Es bastante probable que Chindasvinto hubiera fijado la cuantía de la *donatio* para evitar el fraude del sistema legal de relaciones patrimoniales entre cónyuges. Las precauciones del legislador al señalar el plazo de un año y otros aspectos de *Liber* 3, 1, 5 parecen indicar un gran cuidado para evitar los fraudes a la nueva ley.

Se fijaría la cuantía de la *donatio propter nuptias* en la décima parte de los bienes del marido en relación con la mejora. La décima parte de los bienes era la cuantía que Chindasvinto había establecido para la mejora en *Liber* 4, 5, 1. Posteriormente, Ervigio la elevó a la tercera parte de los bienes, pero no adecuó la cuantía de la *donatio* a esta modificación de la cuantía de la mejora. Sin embargo, en la época postgótica, partiendo del supuesto de que la cuantía de las arras era la misma de la mejora, puesto que dependía de ella, se interpretaría que se podía dar de arras el tercio de los bienes. En algunos lugares se interpretó así, y en

12. F. CÁRDENAS, *Ensayo histórico sobre la dote, arras y donaciones sponsalicias*, en *Estudios jurídicos* (Madrid 1884) p. 16.

13. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* (Nápoles 1952) p. 459.

otros se siguió fielmente la cuantía establecida por *Liber* 3, 1, 5. De esta manera se explicaría perfectamente el origen de las llamadas arras a fuero de Castilla, que abarcan el tercio del heredamiento, y arras a fuero de León, consistentes en la décima parte de los bienes del marido. Ambas formas de arras procederían, por consiguiente, de la aplicación de la legislación visigoda.

Si Chindasvinto dió su ley sobre cuantía de la *donatio* por esta razón completamente verosímil de perseguir los actos fraudulentos realizados para lograr la comunidad, nuestra ley 3, 1, 5 sería un texto de gran importancia para conocer la historia de la comunidad de gananciales. Cada día parece más claro que la comunidad debió de ser frecuente desde el siglo V y que debía de estar completamente generalizada en la época visigoda.

La comunidad de gananciales, si son exactas nuestras consideraciones, no se derivaría de la costumbre de donar el esposo a la esposa la mitad de sus bienes, como supuso Hinojosa¹⁴, sino que la costumbre de donar la mitad de los bienes derivaría de la práctica de la comunidad. Así, Hinojosa habría estado próximo al núcleo del problema, pero sin haber logrado aclararlo por completo.

Los fueros municipales siguen dependiendo en esta materia del Derecho visigodo, sin apartarse sensiblemente de su línea. Siguiéron fieles, fundamentalmente, a la doctrina *ne sine dote coniugium fiat* de la forma ervigiana de *Liber* 3, 1, 9 (= F. Juzgo 3, 1, 10 de Toled. Esc. 1 y Malp. 2) y, como consecuencia, a la idea de una cuantía de las arras.

Todos los fueros municipales regulan las arras como una cantidad fija, distinta, por lo general, en los diversos ordenamientos locales. F. Juzgo 3, 1, 6, en la parte que se refiere a *los otros huembres que non son de nuestra Corte*, la interesante para los fueros, quizá les dió pie, en relación con la igualdad ciudadana, para interpretar la cuantía proporcional de las arras como una cantidad fija. Pero, fundamentalmente, las arras son una cuota fija en los fueros municipales porque la limitación de cuantía ya no tiene razón de ser desde que se consagró la comunidad de gananciales. Era necesario acomodarse al principio *ne sine dote coniugium fiat*, y para lograr esto bastaba una cuota arbitraria.

Al igual que en el período visigodo, en la época postgótica sigue existiendo la dote al lado de la *donatio propter nuptias*, como puede apreciarse en F. Viguera y Val de Funes 393, si bien las escasas referencias a ella en algunas regiones parecen indicar que se siguió el proceso de debilitación paulatina de la tantas veces resu-

14. E. HINOJOSA, *Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (Madrid 1907).

citada dote. Pero la confusión "dote"-arras, incorporada al Derecho visigodo, siguió su suerte, y habría de provocar un interesante capítulo de la Historia del Derecho patrimonial familiar al ponerse en contacto con el Derecho justiniano.

Sentiría haber perdido mi tiempo. Pero sé que así gano mi espacio. Me parece haber contribuido a la aclaración del *ius Hispaniarum gentium*.

ALFONSO OTERO.

EL CODICE LOPEZ FERREIRO DEL «LIBER IUDICIORUM»

(Notas sobre la aplicación del *Liber iudiciorum* y el carácter de los fueros municipales).

En homenaje a P. Merêa

I. Creemos que se debe denominar Códice López Ferreiro a los seis folios de pergamino publicados por este historiador en su conocida obra *Fueros municipales de Santiago y de su tierra*¹. Como es sabido, contienen estos folios fragmentos de un Códice bilingüe del *Liber iudiciorum*, que ofrece la peculiaridad de que cada una de las leyes va seguida de la correspondiente traducción romance. LÓPEZ FERREIRO consideró interesantes estos fragmentos por su antigüedad, pues los supone procedentes del primer tercio del siglo XIII, y por la originalidad de la traducción, que, según él, difiere bastante de la versión oficial, hasta el punto de parecerle posible su incorporación a la literatura gallega.

R. UREÑA² lo calificó de originalísimo Códice gallego al dar noticia de los fragmentos y publicar una pequeña parte. Además, puso de relieve que el comentario latino al fragmento de *Liber* 3,1 denuncia la obra de un canonista, e identificó la cita bíblica que allí se hace.

Pero, si no nos equivocamos, el Códice López Ferreiro tiene mucha más importancia de la que le han atribuido LÓPEZ FERREIRO y UREÑA. Probablemente es un documento interesante para conocer la historia de la evolución del *Liber iudiciorum* y de su aplicación en el período postgótico.

Si se compara la parte romanceada de este Códice bilingüe con las versiones del F. Juzgo, se puede apreciar una coincidencia sustancial, aunque bien es verdad que su forma es mucho más tosca y primitiva. Su romance y su redacción son menos perfectos que los de aquéllas, siendo relativamente abundantes algunas expresiones que pueden calificarse de galaicismos. De todos modos, no parece posible calificarlo de versión latino-

1. A. LÓPEZ FERREIRO, *Los fueros municipales de Santiago y de su tierra* II (Santiago 1895) p. 293-308.

2. R. UREÑA, *Legislación gótico-hispana*, en «Historia de la literatura jurídica»² (Madrid 1906) p. 568-570.

gallega. Las diferencias respecto al F. Juzgo apreciables en la parte romanceada no son mayores que las de su parte latina frente a otras versiones *vulgatae*. Simplemente, un lenguaje más incorrecto, pero nada más.

Quizá sería interesante localizar el manuscrito que poseía don Jacobo Pedrosa para verificar todos sus extremos, pero podemos aceptar con toda confianza la datación y la lectura hechas por LÓPEZ FERREIRO. Según él, nuestro Códice bilingüe debió de haber sido escrito en el primer tercio del siglo XIII, hacia los últimos años del reinado de Alfonso IX, para uso de los jueces seculares. Después habría servido, quizá, para llevar a cabo la versión oficial de Fernando III.

Parece bastante claro que el Códice López Ferreiro es anterior a las traducciones oficiales, y tiene el aspecto de ser, precisamente, el estadio intermedio de la evolución lingüística sufrida por el *Liber iudiciorum* hasta llegar a ser el F. Juzgo. En efecto, cuando comenzó a utilizarse el romance, el correspondiente desconocimiento del latín debió de hacer necesaria la traducción para los juristas y jueces. Estas traducciones comenzarían por incluirse marginalmente, y, con posterioridad, por la fuerza de gravedad de las glosas, se irían intercalando junto a la ley en su versión latina. El texto latino se conservaría como garantía del original o bien, simplemente, por corresponder, como hemos avanzado, a un momento intermedio de evolución. El proceso evolutivo debió de seguir su curso y desembocar en unas versiones integradas exclusivamente por la forma romanceada. La evolución terminaría con la traducción oficial, cuya fidelidad quedaría garantizada por su mismo carácter. Sería un proceso análogo, en ciertos aspectos, al de la *Interpretatio* del Breviario de Alarico, que termina por quedar reducido a *Interpretatio* exclusivamente en algunos manuscritos, como el ms. Vat. Reg. Lat. 1050³.

De cualquier forma que se mire, el Códice bilingüe López Ferreiro revela la existencia de versiones romanceadas del *Liber iudiciorum* anteriores a las oficiales. Este hecho es extraordinariamente importante, porque nos aclara el carácter de la versión oficial del F. Juzgo. Ante la existencia de versiones romances privadas parece que no se puede considerar la traducción oficial exclusivamente como un acto de política legislativa tendente a lograr la unidad jurídica en la diversidad localista mediante la aplicación de un fuero local—el F. Juzgo—igual para todos los municipios. No se trataría, pues, de un resur-

3. A. D'ORS, *Un manuscrito de la «Interpretatio» Vat. Reg. Lat. 1050*, en «Estudios visigóticos» I (Roma-Madrid 1956) p. 143-150.

gimiento del *Liber iudiciorum* para realizar una política legislativa, sino de una confirmación oficial de la vigencia del *Liber* como Derecho común, mantenida desde la desaparición de la monarquía visigoda. Por esto era aplicable a las grandes ciudades recién conquistadas, carentes de una tradición localista. Todo lo cual no excluye que, al mismo tiempo, sirviera para encauzar una política de unificación jurídica por vía local.

Por consiguiente, no se puede sustentar la idea de que la versión romanceada de la forma *vulgata* del *Liber iudiciorum*, el F. Juzgo, obedezca exclusivamente a decisión de una monarquía fortalecida que tiende a la uniformidad jurídica. Más bien se debe enfocar como el resultado final de un proceso que fué aprovechado en aquel sentido. La existencia de varias traducciones particulares hace lógico que se hubieran utilizado para la elaboración de la versión oficial.

2. Indudablemente, el mayor interés de la existencia de versiones bilingües o romanceadas del *Liber iudiciorum* es que prueban una aplicación práctica del Código visigodo en la época posterior a la invasión musulmana, desde la caída de la monarquía visigótica hasta la Recepción del Derecho romano. No puede pensarse que se hicieran copias del *Liber iudiciorum* si no tuvieran utilidad práctica; y su utilidad la prueba todavía más el acompañamiento de traducciones a la lengua vulgar.

Parece necesario abandonar la infundada opinión general de que el Código visigodo no se aplicó después de la invasión musulmana salvo en Cataluña, en algunos lugares de León, entre los mozárabes y, posteriormente, en el reino de Toledo desde fines del siglo XI. Esta opinión general estaba en cierto modo sostenida por otra no menos infundada de que la legislación visigoda apenas se habría aplicado. No existe, que sepamos, ningún dato en este sentido. Sólo tenemos la noticia proporcionada por *Liber iudiciorum* 2,1,8. Recesvinto pretendió una aplicación exclusiva de su Código. En *Liber iudiciorum* 2,1,11 prohibió el uso judicial de cualquier otro libro que la nueva edición por él promulgada; en la cual se incluían, según *Liber iudiciorum* 2,1,5, las leyes justas de los monarcas anteriores y las suyas propias. La pretensión de la aplicación exclusiva quizá sólo se explica en el supuesto de que estuvieran vigentes al mismo tiempo el *Codex revisus* de Leovigido y el Breviario de Alarico, pues en otro caso sería más lógica una derogación concreta del Código vigente. Pero además de la prohibición general, Recesvinto prohibió en *Liber iudiciorum* 2,1,8 la aplicación práctica de las *leges aliene gen-*

tis, las *leges romanas seu alienae institutiones*, pero permite e incluso fomenta la utilización de aquellas leyes romanas para la formación jurídica. Si Recesvinto alude en *Liber iudiciorum* 2,1,8 al Breviario de Alarico, como se supone corrientemente, tendríamos allí una clara confirmación del carácter didascálico del Breviario y una prueba de su aplicación abusiva en la práctica judicial⁴. Y tendríamos, sobre todo, una prueba de que Recesvinto veía en el Breviario y en las leyes romanas el principal obstáculo para la pretendida aplicación exclusiva de su Código.

El Derecho consuetudinario visigodo, de procedencia germánica o prerromana, no parece que haya podido ser tenido en cuenta por Recesvinto como un Derecho aplicable frente a su Código. Para tener en cuenta la posibilidad de existencia de un Derecho consuetudinario de tipo germánico propio de los visigodos y en lucha con el Derecho legislado habría que fundamentar su existencia en datos de la época visigoda y no, como se ha venido haciendo, en fenómenos posteriores que pueden tener otro origen. Además, conviene recordar que los visigodos recibieron el Derecho romano vulgar, según el testimonio de JORDANES (*Get.* 25), y no conservaron un propio Derecho consuetudinario germánico. Las *bellagines*, a tenor de la noticia del mismo JORDANES (*Get.* II), probablemente no tenían relación con la vida jurídica, sino con la vida natural, y, en todo caso, no han podido constituir un cuerpo de Derecho consuetudinario que los visigodos hubieran podido conservar hasta el siglo VI⁵. Los visigodos adoptaron el Derecho privado romano, porque quizá no tenían uno propio. Sin embargo, en virtud del *privilegium militis*, las leyes romanas les consentirían continuar viviendo según su Derecho nacional, al menos en cierta esfera de relaciones, por lo cual los visigodos han podido conservar algunas instituciones propias de carácter público y, especialmente, militar. Pero estos elementos dependientes del Derecho público visigodo ya se habían incorporado al Código de Eurico, y no pueden ser invocados tampoco como un cuerpo de Derecho capaz de entablar una lucha con el legislado, aun a pesar de su carácter militar.

Los visigodos, pues, habían adoptado el Derecho romano al establecerse en las provincias orientales, y poco podían haber conservado de su rudimentario Derecho. Pero aunque no fuera así, difícilmente hubieran podido imponer su problemático Derecho en la Península. Conviene recordar que los visi-

4. A. D'ORS, *La territorialidad del Derecho de los visigodos*, en «Estudios visigóticos» I cit. p. 123.

5. A. D'ORS, *La territorialidad* cit. p. 105 ss.

godos no han conquistado el sur de las Galias y España, por lo cual no han podido llevar a cabo la presura y partición de aquellas tierras, de cuya apropiación y partición se seguiría la aplicación de su Derecho o de un *nomos* derivado de aquella situación⁶. El asentamiento de los visigodos y la consiguiente distribución de tierras se realizó en virtud del *foedus* y mediante el sistema romano de la *hospitalitas*. Y esto llevó aparejada fatalmente la aplicación del Derecho romano.

La posibilidad de existencia de un Derecho consuetudinario prerromano en la época visigoda no sería objeto de nuestra atención, por no considerarla de este lugar, si no nos pareciera observar en algunos historiadores del Derecho español la tendencia a sustituir el tópico del germanismo actualmente en crisis por el del prerromanismo⁷. Los historiadores españoles siguen, quizá inconscientemente, el camino que llevó a SOLMI a la contaminación entre las concepciones de BRUNNER y de MITTEIS sobre el Derecho romano vulgar⁸. A este respecto es necesario hacerse eco de las críticas que justamente mereció esta postura, y poner en duda la posibilidad de supervivencia de los Derechos primitivos y escasamente elaborados frente a un Derecho evolucionado y, además, dotado de una gran fuerza política, como el Derecho romano. Si acaso, se podría admitir solamente la existencia de costumbres que habrían condicionado la evolución y la adaptación del Derecho romano; costumbres que, por haber sido encuadradas en el sistema romano vulgar y autorizadas por él, se han convertido en Derecho romano y han pasado a formar parte de él⁹. En todo caso, además, también habría que probar previamente la existencia de

6. C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Ius Publicum Europaeum* (Colonia 1950); *Nehmen-Teilen-Weiden*, en «Gemeinschaft und Politik» I (1954) 18-27, trad. del A. Truyol en «Boletín del Seminario de Derecho político de Salamanca» 2 (1954) 3-14.

7. A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español* (Madrid 1959); *Aportación al estudio de los fueros*, en AHDE. 26 (1956) 387-446; R. GIBERT, *Los fueros de Sepúlveda* (Pamplona 1954); *Prelección de Historia del Derecho español para el curso 1959-60* (Granada 1959).

8. A. SOLMI, *Storia del diritto italiano* (1930) p. 2 ss.; *Gli elementi costitutivi del diritto civile italiano*, en «Temì emiliana» (1929); *Contributi alla storia del diritto comune* (Roma 1927) p. 47 ss.

9. BRANDILEONE, *Il diritto romano nella storia del diritto italiano*, en «Scritti di storia del diritto privato italiano» I (Bologna 1931) p. 34 ss.; F. CALASSO, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune* (Milán 1938) p. 47 ss.; *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti del diritto* (Milán 1948) p. 6 ss.; *Diritto volgare, diritti romanzzi, diritto comune*, en «Atti del Congresso intern. di diritto romano e di Storia del diritto» II (Verona 1948) p. 359-380.

un Derecho consuetudinario prerromano en la época visigoda y no inducirlo de fenómenos posteriores.

No existe, por consiguiente, ninguna razón para suponer que el Derecho legislado visigodo, y concretamente el *Liber iudiciorum*, no se hubieran aplicado en la práctica por estar en contradicción con un Derecho coexistente de cualquier tipo o por cualquier otra causa. Más bien, el Derecho visigodo parece lógico que se hubiera aplicado en todos los territorios de la monarquía, dominados totalmente o no, porque, en principio, siguió dependiendo del Derecho romano vulgar y, posteriormente, continuó su evolución llevando a cabo las tendencias del Derecho romano postclásico. Tanto es así que las reformas legislativas introducidas por el Código de Eurico y por los Códigos posteriores se orientan en un sentido que venía determinado por la misma evolución del Derecho romano.

3. Se viene aceptando como indiscutible que, después de la invasión musulmana, el sistema de la época visigoda, y por tanto el *Liber iudiciorum*, seguiría rigiendo solamente en Cataluña, durante los primeros siglos de la Reconquista, en algunas partes del reino de León, a partir de Alfonso II, entre los mozárabes y en Toledo, desde fines del siglo xi.

Según la última exposición de conjunto de *Historia del Derecho español*¹⁰, los mozárabes formaron una comunidad con autoridad propia, aunque su organización no se regiría por su propio Derecho, sino a discreción de los emires y califas. Pero en las relaciones privadas entre mozárabes se aplicaría el *Liber iudiciorum*. En Cataluña, los habitantes de esta región continuarían también rigiéndose, como el resto de la España conquistada, por su propio Derecho, es decir, por el *Liber iudiciorum*. Al sacudir el dominio musulmán, con la ayuda de los francos, se les concede seguir rigiéndose por el *Liber* como ley general del territorio, junto al cual se aplican los *capitularia* francos y, posteriormente, a partir de la independencia, las normas emanadas de los condes barceloneses. En el reino asturiano, a diferencia de Cataluña y los territorios musulmanes, el *Liber iudiciorum* no rige desde el primer momento, sino que dominaría la costumbre por entero. Alfonso II restauraría el *Liber iudiciorum*, tratando de entroncar el nuevo reino con el visigodo, pero sin conseguir su vigencia práctica. El *Liber* comenzaría a alcanzar mayor difusión a partir del establecimiento de los mozárabes en el siglo x. En Tole-

10. GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho español* cit. p. 339 y 347 ss.

do, al reconquistarse la ciudad, existía una importante población mozárabe que sigue rigiéndose por el *Liber*, el cual, al no existir otro Derecho arraigado, prevalece sobre el de los otros grupos de población y se convierte en ley general del reino de Toledo, desde donde se extiende a Córdoba, Sevilla y Murcia. Como consecuencia de esta difusión del *Liber* se traduciría al romance en el siglo XIII y se reproduciría en distintas regiones.

En consecuencia, parece que debemos deducir que en los restantes territorios peninsulares no se aplicó el *Liber iudiciorum*. Y no sólo lo hemos de deducir a *contrario sensu*, sino que es frecuente en los historiadores del Derecho español repetir que el Derecho visigodo no se aplicó ni se conoció en algunas regiones como Navarra, Aragón, etc., por no haber sido efectivamente dominadas por los visigodos y por otras razones semejantes.

La inseguridad de las afirmaciones concretas acerca de la aplicación del *Liber iudiciorum* se deja ver con claridad en lo anteriormente expuesto. Respecto a los mozárabes, se admite, sin más, que siguieron rigiéndose por el Código visigodo sin distinción de regiones, con lo cual se da por segura aquí la aplicación general del *Liber* en la época visigoda; negada en otras ocasiones. Y respecto a Cataluña no hay inconveniente en afirmar, en contra de la hipótesis de partida, que esta región, después de la invasión musulmana, continuaría también rigiéndose, como el resto de la España conquistada, por su propio Derecho, es decir, por el *Liber iudiciorum*.

Con ambas conclusiones estamos plenamente de acuerdo, pero deben ser generalizadas a todos los territorios de la Reconquista.

Mientras no se demuestre lo contrario mediante datos coetáneos y dignos de crédito, debemos partir de la hipótesis de que el Derecho legislado visigodo, y por tanto también el *Liber iudiciorum*, se aplicó con carácter exclusivo en la monarquía visigoda. Parece lo más lógico, si se recuerda que el Derecho contenido en los Códigos visigodos es Derecho romano vulgar y, por consiguiente, el mismo por el que se regía la totalidad de la población y el que habría podido disputarle el campo de la aplicación práctica.

La invasión musulmana y la consiguiente desaparición de la monarquía visigoda no alteró teóricamente la situación. El Derecho visigodo, codificado en el *Liber iudiciorum*, continuaría rigiendo como Derecho general en todos los territorios peninsulares, tanto en los conquistados por los musulmanes, según se admite generalmente, como en los independien-

tes. No hay ninguna razón para pensar lo contrario, y hay muchos indicios de que ha ocurrido así. Toda la evolución del Derecho español medieval se explica mejor si partimos, como no podemos menos de hacer, de la vigencia del *Liber iudiciorum* como Derecho común después de la caída de la monarquía visigoda. Pero se había operado, un acontecimiento fundamental para la vida del Derecho y, en consecuencia, para la aplicación del Código visigodo y la posterior evolución del sistema jurídico. Este acontecimiento es la crisis total del poder público que, necesariamente, lleva aparejada la transformación del sistema jurídico, entendido como síntesis de organización y norma.

No se ha reparado quizá suficientemente en la importancia y trascendencia de la desaparición del poder público visigodo. Es, sin duda, el acontecimiento decisivo en la evolución del Derecho medieval español. Al ser el Derecho un sistema de acciones, se comprende que cualquier modificación del procedimiento, de la forma, lleva consigo un correlativo cambio del fondo, de los institutos jurídicos. El comienzo del vulgarismo va aparejado a la introducción de la *cognitio* y a la desaparición del procedimiento formulario. Así se inicia la Historia del Derecho romano vulgar. De la simplificación de los libros de jurisprudencia clásica, operada con fines procesales en la segunda mitad del siglo III, se pasó a una corrupción de fondo a finales del siglo IV, que obedece, evidentemente, a las transformaciones operadas por el impacto del cristianismo, pero realizadas quizá por vía procesal, principalmente a través de la *episcopalis audientia*. Y esta es, en síntesis, la Historia del Derecho romano vulgar.

La caída de la monarquía visigoda supone la desaparición del poder público—excepto en aquellos lugares en que fué sustituido por otro, como en Cataluña y mozárabes—, base y presupuesto de la organización procesal y del procedimiento. Ya no se trataría simplemente de modificaciones procesales, sino de la desaparición del procedimiento. Y la consecuencia de esto es la caída en la autotutela. El Derecho penal y el procesal, afectados con mayor intensidad y de una manera más inmediata por las crisis del poder público, volverían automáticamente al primer estadio de su evolución, y el Derecho privado sufriría las ineludibles consecuencias de la crisis procesal que la crisis política lleva aparejada.

La desaparición del poder público visigodo se enlaza con el proceso de vulgarización del Derecho romano, y viene a ser la causa y la explicación del primitivismo del Derecho de la época postgótica. Al desaparecer el poder público con sus organismos tutelares desaparece el Derecho penal público, y el Derecho penal vuelve al estado inicial de sus evoluciones, con

sus típicas manifestaciones de responsabilidad objetiva, responsabilidad por daños producidos por animales u objetos inanimados e incluso venganza ejercida contra el propio animal, venganza de la sangre, etc.; una situación, en definitiva, de autotutela. En el campo del Derecho procesal se llega a la indiferenciación de proceso penal y proceso civil, a la prenda extrajudicial y al duelo, exponentes de una concepción primitiva de la justicia que ve en el duelo la forma por excelencia del proceso y que procede de un estadio de proceso extrajudicial, anterior al proceso judicial. El Derecho privado, como ya hemos insinuado, sufre las inevitables consecuencias de regresión impuestas por la crisis procesal. Pero, además, la desaparición del poder público con su tutela conduce al repliegue y a la cohesión de las comunidades inferiores, familiar y vecinal, que buscan en la cohesión y en la solidaridad la fuerza que ha de sustituir la tutela política. La familia se hace más primitiva por fuerza de los acontecimientos y adopta una estructura semejante a la de la familia arcaica, incluso con ciertas atribuciones de carácter político, características de la organización anterior al nacimiento del estado. Algo parecido puede decirse de la comunidad vecinal, obligada por las circunstancias a buscar una cohesión y una solidaridad semejantes a las de la familia, la cual pronto se sentirá afectada por una tendencia a la autonomía característica de las nuevas organizaciones municipales nacidas en una situación de inexistencia o debilidad del poder público. La necesidad de llenar el vacío de la desaparecida tutela del poder público conduce, por otro lado, a las relaciones de protección, con los consiguientes abusos señoriales. Surgen así, también, una serie de relaciones desconocidas o planteadas en términos muy distintos de los de épocas anteriores.

En los campos procesal, penal y vecinal, principalmente, se producen, como consecuencia del derrumbamiento de la monarquía visigoda, nuevas formas, desconocidas en la época visigótica, para las cuales, evidentemente, no sirve la regulación del *Liber iudiciorum*. Hay que regular aquellas situaciones desconocidas en la monarquía visigoda, pues el *Liber* no es aplicable a ellas. El *Liber iudiciorum* dejaría de aplicarse, parcialmente, en los aspectos de Derecho procesal, penal, señorial y local, para los cuales no contenía regulaciones jurídicas o las que ofrecía eran inadecuadas. El Derecho visigodo contenido en el *Liber* seguiría aplicándose en aquellos aspectos en que era adecuado a las nuevas formas de vida social; seguiría aplicándose como Derecho común en todos los territorios de la Reconquista. Pero era necesario regular las situa-

ciones nacidas al calor de las nuevas circunstancias, y para ellas se fué creando un Derecho especial de formación judicial. Así irían surgiendo las nuevas normas de Derecho procesal, penal, señorial y local; como un Derecho especial que presupone, según ya insinuó HINOJOSA¹¹, la existencia del Derecho visigodo como Derecho común. Mas HINOJOSA no debió de darse cuenta de la trascendencia de su afirmación para la tesis germanística o no quiso ser consecuente con ella.

De esta manera se explica y aclara perfectamente por qué los primeros estatutos municipales contienen fundamentalmente normas de Derecho procesal, penal y de organización municipal. Eran los campos en los que se necesitaba una regulación nueva, complementaria del *Liber*. En todo lo demás presuponían vigente el Código visigodo. Y puesto que las relaciones señoriales, con sus clásicos abusos, habían determinado la aparición de una serie de normas que las regulaban, explica también por qué los fueros municipales de la época de renacimiento y fortalecimiento del poder público—Alfonso VI y Alfonso VII—se presentan como exención de los malos usos señoriales.

Después de lo dicho no sorprenderá que el *Liber iudiciorum* se hubiera aplicado más intensamente en Cataluña, entre los mozárabes y en los renacidos reinos de León y Toledo. En la Cataluña franca y en los territorios musulmaes no se produjo aquella crisis del poder público determinante de las nuevas situaciones. El sistema visigodo encontró en ambas situaciones el apoyo de una organización política que lo sostenía y le daba efectividad. Pero conviene tener en cuenta que cuando los territorios catalanes se independizan políticamente del reino franco comienzan a sentir una crisis de poder público semejante a la de los demás reinos cristianos de la Reconquista, con las especiales características que le comunican los gérmenes de feudalismo depositados durante la dominación franca. Las nuevas circunstancias derivadas de la crisis política, desconocidas por el *Liber iudiciorum* y para las cuales era difícilmente adaptable, determinan el nacimiento de nuevas normas, contenidas en los privilegios condales, cartas de población, *constitutiones* y, por fin, en los *usalia* de la curia conda, que se aplican como Derecho especial al lado del Derecho común constituido por el *Liber iudiciorum*. Entre los mozárabes la situación es la característica para producir una reacción conservadora. Por este motivo se explica la aplicación exclusiva del Derecho tradicional, del *Li-*

11. E. HINOJOSA, *Origen del régimen municipal en León y Castilla*, en «Estudios sobre la Historia del Derecho español» (Madrid 1903) p. 33.

ber, y se explicaría también la posible participación de su conservadurismo en la restauración del *Liber iudiciorum* y del orden gótico en León.

La restauración del *Liber* por Alfonso II quizá obedece fundamentalmente al intento del monarca de entroncar el nuevo reino con el visigodo. Esta restauración del *Liber* fué acompañada también de la restauración de la *Hispana*. Ambas parecen obedecer a un acto de carácter fundamentalmente político, tendente quizá a la legitimación y consolidación de la monarquía. Por consiguiente, nos parece que de la restauración del *Liber* no se puede deducir su inaplicación en la época anterior, pues por el mismo motivo se podía afirmar la inaplicación de la *Hispana*. El mismo acto político de la restauración del orden gótico permite vislumbrar cierto tímido incremento del poder público, al que va aparejado un relativo aumento de posibilidades de aplicación del *Liber*.

El caso del reino de Toledo se plantea en un momento de franco incremento del poder real. Al ser conquistada la ciudad, la monarquía renaciente se encuentra en ella un gran contingente de población mozárabe que se venía rigiendo exclusivamente por el *Liber iudiciorum*. Falta aquí un Derecho especial, creado al calor de unas circunstancias de crisis de poder público, que limitara el campo de aplicación del Derecho visigodo. Además, el predominio de la población mozárabe y el interés de la monarquía fortalecida le facilitaron una situación de preponderancia. El Código visigodo se impone así en el reino de Toledo y, posteriormente, en las grandes ciudades reconquistadas, después de haber sido traducido con el nombre de Fuero Juzgo y después de haber sido integrado en una política de unificación jurídica y de fortalecimiento del poder real, para lo cual era un instrumento adecuado. La diferencia en la aplicación del *Liber* en Toledo y las ciudades andaluzas frente a la de otros lugares, repetimos, es consecuencia de la consolidación del poder público y de su aplicación en exclusiva, sin la presencia de un Derecho especial, pues las grandes ciudades carecían, en cierto modo, de una tradición jurídica dentro de una crisis de poder.

La no aplicación del *Liber iudiciorum* sería característica de Castilla y Navarra-Aragón, según las opiniones tradicionales.

Respecto de Castilla se supone que esta situación se produjo al independizarse de León y derogarse concretamente el *Liber iudiciorum*. Pero conviene recordar que la derogación del *Liber* se integró en la leyenda de Castilla y se convirtió en un tópico político que debe ser utilizado con mucha prudencia. Castilla es tierra de pequeños propietarios. Las caracte-

terísticas de su especial género de vida social debieron de determinar ciertas peculiaridades de su Derecho particular frente al Derecho particular leonés y, por consiguiente, una distinta intensidad en la aplicación del Derecho común del *Liber*. Los documentos de aplicación castellanos abundan en expresiones tales como *sicut lex docet*, que parecen aludir al Derecho común del *Liber iudiciorum*; y el aspecto de los documentos no parece haber cambiado después de producirse la independencia. Por último, el Derecho territorial castellano contenido en Libro de los Fueros y F. Viejo tiene todo el aspecto de ser el resultado de la evolución del Derecho visigodo. Sus principios y sus soluciones concretas se explican perfectamente desde el Derecho visigodo, si bien es verdad que nos presenta ya en toda su pujanza instituciones todavía inoperantes en la época visigoda. Este Derecho territorial está muy próximo al de F. Soria, indudablemente afectado por F. Juzgo; quizá más cercano al Derecho de F. Soria que al de otros ordenamientos locales que no son sospechosos de haber sentido la influencia directa de F. Juzgo.

El no haber logrado la monarquía visigoda una dominación total y efectiva de Navarra ha dado pie a la creencia de la falta de aplicación del Derecho legislado visigodo en esta zona, con lo cual Navarra habría sido ajena a la tradición visigoda. Habría que probar efectivamente que la legislación visigoda no se aplicó en Navarra por no haberse logrado una total dominación militar. Pero, en todo caso, aunque se probara el hecho, no habría de tener la trascendencia que se le atribuye, pues el Derecho legislado visigodo siguió dependiendo del Derecho romano vulgar y sería, fundamentalmente, el mismo Derecho vivido en la zona occidental del Imperio. En contra de la falta de aplicación del Derecho visigodo durante la monarquía goda y en el período posterior y de la consiguiente falta de tradición visigoda en los territorios pirenaicos deponen algunos datos notorios. El Derecho contenido en el interesantísimo y original F. Viguera y Val de Funes no se explica sin la presencia del Derecho visigodo. Muchos de sus principios e instituciones son fiel reflejo del *Liber*. Y los textos del *Liber iudiciorum* debían de ser bien conocidos en la zona pirenaica, puesto que fueron recogidos, junto con algunos preceptos forales del alto Aragón, en una recopilación privada de Fueros de Aragón publicada en este AHDE. 5 (1928) 389.

4. Hemos hecho anteriormente alguna referencia a los fueros municipales. En otra ocasión abordaremos el problema con mayor detenimiento. Sin embargo, pueden ser oportunas aquí

ciertas consideraciones generales sobre los fueros, vistos desde este ángulo de la aplicación del Derecho visigodo.

Ultimamente, GARCÍA GALLO ha abordado el problema de los fueros municipales con una gran riqueza de datos ¹². El trabajo de GARCÍA GALLO es una importante aportación, pero sus conclusiones son la consecuencia de su punto de partida. Su tesis previa de supervivencia del Derecho prerromano es difícil de concebir y, en todo caso, habría que probarla previamente. De nada vale el pensar que la crisis política y cultural fuera propicia para el resurgimiento de los principios primitivos. Sería realmente sorprendente que los Derechos indígenas conservaran su vitalidad aletargada durante tantos siglos y que luego resultaran aplicables a una realidad social tan distinta como sería la de los reinos cristianos de la Reconquista. Es posible, como hemos visto, una regresión al primitivismo, pero es casi increíble el retorno al primitivismo prerromano.

Si se parte del presupuesto de la persistencia del Derecho prerromano se corre el riesgo de condicionar los resultados de la investigación, de la misma manera que el presupuesto de supervivencia del Derecho germánico condicionó toda la Historia del Derecho español. Pero todavía mediaría una buena distancia entre ambas tesis. La gran diferencia entre la hipótesis germanística y la prerromanística estriba en que aquélla permitía trasplantar los esquemas del Derecho germánico, bastante conocido, para la reconstrucción de nuestro Derecho histórico, mientras que del prerromanismo, por el desconocimiento de los Derechos primitivos, no podemos esperar otra cosa que la caída en pseudo-interpretaciones sociológicas. Y de hecho se empiezan a prodigar consideraciones agrícolas y pastoriles, patriarcales y matriarcales:

La Historia del Derecho español se resiente de no haber tenido un duelo a muerte entre romanismo y germanismo, semejante a la polémica entre SCHUPFER y TAMASSIA. Este duelo violento entre SCHUPFER y TAMASSIA ha enseñado muchas cosas a los historiadores italianos, ha precisado muchos contornos y ha contribuido a relegar el tema romanismo-germanismo al fondo de la Historia de la historiografía jurídica italiana ¹³. Hubiera sido difícil en España por la ausencia de historiadores del Derecho privado. Pero nos hubiera sido útil para llenar la necesidad de precisar, de superar la tentación de generalizar y de hacer

12. GARCÍA GALLO, *Aportación al estudio de los fueros* cit.

13. C. G. MOR, *Lo stato longobardo nel VII secolo*, en «Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo» 5 (Spoleto, 1958) p. 271.

la Historia del Derecho a grandes trazos. En este sentido, la historiografía jurídica italiana puede ser un buen ejemplo, con su experiencia de haber salvado la etapa de los apriorismos germanistas o de cualquier otro tipo.

La desaparición del poder público visigodo produjo, como hemos visto más arriba, un fenómeno de regresión que ocasionó importantes transformaciones procesales, penales y de otros tipos, las cuales hacían inaplicables parte de las normas de un Derecho desarrollado como el visigodo, que, sin embargo, podía seguir siendo aplicado como Derecho común. Se hacía necesario el dar una nueva regulación a todos aquellos aspectos afectados. Pero esta nueva reglamentación de la vida jurídica no podía llevarla a cabo el poder legislativo, pues desapareció con la extinción de la monarquía visigoda. Las nuevas monarquías independientes, herederas del poder legislativo del reino visigodo, vivieron una vida angustiosa de quehaceres guerreros, que le impidieron durante mucho tiempo el ejercicio del poder legislativo. El repliegue social hacia las comunidades y agrupaciones inferiores y la imposible intervención legislativa provocaron el desarrollo independiente del Derecho en cada lugar y dejaron abierto el camino para la formación jurídica localista.

El nuevo Derecho se iría formando con independencia en los distintos lugares. La ausencia de poder público acentuaría la necesidad de protección, y llevaría a las relaciones de dependencia señorial, dentro de las cuales se rompe el equilibrio de la relación protección-obediencia, característica del poder, por la parte débil de la obediencia, con el consiguiente abuso de los poderosos. Así nacieron por doquier los malos usos señoriales. Por otra parte, desde muy pronto asistimos a la formación de los centros urbanos, fomentada, a veces, por los soberanos, mediante privilegios, para llevar adelante su política de guerra y de repoblación. En cada uno de ellos, independientemente, se fue formado también el nuevo Derecho, caracterizado por la especial situación de libertad de los ciudadanos y por la presencia o la tendencia a una organización autonómica.

Adelantado el desenvolvimiento de la nueva monarquía, la política de atracción de pobladores se realizó mediante la concesión de privilegios, fundamentalmente la exención de malos usos señoriales o, más adelante, el Derecho privilegiado de otras localidades.

Así, pues, los primeros estatutos municipales se presentan como exención de los malos usos señoriales. A través de ellas se ha ido desarrollando el Derecho de las distintas comarcas. Una prueba de ello nos la ofrece el Derecho de sucesiones de Sepúlveda, fundado en la exención de la mañería.

El fenómeno de aparición de los fueros municipales redactados supone ya un incremento del poder público. No es sorprendente que la mayoría de los fueros breves procedan de la época de Alfonso VI y Alfonso VII. Los fueros breves son todavía pequeñas redacciones de las normas reguladoras de las nuevas situaciones o de otras que suponían ya una superación de las primitivas. Pero, en todo caso, constituyen un Derecho especial complementario del *Liber iudiciorum*. Se recogen por escrito, no porque se considere necesaria su codificación, sino por su carácter de privilegio y ante cualquier intento de modificación por parte de los soberanos.

Bien es verdad que el caudal de normas aplicables en una localidad fué aumentando progresivamente. Muchas de las nuevas normas tenderían a regular las nuevas formas económicas y sociales nacidas del desenvolvimiento general. Algunas incluso intentarían actualizar el *Liber iudiciorum*. Otras serían el resultado de una determinada interpretación y aplicación de aquél. Nunca, sin embargo, constituirían un gran contingente de normas por tratarse de un Derecho especial complementario de un Derecho común. No parece posible que las sucesivas redacciones, consecuencia de la adición de todas estas nuevas normas, alteraran el carácter de los primeros fueros, hasta el punto de que los fueros extensos sean el resultado del normal desenvolvimiento de los fueros breves.

De todo esto parece surgir una consecuencia de gran interés. Se explica y se ve perfectamente la evolución del Derecho en la época posterior a la invasión musulmana y se hace innecesaria la artificial edad diplomática. Desde la caída de la monarquía visigoda existe un Derecho común constituido por el *Liber iudiciorum*, y se va formando paulatinamente un Derecho especial que luego se recogerá en los fueros municipales. Este Derecho se puede conocer, y se pueden reconstruir todas sus vicisitudes, desde la caída de la monarquía goda, con los datos que proporcionan los fueros municipales. Claro está que hay que llevar a cabo una ingente tarea crítica. Si hay documentos también, mucho mejor. Pero los documentos de la llamada edad diplomática son un mundo oscuro y turbio de negocios jurídicos indirectos, por lo cual es muy peligroso utilizarlos sin el necesario discernimiento y, sobre todo, como fuente exclusiva.

El caudal de normas aplicables en los distintos núcleos de formación jurídica independientes crece sucesivamente, pero dado su carácter de Derecho particular nunca llegarían a constituir un ordenamiento jurídico completo. Su base fundamental

es el privilegio, y su principal motor la autonomía. Por esto, el Derecho local sufre una fuerte sacudida en el tránsito de la Alta a la Baja Edad Media con la recepción del Derecho romano y con el fortalecimiento del poder público. La monarquía fortalecida tiende pronto a la centralización administrativa, y combate la autonomía municipal. El poder central tenderá también a la unificación jurídica y a convertirse en instrumento legislativo único, por lo que se dirige a suprimir las facultades normativas de los municipios.

La recepción del Derecho romano, colaboradora inseparable del renacimiento del poder central es, sin duda, el factor más decisivo en la historia de los fueros municipales. Frente a la penetración del Derecho romano, fomentada por los reyes en su afán de fortalecimiento y de unificación jurídica, los Derechos locales tienden a garantizar su conservación. El antiguo Derecho y la autonomía municipales proceden de los viejos privilegios que amenazan con ser destruidos por la política centralista. Ante estos acontecimientos, se llevan a cabo las grandes redacciones del Derecho local. De esta manera, los fueros municipales extensos son una reacción contra la penetración del Derecho justiniano, una consecuencia de la presencia del Derecho justiniano. La redacción de los Derechos locales parece ser el fruto de una política de hechos consumados frente a la recepción romanística y su inseparable fortalecimiento del poder real.

Los municipios decidieron llevar a cabo la redacción de su Derecho para presentarlo como una realidad vivida, basada en antiguos privilegios, que se pudiera oponer al Derecho justiniano que les disputaba el campo. Como el Derecho local no constituía un sistema completo, hubo de utilizar los esquemas y principios del Derecho romano que trataba de combatir, al igual que los Derechos territoriales. Resultaba necesario, y era inevitable también, porque fueron juristas formados en el Derecho romano justiniano los que recibieron los encargos de realizar las redacciones del Derecho local. De esta manera y por estos dos caminos penetró en los fueros municipales el Derecho justiniano. Es la primera recepción o avanzadilla de recepción que precede a la recepción total operada en las Partidas.

Los fueros extensos, al ser un sistema completo, logrado con la utilización del Derecho justiniano, el nuevo Derecho común, no tendrían ya necesidad del antiguo Derecho común visigodo. Comienza a desaparecer nuestro primer Derecho común, desplazado por el nuevo Derecho común justiniano, el cual es objeto de una especial forma de recepción en las Partidas y se

convierte en un peculiar Derecho común español. Pero la lucha había de ser larga. Todavía en el siglo XVI serían necesarias unas normas de colisión, y las Leyes de Toro vinieron a solucionar las antinomias entre el sistema de Derecho común visigodo y el nuevo Derecho común hispánico, fruto de la recepción en las Partidas.

ALFONSO OTERO.

IV

LA CONCEPCION CLASICA DEL LEGADO «SINENDI MODO» Y SU PROBABLE ESTRUCTURA ORIGINARIA *

I. Las escasas noticias que las fuentes ofrecen sobre el legado *sinendi modo* (l.s.m.) y las dudas e interrogantes que se han venido planteando a la doctrina hacen que el interés por el conocimiento de este legado siga siendo vivo y actual.

La doctrina más reciente ha sometido a una rigurosa crítica la tesis dominante que consideraba el l.s.m. como un tipo secundario derivado del legado *per damnationem* y lo ha conceptuado como la forma originaria de legado¹. La mayor dificultad de este estudio consiste en encontrar el objeto y finalidad propia del legado, ya que los textos lo describen cuando ya ha perdido esa finalidad, al fundirse con el legado damnatorio, y se convierte en una supervivencia histórica. Los autores que últimamente han estudiado este tema, Bammate y Pezzana, sostienen que, mientras originariamente el l.s.m. se distinguiría de los otros tipos de legado por un criterio sustancial, en la época clásica se distingue sólo de ellos por un criterio formal: el de la especial fórmula de disposición usada para esta clase de legado². Ante la ausencia de datos precisos sobre la especialidad del l.s.m., la labor del estudioso no puede ser otra que la de formular hipótesis que deben siempre basarse en las noticias textuales y encuadrarse en el marco de nuestros conocimientos.

Las hipótesis sobre el origen del l.s.m. pretenden trasladar el esquema que ofrece Gayo de este legado a las concepciones primitivas partiendo de la idea de que el legado tuvo siempre un objeto general. En este orden de ideas, las aportaciones de Bammate y Pezzana han tratado de buscarle una explicación poniendo en relación el l.s.m. con el primitivo acto de apoderamiento o con la estructura primitiva de la obligación. Estas hipótesis tropiezan, sin embargo, con la imposibilidad de explicar cómo el legatario llega a hacerse propietario por el simple hecho material de apoderarse

* Trabajo destinado a los estudios en homenaje al Prof. E. Betti.

1. Vid. Bammate: *Origine et nature du legs sinendi modo* (Lausanne-París 1947) y Pezzana: *Contributi allo studio del legato sinendi modo* (Milano 1958), a quienes nos remitimos en la exposición de las precedentes teorías.

2. Cfr. Bammate, op. cit., p. 50 y Pezzana, op. cit. p. 24.

de los bienes legados y deben basarse sobre otra hipótesis: la de dar una explicación al *titulo pro legato* diversa de la que resulta de los textos³.

En este artículo exponemos una nueva hipótesis sobre la estructura originaria del l.s.m. que pretendemos explicar buscándole un particular objeto y una propia finalidad distintos del contenido general que este legado tiene en su última fase cuando no tiene ya razón de existir. El objeto propio de este legado creemos fué el respeto que el testador impone al heredero de una situación de hecho constituida a favor del legatario. Para llegar a esta conclusión nos servimos de un criterio metodológico propugnado por el profesor Betti: el separar las decisiones concretas, las figuras jurídicas con sus medios procesales de actuación, en las que fueron indiscutibles maestros los juristas romanos, de las concepciones dogmáticas y tipificadoras que a veces deforman más que aclaran la naturaleza de las instituciones⁴.

2. La exposición de Gayo, 2. 209-215, que es la fuente más extensa sobre el l.s.m., nos proporciona importantes noticias sobre las distintas concepciones de este legado en la época clásica. Para apreciar en su justo valor estos textos gayanos debe tenerse en cuenta que desde el siglo I la jurisprudencia había reducido los tipos de legado a los dos generales de *legatum per vindicationem* y *legatum per damnationem*, legado con efectos reales y legado con efectos obligatorios, y que incluso las diferencias entre estos tipos tienden a borrarse en la práctica por el difundido uso de utilizar conjuntamente las distintas fórmulas de disposición y, sobre todo, por la convalidación de los legados nulos que opera el SC. Neronianiano⁵.

Gayo expone los efectos y caracteres del l.s.m. asimilándolos a los del legado *per damnationem* (l.p.d.), limitándose a subrayar algunas diferencias de escasa importancia y a referirse a la opinión tradicional que defendía la autonomía del legado. En su exposición, después de dar la fórmula de la disposición⁶, refiere tres controversias sobre las cuestiones concretas que suscita el legado:

3. Vid. las acertadas observaciones de BIONDI, *rec. a Bammate*, en *SDHI*. 15 (1949), 273 ss., para quien si el testador dice *sinere* y no *do lego* ni *damnas esto dare*, no se ve cómo se pueda invocar el título *pro legato* que sirve exclusivamente para los legados traslativos de propiedad. Vid. *infra* n. 12.

4. Vid. los escritos metodológicos del Prof. BETTI y últimamente *Falsa impostazione della questione storica dipendente de erronea diagnosi giuridica*, en *RISG* 1952 (separata), p. 6.

5. Cfr. BIONDI: *Successione testamentaria e donazioni*² (Milano 1955), p. 278 ss.

6. Vid. *infra* par. 6.

la primera referente a la exigencia de que la cosa legada en el momento de la muerte del testador sea propiedad de éste o del heredero (210-212); la segunda, respecto a la necesidad de que el heredero efectuase actos positivos de transferencia de la cosa legada (213-214); la tercera, sobre los efectos de la llamada *disiunctim* de varios colegatarios (215). En la exposición de estas tres discrepancias doctrinales, entre las que existe una cierta relación, Gayo utiliza el criterio de equiparación con el legado damnatorio: *sicut per damnationem*⁷, *ac si per damnationem*⁸.

Comencemos por la más importante de estas tres cuestiones, que es la referente a la estructura del legado:

Gayo, 2.213: *Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eo usque, donec is tradendo vel mancipando vel in iure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinendi modo legato iuris est; et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est QUIDQUID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET.*

2.214: *Sunt tamen qui putant ex hoc legato non videri obligatum heredem, ut mancipet aut in iure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur; quia nihil ultra ei testator imperavit, quam ut sinat, id est patiatur, legatarium rem sibi habere.*

En el 213 Gayo afirma que en el l.s.m., lo mismo que en el l.p.d., el legatario no adquiere la propiedad al ser aceptada la herencia, sino en el momento en que el heredero transmite la cosa mediante *traditio*, *mancipatio* e *in iure cessio* y por ello nace de este legado una acción *ex testamento*. De este texto resulta claramente la identidad de efectos entre el l.s.m. y el l.p.d., consistentes en la obligación del heredero de transmitir la cosa legada⁹ al legatario y el hecho importantísimo de que de los dos legados nace la misma acción, que tiene por objeto un *dare facere*. Por tanto, e independientemente de las posibles diferencias teóricas, desde el punto de vista práctico y procesal, estos dos legados se equiparaban, pues mediante el ejercicio de la *actio ex testamento* se exigía un *dare* o un *facere* del heredero. Para Gayo, el l.s.m. tenía, como

7. El *sicut per vindicationem* del 215 debe corregirse por *sicut per damnationem* para que tenga sentido. Vid. PEZZANA, op. cit. p. 89.

8. Sobre la forma *ac si* utilizada para la equiparación o extensión analógica, vid. GARCÍA GARRIDO: *Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho romano*, en *AHDE* 25 (1957-58), p. 333 ss.

9. A efectos de la adquisición, BAMBATE, op. cit. 45 ss., distingue entre *res mancipi* y *nec mancipi*; en las primeras la adquisición se daba en virtud del *usus*, en las segundas por el mismo efecto de *sumere*. Acertadamente le objeta BIONDI, en la *rec.* citada, que esta distinción no tiene justificación, pues para la adquisición del dominio es siempre necesario un acto traslativo aunque sea no formal.

el l.p.d., un contenido general¹⁰. En el 214, Gayo afirma que algunos juristas creen que el heredero no está obligado a realizar estos actos positivos de transferencia de la cosa legada, sino que basta con que tolere que el legatario se apodere de la cosa, ya que el testador sólo le mandó permitir, es decir, tolerar que el legatario se quede con la cosa. Esta escueta noticia sobre la concepción estricta de *sinere*, que se ha venido considerando como originaria¹¹, plantea importantes problemas de difícil solución. Ante todo, según esta concepción, el legatario no podría ejercitar la *actio ex testamento* contra el heredero, tratándose de un *sinere* o acto negativo, porque con esta acción se persigue un acto positivo de dar o hacer. Una dificultad aún mayor deriva del hecho de que interpretando *sumere* en el sentido de aprehensión material de la cosa por parte del legatario no es posible explicar cómo éste se pueda hacer propietario de ella por el mero comportamiento negativo del heredero. La explicación de la usucapión, basada en el título *pro legato*, como ya señalábamos, no encuentra ningún fundamento en las fuentes, que refieren claramente el título *pro legato* a los legados adquisitivos de propiedad¹². Debemos concluir, por tanto, que las noticias que da Gayo sobre la tendencia doctrinal que patrocinaba la noción estricta de *sinere* son insuficientes y deben completarse con otros textos, pues de ellas nada preciso se puede deducir.

En cierta relación con la controversia examinada está la primera cuestión que se plantea Gayo sobre el l.s.m. con referencia también a una discrepancia doctrinal:

Gayo, 2.210: *Quod genus legati plus quidem habet quam per vindicationem legatum, minus autem quam per damnationem. Nam eo modo non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui; cum alioquin per vindicationem.*

10. PEZZANA, op. cit. p. 73 ss., afirma que el texto se refiere sólo a los legados que suponían la transferencia de propiedad de una cosa; pero contra esta opinión está, no sólo el sentido general del texto, sino la concreta referencia a la *actio ex testamento* que tiene por objeto *dare* y *facere*. Además, que el legatario pueda ejercitar la *actio ex testamento* en un supuesto en que no se trata de transmitir la propiedad resulta claramente de Paulo, D. 34.3.16. Vid. infra.

11. Vid. Bammate, op. cit. p. 103 ss., y PEZZANA, op. cit. p. 67 ss.

12. Los casos en que encuentra aplicación el título *pro legato* según las fuentes son: cuando el legatario ignorase que la cosa legada no pertenece al testador; cuando ignora que el legado ha sido revocado; cuando cree haber sido designado tratándose de una persona que se llama igual; cuando el legado es nulo por un vicio que se refiere a su constitución. Cualesquiera que sean las dificultades para explicar estos casos, es indudable que en todos ellos se contemplan legados traslativos de propiedad. La hipótesis de Bammate sobre la estructura originaria del legado se basa en una mera conjetura como es ésta del ámbito originario del título *pro legato*, que no encuentra base alguna en las fuentes. Es difícil, por tanto, admitir una conjetura basada sobre otra conjetura.

nisi suam rem legare non potest, per damnationem autem cuiuslibet extranei rem legare potest.

2.211: *Sed siquidem mortis testatoris tempore res vel ipsius testatoris sit vel heredis, plane utile legatum est, etiamsi testamenti faciendi tempore neutrius fuerit.*

2.212: *Quod si post mortem testatoris ea res heredis esse coeperit, quaeritur an utile sit legatum. Et plerique putant inutile esse. Quid ergo est? Licet aliquis eam rem legaverit, quae neque eius unquam fuerit neque postea heredis eius unquam esse coeperit, ex senatusconsulto Neroniano proinde videtur, ac si per damnationem relicta esset.*

La diferencia que comienza refiriendo Gayo entre el l.s.m. y el l.p.d. es más teórica que real, pues, como afirma Biondi, la diferencia en menos con este legado supone absorción en él, pues si se pueden legar las cosas de un tercero pueden legarse también las cosas del heredero¹³. En el párrafo siguiente, el jurista afirma que para que sea válido el legado basta que la cosa sea propiedad del testador o del heredero en el momento de la muerte de aquél. De mayor interés es el 212, en el que se reflejan las discrepancias sobre la naturaleza del legado. Se trata de determinar si el legado produce efectos en el caso de que la cosa se haga propiedad del heredero después de la muerte del testador, es decir, se plantea el problema de si el legado es válido, en su consideración propia, sólo si la cosa es del heredero al morir el testador, como expresa el 210, o si, en la tendencia a equipararlo con el damnatorio, puede estimarse válido también si el heredero adquiere con posterioridad la cosa, pues como en este legado el testador podía legar la cosa de un tercero. Gayo afirma que la opinión mayoritaria sostenía que el legado es inválido; sin embargo, continúa diciendo, según el SC Neroniano, si uno lega lo que no fué nunca suyo ni se hizo después del heredero, se estima que tal legado vale como si fuera damnatorio. La opinión minoritaria sería, pues, la de la validez del legado, basada en la convalidación que opera el SC. Neroniano¹⁴. Entre esta discrepancia y la referida en el 213-214 existe una cierta relación lógica; los juristas

13. A esta consecuencia práctica llega Ep. Gai 2.5.6: *nam et propriam res testator, et heredis sui et alienam per s.m. legatum relinquere potest.*

14. Esta nos parece la explicación más simple y lógica. Sin embargo, PEZZANA, op. cit. p. 59 ss., excluye el que los juristas de la opinión minoritaria sostuviesen que el legado fuera válido si el heredero llegaba a adquirir la cosa, por el motivo de que esto equivaldría a dejar indefinidamente en suspenso la validez del legado; por ello, sostiene que la *dissensio* debía referirse al momento en relación al cual debía apreciarse la validez del legado. Si se considera que en el l.p.d. el testador podía legar la cosa de un tercero que el heredero estaba obligado a adquirir (Gayo, 2.202), y que precisamente a estos efectos se equiparan aquí los dos legados, no existe inconveniente alguno en adoptar la explicación más simple y acorde con el texto.

que defendían la noción estricta de *sinere* debían sostener que el legado era válido sólo cuando la cosa era propiedad del testador o del heredero; la opinión contraria, que asimilaba este legado al damnatorio, estimaría que el legado valía como damnatorio. Sin embargo, esta relación lógica no puede llevarnos a defender una correspondencia precisa y unitaria de soluciones de las dos corrientes doctrinales en las cuestiones examinadas, pues es muy probable que las discrepancias surgiesen en relación particularizada con los efectos prácticos del legado y —aparte del hecho de que la controversia sobre la naturaleza activa o pasiva del comportamiento del heredero estaría ya prácticamente superada— en éste y en todos los problemas que el jurista examina se parte del hecho de la fusión práctica del legado con el damnatorio en su estructura y efectos.

La tercera controversia, que Gayo califica como *maior dissensio*, está también en relación con las dos cuestiones examinadas:

2.215: *Maior illa dissensio in hoc legato intervenit, si eandem rem duobus pluribusve disiunctim legasti: quidam putant utriusque solidam deberi, sicut per vindicationem; nonnulli occupantis esse meliorem condicionem aestimant, quia cum eo genere legati damnetur heres patientiam praestare, ut legatarius rem habeat, sequitur, ut si priori patientiam praestiterit et is rem sumpserit, securus sit adversus eum qui postea legatum petierit quia neque habet rem, ut patiatur eam ab eo sumi, neque dolo malo fecit, quominus eam rem haberet.*

El jurista afirma, pues, que cuando se lega una cosa a dos o más legatarios *disiunctim* las opiniones se dividían también: unos autores creían que, al igual que en el legado damnatorio, el heredero debía a cada uno el todo; otros, estimaban que tenía preferencia el ocupante, desde el momento en que el heredero en el l.s.m. estaba obligado a no oponerse a que el legatario tuviera la cosa. La relación de esta discrepancia con la expuesta en 213-214 es clara. En efecto, los que equiparaban el l.s.m. al l.p.d. seguían la regla de la responsabilidad solidaria del heredero como en el damnatorio, mientras que los que sostenían la concepción estricta de *sinere* (*sunt qui putant*) debían (*nonnulli*) afirmar en este caso la preferencia del ocupante, ratificando la opinión de que el heredero sólo estaba obligado a *patientiam praestare*¹⁵. El calificativo de *maior* que Gayo da a esta *dissensio* en relación con la anterior indica la importancia de

15. PEZZANA, op. cit. p. 90 ss., si bien niega, siguiendo a Ferrini, que exista una relación necesaria entre ambas controversias, tiene que admitir que cierta relación existe y, en definitiva, afirma que "la soluzione accolta dai quidam di Gaio non era altro che una estensione al legato s.m. della soluzione accolta per il legato p.d.; estensione giustificata dalla loro comune natura di legato ad effetti obbligatori".

esta discrepancia sobre una cuestión práctica mayor que la controversia teórica ya superada, en cuanto la acción aplicable era de todos modos la *actio ex testamento*.

En relación con este texto, debemos examinar un texto de Celso que se refiere también a la llamada *disiunctim*:

Celso, 18 *digestorum*, D. 33. 2. 24: *Duos separatim uti frui sineri damnatus heres communiter uti frui passus est: quaeretur, an utrique ex testamento teneretur. Dixi teneri [si testator utrumque solidum habere voluit]: nam ipsius onus est, ut solidum singulis legatum praestaret: qua parte igitur alterum uti frui sineret heres, ea parte eum non sinere alterum uti frui, ideoque per aestimationem unicuique quod deest replere debet.*

El jurista presenta el supuesto de un legado de uso y disfrute de dos legatarios, llamados *separatim*, en que el heredero respeta el legado dejándolos usar en común. Se plantea la cuestión de si los legatarios deben contentarse con esta solución o si pueden, mediante la *actio ex testamento*, reclamar del heredero el cumplimiento de todo el legado para cada uno de ellos. Celso responde que pueden accionar contra el heredero reclamando el todo, argumentando que en la medida en que el heredero sufre los actos de goce y disfrute de uno de los legatarios restringe los del otro, y por ello el heredero debe pagar la *aestimatio* de esta disminución de uso. Del texto debe eliminarse como interpolación *si testator utrumque solidum habere voluit*, ya que de existir esta frase la cuestión planteada no tendría razón de ser¹⁶. Los autores han estudiado este texto en relación con las controversias sobre la llamada *disiunctim* y sobre la naturaleza del legado expuestas por Gayo, con la conclusión de que si, con respecto a la primera discrepancia, se acoge la solución de la responsabilidad solidaria propia del legado damnatorio, en la segunda, en cambio, parece acogerse la noción pasiva de *sinere*¹⁷. Es evidente, en efecto, que Celso acoge la solución de la responsabilidad solidaria del heredero al decidir que el heredero estaba obli-

16. Vid. Bammate, op. cit. p. 63 s., n. 2; Pezzana, op. cit. p. 98 s., y los autores que citan.

17. Ferrini: *Opere IV*, p. 90 ss., deducía de este texto que las controversias examinadas por Gayo en el 213-214 y en el 215 no tenían una necesaria conexión, ya que sobre las dos cuestiones se podían seguir criterios distintos, y sostenía un significado de *sinere*, entendido en sentido amplio. Bammate, op. cit. p. 63 ss., afirma que el antagonismo entre las dos construcciones doctrinales distaba mucho de ser absoluto y que en el texto se refleja la concepción estricta de *sinere*, ya que no se menciona una *in iure cessio ususfructus* que hubiera sido necesaria. La razón aducida no tiene fundamento alguno, pues aparte de que, como afirma Pezzana, op. cit. p. 90 s., el jurista consideraba la situación de hecho que se le presentaba, la concepción pasiva de *sinere* no es compatible con la constitución de un usufructo propio, como veremos.

gado a prestar todo el legado a cada uno de los legatarios (*solidum singulis legatum praestaret*). De otra parte, los legatarios podían ejercitar la *actio ex testamento* para lograr una determinada actividad del heredero: el pago de la estimación por el menor aprovechamiento obtenido al usar en común de la cosa legada (*per aestimationem unicuique quod deest replere debet*). En todos estos particulares de la decisión del jurisconsulto nos encontramos siempre en el ámbito del legado damnatorio, por lo que debe concluirse que también Celso equiparaba en sus efectos el l.s.m. y el l.p.d. De la situación de hecho examinada por el jurista resulta, sin embargo, la especialidad del legado, consistente en el *sinere* concebido como *pati* o *patientiam praestare* del heredero, que hubiera justificado el que el jurista aplicase la solución de los que sostenían que tenía preferencia el ocupante y, por tanto, ello le llevaría a considerar justa la situación de hecho presentada en que los dos legatarios eran usuarios. Es importante tener presente que, como decimos, Celso decide de acuerdo con la regla de la responsabilidad solidaria propia del legado damnatorio. En cuanto a la naturaleza del l.s.m., creemos debe darse en este texto más importancia a la figura jurídica o "fatispecie" que se presenta al jurista que a su decisión: Se trata de un legado de *sinere* en que el heredero se limita a dejar usar la cosa a los legatarios. De ello se deduce claramente que el legado no podía consistir en un legado de usufructo verdadero y propio, pues limitándose el heredero a un simple *pati* no podía constituirse un usufructo. Se trataría, pues, de un usufructo de hecho o *ex tuitione praetoris*, que se contempla también en otro texto referente a este legado¹⁸. Dejamos señalado desde ahora el particular objeto del l.s.m. referido en este texto que, junto a los indicios que nos proporcionan otras fuentes, podrá ayudarnos a reconstruir su originaria finalidad.

Volviendo a la exposición gayana, observamos que Gayo da un mayor relieve a las *dissenstiones* sobre los efectos del l.s.m. En definitiva, el jurista acoge el criterio prevalente de considerar este legado con el mismo contenido amplio que el damnatorio, dotado de la misma *actio ex testamento* y prácticamente con los mismos efectos. Es posible que con la exposición de las distintas controversias Gayo quisiera hacer la historia del legado, refiriéndose a opiniones tradicionales ya superadas en su tiempo que sirvieran para justificar la supervivencia de una institución en trance de desaparecer.

Para terminar con las noticias que Gayo nos proporciona sobre el l.s.m. debemos examinar un último texto:

18. *Vat. Frag.* 85, vid. infra.

2.280: *Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debebit: legatorum vero usurae non debentur; idque rescripto divi Hadriani significatur. Scio tamen Iuliano placuisse, in eo legato quod sinendi modo relinquatur idem iuris esse quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis optinere video.*

Gayo, que expone en esta parte las diferencias entre legado y fideicomiso, afirma que, mientras en los fideicomisos se deben abonar intereses y frutos, en los legados no hay intereses, citando un rescripto de Adriano. A continuación, como excepción a esta regla, refiere la opinión de Juliano, que prevaleció, de que en el l.s.m. se aplicaba la misma regla que en los fideicomisos. Prescindiendo de los problemas que plantea la crítica del texto, que no afecta a su contenido esencial¹⁹, debemos fijarnos especialmente en el acercamiento que hace Juliano entre el l.s.m. y el fideicomiso. La aplicación de esta regla al l.s.m. es importante porque viene a establecer una diferencia precisa entre el l.s.m. y el legado damnatorio. Juliano, que sostendría la autonomía del l.s.m., debió pensar que la especial estructura del legado, que consistía en un comportamiento pasivo del heredero, se avenía mejor con el régimen del fideicomiso que con el del legado. Esta orientación debe encuadrarse con la general tendencia a equiparar legados y fideicomisos²⁰. De otra parte, la reclamación de frutos e intereses que puede explicarse atendiendo al originario objeto del legado²¹, abriría al legatario la posibilidad de ejercitar la acción extraordinaria de los fideicomisos, dotando de esta acción amplia a un legado que carecía de acción propia²². Esta corriente doctrinal que identificaba este

19. Vid. BAMMATTE, op. cit. p. 67 ss., y PEZZANA, op. cit. p. 97 ss., y los autores que citan.

20. Cfr. BIONDI: *Successione testamentaria*, cit. p. 302 y 364 ss.

21. Vid. infra par. 5 y 6.

22. Los autores han venido pensando en el ejercicio en este supuesto de una *actio incerti*, pero para ello es necesario patrocinar un sentido amplio del *facere* en la *actio ex testamento*, como hace FERRINI: *Opere IV*, p. 226, o considerarla una *actio bonae fidei*, como Rosshirt. BIONDI: *Successione testamentaria*, cit. p. 366, sosteniendo la aplicación de la *actio incerti* al l.s.m., afirma que la diferencia de los fideicomisos y el l.s.m. con el l.p.d. tendría sólo un fundamento procesal, ya que entre las respectivas obligaciones no exista una diferencia tal que justificase la disparidad de régimen. BAMMATE, op. cit. p. 75 s., seguido por PEZZANA, op. cit. p. 102, opina que la doctrina creada por Juliano se explica por la *actio incerti* que deja al juez una gran libertad de apreciación. La prestación de frutos e intereses es para este autor una consecuencia de la estructura tradicional del l.s.m. caracterizada por la prestación pasiva del heredero que no obligaba a transferir la propiedad, sino sólo la atribución de la posesión. Esta explicación, sin embargo, fuerza el sentido de *sinere*, entendido como *pati* o *patientiam praestare*, pues no se comprende cómo por el mero comportamiento pasivo del heredero el legatario hiciese suyos los frutos e intereses.

legado con el fideicomiso, diferenciándolo del l.p.d. en este importante efecto de la facultad de exigir frutos e intereses²³, debió aplicar, en efecto, un medio procesal idóneo —distinto de la *actio ex testamento* propia del damnatorio que tenía por objeto un *certum*— que diera una amplia facultad de apreciación al juzgador, como era la acción de los fideicomisos que se hacía valer *extra ordinem*. La especial estructura del l.s.m. podría justificar la primera aplicación del procedimiento extraordinario a los legados, ya que más tarde se aplica a todos los tipos de legado, cuando desaparece el procedimiento formulario.

En conclusión, de las noticias de Gayo puede deducirse que, según el criterio prevalente, el l.s.m. se equiparaba prácticamente con el l.p.d., tanto en sus efectos como en la acción que lo tutelaba y en la semejante fórmula de disposición. De otra parte, la especialidad del legado, defendida por los que sostenían el tradicional criterio de diferenciación, determinó que una corriente doctrinal que encabeza Juliano patrocinase la equiparación de este legado con el fideicomiso. El l.s.m. habría perdido, pues, su especial autonomía, y el hecho de que Gayo lo presente como un tipo propio de legado se debe más que a un criterio real a la tendencia del jurista a exponer instituciones ya superadas junto a su especial predilección por clasificaciones y categorías escolásticas²⁴.

3. Consideración especial merece la cuestión de la llamada *coniunctim* de colegatarios y la aplicación al l.s.m. del *ius ad crescendi*, de lo que trata el siguiente texto del comentario de Ulpiano a Sabino:

Frag. Vat. 85: *Si tamen per damnationem usus fructus legetur, ius ad crescendi cessat non inmerito, quoniam damnatio partes facit. Proinde si rei alienae usus fructus legetur et ex Neroniano confirmetur legatum, sine dubio dicendum est ius ad crescendi cessare, si modo post constitutum usum fructum*

23. PAMPALONI: *Questioni di diritto giustiniano*, en *RISG*, 52 (1912), 186, poniendo en relación esta corriente doctrinal, que equiparaba el l.s.m. al fideicomiso, con la que sostenía la noción pasiva de *sinere*, afirmaba que existía una tendencia general a equiparar este legado con los fideicomisos en todos los efectos posibles. BAMBATE, op. cit. p. 72 y 126, objeta a este autor que estas tendencias doctrinales no están necesariamente relacionadas y que la opinión de Juliano se aviene perfectamente con la doctrina que asimilaba la noción de *sinere* a la que nace del l.p.d. Sin embargo, supuesta la diferencia que Juliano pone entre l.s.m. y l.p.d., esta objeción nos parece infundada y creemos que sin duda el jurista debía tener del legado una concepción distinta de la que lo fundía con el legado damnatorio y precisamente por ello lo equipara al fideicomiso.

24. Piénsese en la clasificación de las obligaciones (3.88) y de los contratos (3.89). Gayo trata frecuentemente de instituciones que ya no tienen aplicación, como el *consortium*, las *legis actiones*, las formas de la *conventio in manum*, la *tutela legitima mulieris*, etc.

fuerit amissus. Quod si ante et socius amittat, erit danda totius petitio. Idemque et si sinendi modo fuerit legatus usus fructus. An tamen in Neroniano, quoniam exemplum vindicationis sequimur, debeat dici utilem actionem amisso usu fructu ab altero alteri dandam, quaeri potest; et puto secundum Neronianum admittendum. In fideicomisso autem id sequimur quod in damnatione.

En el texto referente al legado de usufructo se pueden distinguir tres partes principales²⁵; en la primera parte, se afirma el principio general de que, tratándose de un legado damnatario de usufructo, el *ius adcrescendi* entre colegatarios no tiene lugar en virtud de la regla *damnatio partes facit*. En la segunda parte, se trata de un legado vindicatorio de usufructo de cosa ajena convalidado *ex SC Neroniano*, en el que se decide que sólo antes de la constitución del usufructo se dará el derecho de acrecer, pero no *post constitutum*. La razón de esta distinción está en la naturaleza del derecho de usufructo, que es esencialmente indivisible²⁶. La tercera parte, que es la que especialmente nos interesa, se refiere a la aplicación del *ius adcrescendi* al l.s.m. La interpretación de la frase *Idemque et si s.m. fuerit legatus usus fructus* puede dar lugar a dudas, y algunos autores, poniéndola en relación con la primera parte del texto referente al legado damnatario, o con la segunda referente al vindicatorio sanado *ex Neroniano*, la interpretan en el sentido de que o en el l.s.m. no se daba el derecho de acrecer²⁷, o que, al tratarse de un legado de usufructo, el *ius adcrescendi* no se daba *post constitutum*²⁸. Sin embargo, creemos que para la recta interpretación del texto esta frase debe ponerse en relación con

25. El texto se ha considerado alterado por algunos autores que proponen eliminar *si modo... totius petitio*, pero no existe una razón suficiente para ello. Vid. FERRINI: *Teoría generale dei legati e fedecommissi secondo il diritto romano* (Milano 1889), p. 656 ss. y los autores citados por BAMBATE, op. cit. p. 67, n. 1.

26. Vid. D'ORS: *El problema de la división del usufructo* (en colaboración con Bonet Corea) en *Anuario de Derecho Civil* 5 (1952), 80; para quien la explicación del derecho de acrecer del usufructo estriba en la consideración del genuino carácter indivisible del usufructo. El usufructo que se lega a dos es un único e indivisible usufructo; en tanto viva uno de los usufructuarios el derecho se mantiene íntegro. El supuesto *ius adcrescendi* no es más que un efecto de la imposibilidad de una extinción parcial.

27. Así BAMBATE, op. cit. p. 67, para quien el texto contiene una afirmación que no deja lugar a dudas: que el l.s.m. no estaba sometido al *ius adcrescendi*. Este autor no ha estudiado detenidamente el texto, pues afirma que en todos los supuestos de que trata se excluye el derecho de acrecer.

28. PEZZANA, op. cit. p. 96 s., afirma: "Quindi esclusione dello *ius adcrescendi* solo dopo l'acquisto del legato (il che aveva rilevanza solo nel legato d'usufructo, dato che soltanto in questo il diritto d'accrescimento era applicabile anche dopo che l'acquisto si era realizzato)". Como veremos, esta afirmación no se aviene con la concepción del usufructo de hecho objeto del l.s.m. que éste mismo autor patrocina en otro lugar (vid. p. 26, n. 15).

la que precede inmediatamente: *erit danda totius petitio*, y ello sin la limitación de *ante* o *post constitutum*, que se refiere sólo al supuesto contemplado en la segunda parte del texto; es decir, que en la llamada *coniunctim* de colegatarios en el l.s.m. se daba el derecho de acrecer, al menos según la opinión de Ulpiano. Para decidir en este sentido el jurista aduce la opinión de Neracio de que, en el caso de extinción del derecho de un colegatario, el otro podía reclamar la cuota vacante mediante una *actio utilis ad exemplum vindicationis*. Ulpiano aplica esta misma solución al l.s.m., que de este modo viene equiparado al l.p.v., en el que el derecho de acrecer operaba en virtud del principio *concurso partes fiunt*²⁹. Es evidente que en la solución de Neracio se trata de un legado vindicatorio que debe ser sanado *ex Neroniano* por haberse legado una cosa ajena. La última frase *In fideicommissis autem id sequimur quod in damnatione* disipa toda posible duda, pues demuestra claramente que lo anterior, en que trata del l.s.m., debe relacionarse con el legado vindicatorio, porque de otro modo el *autem* no tendría explicación. El hecho de que pueda aplicarse el derecho de acrecer al l.s.m., sin limitarlo al *ante constitutum*, se explica perfectamente teniendo en cuenta que este legado no puede tener por objeto un verdadero derecho de usufructo —que mediante el *sinere* no podría constituirse—, sino sólo una obligación del heredero a tolerar el uso del legatario. Precisamente por no existir un derecho de usufructo no hay extinción de usufructo y de aquí que el colegatario pueda pedir, mediante una *vindicatio utilis*, la cuota vacante. En tanto un usuario o coprecarista —ya que en el l.s.m. se trata del respeto de usar y, en definitiva, del precario— tiene la cosa, la disfruta por entero y esto equivale a un derecho de acrecer³⁰. Neracio y Ulpiano aproximan, pues, el l.s.m. al vindicatorio a estos efectos, considerando la estructura originaria del legado, que no produce una obligación del heredero y, por consiguiente, no origina una acción contra él. Por ello recurren a una *actio utilis ad exemplum vindicationis*, porque se trata de conseguir del heredero el respeto de una situación de hecho y no de una verdadera *reivindicatio*. Ulpiano, al decidir, siguiendo a Neracio, según este criterio, tiene presente, sin duda, la estructura originaria del l.s.m. y su concepción se aparta de la corriente doctrinal que lo equipara-

29. MASI: *D. 30.33 e la duplicità di forma dei legati*, en *AG.* 155 (1958), 110, interpreta acertadamente el texto cuando afirma: "ma Nerazio si era già posto il problema se attraverso una *utilis actio*, si potesse, tenuto conto della forma usata del testatore, operare qualcosa di simile all' accrescimento, anche dopo che i colegatari avessero preso possesso della cosa legata". Omite, sin embargo, la referencia al l.s.m.

30. Que el colegatario tenga derecho a usar la totalidad de la cosa legada resulta claramente del texto de Celso (*D. 33.2.14*) antes examinado referente a la llamada *disiunctim*.

ba al legado damnatorio ³¹. La mención final al fideicomiso, en el que se aplica la misma regla del l.p.d., es interesante porque muestra cómo Ulpiano señala la diferencia de régimen con respecto al fideicomiso, al que el l.s.m. se asimilaría, según la concepción de Juliano y de los juristas que lo seguían.

4. Las hipótesis de aplicación del l.s.m. que se encuentran en los escasos textos del Digesto que a él se refieren, reflejan el ámbito propio de este legado y creemos deben tomarse como base principal para reconstruir su estructura originaria.

Examinemos, en primer lugar, un texto de Paulo que nos proporciona datos de particular interés:

Paulo, 9 *ad Plautium*, D. 34. 3. 16: *Ei cui fundum in quinquentium locaveram legavi quidquid eum mihi dare facere oportet oportevitve ut sineret heres sibi habere. Nerva Atilicinius, si heres prohiberet eum frui, ex conducto, si iure locationis quid retineret, ex testamento fore obligatum aiunt, quia nihil interesset, peteretur an retineret: totam enim locationem legatam videri.*

En el supuesto examinado por Paulo, el testador lega *sinendi modo* a su arrendatario, a quien había arrendado un fundo por cinco años, todo lo que éste le debe y le deberá en virtud del contrato mandando al heredero que respete la posesión del fundo del legatario. Según Nerva y Atilicino, si el heredero impedía al legatario el uso y disfrute del fundo, éste podía accionar *ex conducto* en virtud del contrato, y si retenía algo —los *invecta* e *illata*— como *locator*, el legatario podría accionar *ex testamento* en cuanto ha sido liberado de todas las obligaciones que derivan de la *locatio* (32). Es importante observar, ante todo, que en el texto se impone al heredero, mediante la forma del l.s.m., el respeto de una situación de hecho ya constituida con anterioridad: se trata de que el heredero no exija la renta al arrendatario del testador que probablemente no la pagaba ya en vida de éste. Paulo recoge la opinión de Nerva y Atilicinio de las acciones que el legatario podía ejercitar contra el heredero teniendo en cuenta la actitud que éste podía adoptar: si se negaba a permitir el *frui*, el legatario, valiéndose de la relación contractual existente accionaba *ex conducto*, ya que del l.s.m. no se derivaba ninguna acción especial que impusiera al heredero el *sinere*; si era el heredero el que se

31. Es evidente que la solución de Neracio y Ulpiano no puede ponerse en relación con la controversia de Gayo, 2.213-214, porque se trata de una concepción distinta que equipara el l.s.m. al vindicatorio, y no al damnatorio.

32. PS. 3.6.11 se refiere, dándole un sentido general, a este efecto de la liberación: *et ideo debitori id quod debet recte legatur.*

basaba en el contrato para retener alguna cosa, el legatario accionaba *ex testamento* para conseguir del heredero un comportamiento activo: la devolución de los bienes retenidos³³. Del texto se desprende claramente, por tanto, que se trata de que el heredero respete una relación preexistente no de que permita la apropiación de una cosa o la constitución de un derecho y que del l.s.m. no nace una acción especial, pues debe recurrirse a la acción propia del contrato o a la general *actio ex testamento*.

Después de una frase de Javoleno (D.34.3.17: *reliqua quoque legata videri*), que abunda en la misma idea de que el legatario se considera liberado de todas las obligaciones derivadas del arrendamiento, sigue un fragmento del mismo libro de Paulo:

D. 34. 3. 18: *Cassius. Etiam si habitatio eo modo legata esset, gratuitam habitationem heres praestare deberet. Et praeterea placuit agere posse colonum cum herede ex testamento, ut liberetur conductione: quod rectissime dicitur.*

El jurista recoge la opinión de Casio de que si ha sido legada *eo modo* la *habitatio* el heredero debe prestarla gratuitamente al legatario³⁴. Se trata, como en el caso anterior, del respeto por el heredero de una situación de hecho dejando al legatario habitar una vivienda sin exigirle merced alguna³⁵. La frase *Et praeterea... conductione* se ha venido considerando de origen justiniano, ya que no se aviene con lo anterior³⁶. Considerando el posible objeto de la acción del legatario para la liberación de las obligaciones derivadas del arrendamiento debe excluirse la *acceptilatio* y el *pactum de non petendo* y sólo cabe pensar en la *condictio liberationis*, es decir, en la acción del legatario para que le sea devuelto el documento del contrato, de origen postclásico³⁷. Sin embargo, la posibilidad de que el legatario accione *ex testamento* viene ya reconocida en el frag. 16, por lo que la probable interpolación no afectaría a los efectos que ahora nos interesan³⁸.

33. No puede sostenerse, tratándose de la aplicación de la *actio ex testamento*, un sentido meramente pasivo del comportamiento del heredero, como hace Bammate, op. cit. p. 88 ss.

34. De un supuesto semejante trata un texto de Marcelo, 13 *digestorum*, D. 33.2.15 pr. "*Damnus esto heres Titium sinere in illa domo habitare, quoad vivet: unum videtur esse legatum.*"

35. La doctrina excluye que se tratase de un derecho real de habitación, que es una construcción justiniana. Vid. Riccobono: *Studi critici sui libri XVIII di Paulo ad Plantium*, en *BIDR* 6 (1899), 143 ss.; Bammate, op. cit. p. 89, n. 1, y autores citados.

36. Vid. Pezzana, op. cit. p. 70 s.

37. Vid. Schwarz: *Die Grundlage der condictio in klassischen röm. Recht* (Münster-Köln 1952), p. 84 y 204 s.

38. Riccobono: *Studi critici*, cit. p. 143 ss., propone para interpretar esta frase trasladarla al fr. 16, con la que tendría más relación.

De una situación similar trata Labeón en un interesante texto referente también a este legado:

Labeón, 2 *posteriorum a Javoleno epitomatorum*, D. 32. 30. 1: *Qui hortos publicos a re publica conductos habebat, eorum hortorum fructus usque ad lustrum, quo conducti essent, Aufidio legaverat et heredem eam conductionem eorum hortorum ei dare damnaverat sinereque uti eum et frui. Respondi heredem teneri sinere frui: hoc amplius heredem mercedem quoque hortorum rei publicae praestaturum.*

El testador, que es arrendatario de huertos públicos por un período de cinco años, los deja al morir a Aufidio utilizando una cláusula general de legado que comprende la forma *per vindicationem* (*legaverat... fructus*) *per damnationem* (*conductionem ei dare damnaverat*) y *sinendi modo*. Labeón se plantea el problema de cuál de estas formas es la válida, decidiendo que el heredero está obligado sólo a *sinere frui*, es decir, a consentir al legatario el uso y disfrute de los huertos y, además, a pagar la renta al Estado. La respuesta del jurista es de gran interés a efectos de determinar el especial objeto del l.s.m. porque se trata de un supuesto en que sólo la forma de este legado encuentra aplicación con exclusión de la forma p.v. y p.d. La forma del vindicatorio no es utilizable porque no se trata de constituir un derecho real de usufructo, ni tampoco la del damnatorio, que no serviría a transferir la relación contractual, aparte de la dificultad de legar la *res populi*³⁹. Para el fin que se propone el testador de que el legatario continúe en el goce de los fundos sirve sólo el l.s.m. que no supone la constitución de derecho alguno, sino simplemente el respeto por parte del heredero del uso y disfrute del legatario⁴⁰. Nos encontramos, por tanto, ante un caso en que el l.s.m. tiene una aplicación exclusiva que puede revelarnos la especial finalidad de este legado. Labeón, debiendo escoger entre las varias formulas usadas por el testador, aplica la del *sinere* porque era la única adecuada para un caso como el que se plantea en el que sólo se trata de respetar una situación de hecho. Es probable que, como en el texto de Paulo antes examinado, se tratase de una situación ya existente en vida del testador, es decir, es posible que el legatario

39. Ep. Ulp. 24.9: *...res populi... nec per damnationem legari potest, quoniam dari non potest.*

40. Bammate, op. cit. p. 88, examinando este texto desde el punto de vista de la constitución de derechos, afirma que la atribución de un derecho al legatario, ya se trate de un derecho de *conductio* o del usufructo, es imposible en sí, cualquiera que sea la forma de legado utilizada. Pero este autor no tiene en cuenta que el l.s.m., tal como se concibe en este texto, tiene por objeto el respeto de una situación de hecho y no la constitución de un derecho, que es precisamente lo que lo distingue de los otros tipos de legado.

gozase ya de los terrenos públicos que le había cedido el testador titular arrendaticio que quería que aquel continuase en el goce después de su muerte disponiéndolo así por medio del legado. De cualquier modo, es indudable que el texto muestra una especialidad propia del l. s. m., por lo que debe dársele la debida relevancia a efectos de reconstruir el objeto y estructura de este legado.

De *sinere frui* trata también un texto de los comentarios de Pomponio a Sabino:

Pomponio, 6 *ad Sabinum*, D. 33. 1. 2: *In annos singulos heres damnatus sinere me frui fundo si initio anni, quo colere deberem, moram fecerit, licet postea patiatur, quia cultura sim exclusus, tamen totius anni nomine tenebitur: quemadmodum si diurnas operas Stichus dare damnatus non a mane sed a sexta diei hora det, totius diei nomine tenetur.*

En el supuesto examinado por Pomponio se trata de un legado de uso de un fundo por un determinado período que tiene también por objeto *sinere frui*, como en los textos anteriores. Si el heredero no permite el cultivo del fundo al inicio del período previsto, aunque lo permitiese más tarde, quedaría obligado por todo el tiempo que debió permitirlo, del mismo modo que si el legado recae sobre la prestación del servicio diurno del esclavo Estico, el heredero estaría obligado a la prestación de esos servicios por todo el día. Como en el texto de Celso, antes examinado (D.33.2.14), se trata del uso y disfrute de un fundo y no de un verdadero derecho de usufructo que no podría constituirse por el *sinere* del heredero⁴¹. El texto no menciona la acción que ejercitaría el legatario contra el heredero, pero, como en el texto de Celso, sería también la *actio ex testamento*.

En conclusión, de todos los textos del Digesto examinados que se refieren al l. s. m. se desprende claramente que el l. s. m. tenía aplicación en situaciones de hecho —sea usufructo de hecho, habitación o servicios de esclavo— en que la simple tolerancia del heredero era suficiente para que el legatario pudiese usar y disfrutar de la cosa. De ninguno de estos textos resulta, en cambio, que el l. s. m. sirviese para convertir al legatario en propietario de la cosa legada ni, en general, para constituir un derecho.

41. Bammate, op. cit. p. 98 s., n. 2, afirma que en este texto se trata de un legado periódico de usufructo, añadiendo después que en él nada sugiere un acto constitutivo de usufructo y que el texto emplea *sinere* como sinónimo de *pati*. Si la segunda observación es acertada, no puede serlo la primera, ya que un usufructo no puede existir sin un acto constitutivo idóneo. El texto no tiene otra explicación que considerar tiene por objeto un usufructo de hecho.

5. Las noticias que nos proporcionan las fuentes sobre el l. s. m., y que hemos venido estudiando, conducen a dos conclusiones principales: de una parte, la exposición gayana nos muestra que el l. s. m. tenía un contenido general y que, tanto en su estructura como en sus efectos, era equiparable al l. p. d.; de otra parte, los textos del Digesto que nos ofrecen ejemplos de aplicación del legado nos inducen a creer que su objeto se limitaba al respeto de situaciones de hecho, perfectamente actuables por el simple *sinere* o *pati* del heredero, que excluye la constitución de derechos. Como sería ilógico pensar que el l. s. m. nace para atender a la misma finalidad del l. p. d. y mucho más ilógico aún suponer que de un contenido general pasase a ser aplicado sólo en casos particulares; de estas noticias, aparentemente contradictorias, puede deducirse la evolución histórica de este legado. El l. s. m. surgiría con un contenido y finalidad propios: la de permitir al testador disponer en el testamento de aquellas situaciones o relaciones de hecho que podrían ser continuadas por una persona, cuya posesión debía el heredero respetar. Esta especial finalidad no podía actuarse por el legado damnatorio ni por el vindicatorio porque no se trataba de constituir un derecho ni de transmitir la propiedad de una cosa. En este orden de ideas, Karlowa y Dernburg observaron que mientras el l. p. d. tenía por objeto transferir la propiedad quiritaria, el l. s. m. serviría para legar las cosas que el testador tenía *in bonis*, la propiedad pretoria o la provincial, la *possessio* del *ager publicus*⁴². Las expresiones usadas en los textos que tratan del l. s. m. —*uti frui, sibi habere*—, en efecto, son semejantes a las que describen las facultades del poseedor de fundos públicos —*uti frui habere possidere, habere possidere frui*⁴³— y, además, el texto de Labeón (D.32.30.1) estudiado se refiere precisamente a un legado en que se trata del arrendamiento de fundos públicos. Creemos, sin embargo, que la aplicación del l. s. m. no debe limitarse a estos casos de posesiones públicas, sino que, como se desprende de los textos examinados, tenía un alcance más general porque mediante este legado el testador dejaba el goce y disfrute vitalicio o temporal de una cosa al legatario, ya se tratase del cultivo y aprovechamiento de un fundo, de la habitación de una casa o de la prestación de servicios de esclavos. En muchos casos se trataba de la continuación de una relación ya existente en vida del testador. En

42. Vid. KARLOWA: *Römische Rechtsgeschichte* II (Leipzig 1901), p. 919, y DERNBURG: *System des röm Rechts* II, Berlín 1912, p. 926, n. 6. GIRARD: *Manuel de droit romain* (París 1929), p. 970, sigue a estos autores en cuanto a la aplicación del legado, sosteniendo que surgiría precisamente por el restringido campo de aplicación que tuvo originariamente el l. p. d.

43. Vid. BOZZA: *La possessio de l'ager publicus* (Milano 1939).

términos generales, pues, por el l.s.m. se imponía al heredero el respeto de una situación de hecho —uso, detentación o precario—.

El *sinere uti frui* conduce, en una lógica asociación de ideas, a la figura jurídica del precario⁴⁴. El objeto del l.s.m. sería precisamente el respeto por el heredero de una situación de precario, lo que explicaría porque de este legado no nace una especial acción, sino las particulares acciones que nacen de las relaciones precedentes, por ejemplo, la *actio ex conducto*. La situación de coposesión en precario explica también el que el colegatario pueda poseer la cuota vacante al disfrutar la cosa por entero, lo que equivale a un derecho de acrecer⁴⁵. En conclusión, el considerar al l.s.m. como un legado por el que se mantiene al precarista obligando al heredero a respetarlo, puede explicar la noción pasiva de *sinere* y la originaria autonomía del l.s.m.

6. Para aclarar las dudas que pueda suscitar la hipótesis que formulamos sobre el l.s.m., creemos puede servir una breve referencia a otro desconocido tipo de legado: el legado *per praeceptionem*⁴⁶.

Ante todo, el legado *per praeceptionem* (l.p.p.), según la tesis más difundida, nace con un objeto propio y específico: el permitir al testador la asignación de determinadas cosas a los herederos. Mediante este legado, de muy antiguo origen, se solía asignar el peculio a los hijos o la dote a la mujer, admitiéndose que el testador pudiese atribuir una determinada cosa a un heredero, fuera de la cuota hereditaria, mediante la fórmula *praecipito*⁴⁷. Según la exposición de Gayo (2.216-223), existió una controversia doctrinal sobre este legado: mientras los sabinianos defendían su estructura originaria afirmando que mediante él se podía disponer sólo a favor del heredero, ya que se hacía valer por la acción divisoria, los proculeyanos sostenían que podía disponerse también a favor de extraños, con la consecuencia de equipararlo al l.p.v. Según estas noticias, tendríamos, pues, un legado que, según la opinión tradicional tendría un objeto propio y especial y que, por el criterio que prevaleció, termina siendo equiparado al l.p.v. Esto no impide, sin embargo, que Gayo lo considere como un *genus legati* (2.192). No tiene nada de extraño, por consiguiente, que el l.s.m.,

44. Sobre el precario, vid. BONFANTE: *Corso*, vol. III *Diritto reali* (Roma 1933), p. 154 ss.; BOZZA: *Il possesso*, parte 1.^a (Napoli 1936), p. 56 ss. Recientemente, en relación con el *pignus*, TONDO: *Pignus e precarium*, en *Labeo* 5 (1959), 157-210.

45. Vid. supra par. 3.

46. Falta un estudio monográfico de este tipo de legado que conduciría a interesantes resultados para la historia de los legados y del derecho sucesorio.

47. Cfr. BIONDI: *Successione testamentaria*, cit. p. 272 y 276 s.

que tiene también originariamente un objeto propio y especial, y que termina siendo absorbido por el l.p.d., sea considerado por Gayo también un *genus legati*⁴⁸.

Con respecto a la fórmula de disposición, también puede ser útil una comparación entre el l.s.m. y el l.p.p. Según Gayo (2.205), la fórmula del primero sería: *Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibi que habere*, y esta misma fórmula se encuentra en Ep. *Ulpiani* 24.5. Si examinamos los textos estudiados, observamos que mientras el *damnas esto sinere* se repite en todos, y el *sibi habere* en alguno (Paulo, D.34.3.16), el *sumere* se sustituye en esos textos del Digesto por *uti frui*: Labeón (D.32.30.1), que hace referencia a una cláusula general, escribe *sinere uti eum et frui*; Marcelo (D.33.2.15 pr.) reproduce una cláusula de legado en la que se dice *sinere in illa domo habitare*, y, en los otros textos, Pomponio (D.33.1.2) escribe *sinere me frui*; Celso (D.33.2.14), *uti frui sinere*, y Paulo (D.34.3.16), que escribe *sineret sibi habere*, también se refiere a *frui*. Del testimonio acorde de estos textos debe deducirse, en primer lugar, que podía disponerse por l.s.m. sin utilizar la expresión *sumere* que no podía tener carácter esencial⁴⁹, y, en segundo término, que en lugar de esa expresión se solía utilizar *uti frui* que está más acorde con la naturaleza del legado. Como característica del l.s.m. puede considerarse, por tanto, la expresión *damnas esto sinere*, que se refiere a la exigencia del respeto del heredero de una situación de hecho (*uti frui, habitare, operas Stichi dare*) a favor del legatario. El *sumere*, entendido como acto de aprehensión material o de apropiación del legatario⁵⁰, no sólo no es esencial en el l.s.m., sino en algunos casos explícitamente debe excluirse, como en el examinado por Paulo en que se trata del respeto de una relación nacida ya en vida del testador. De otra parte, es dudoso que *sumere* deba interpretarse siempre y en todo caso como acto de aprehensión material o toma de posesión, porque, aparte del hecho de que esta expresión se utiliza

48. El l.s.m. no debe, pues, ser considerado al mismo nivel del l.p.d. y del l.p.v., como hacen Bammate, op. cit. p. 40, y Pezzana, op. cit. p. 51 ss.

49. Bammate, op. cit. p. 32 ss. y p. 50, afirma que la fórmula mencionada por Gayo tenía carácter esencial y que no podía existir l.s.m. si esa fórmula típica no era utilizada. Pezzana, op. cit. p. 22 ss., considera que el uso de la expresión *sinere sumere* era esencial para la existencia de este legado y el l.s.m. se distinguiría de los otros tipos por criterios formales.

50. Según Bammate, op. cit. p. 44, el acto de toma de posesión en el l.s.m. no consistía en el ejercicio de un derecho real ya existente atribuido por el testador, como en el l.p.v., sino en un puro hecho, un simple acto material autorizado por el testador, de donde podía resultar un futuro derecho real del legatario. Es problemático, como decimos, que el mero apoderamiento pudiera dar lugar a un derecho real.

con distintos significados⁵¹, se encuentra también en la fórmula del l.p.p. cuando se refiere a algunos supuestos típicos, como el legado del peculio a los hijos o de la dote a la mujer en los que los bienes legados están ya en posesión del legatario⁵². Con todas estas observaciones queremos demostrar cómo en el l.s.m. no debe considerarse esencial el acto de apropiación del legatario y cómo el significado de *sinere* debe limitarse a aquellas situaciones de hecho en que puede tener aplicación.

La comparación del l.s.m. con el l.p.p. en la exposición gayana nos lleva también a preguntarnos si en las dos corrientes a que el jurista se refiere en el l.s.m. pueden identificarse las opiniones de las dos escuelas de sabinianos y proculeyanos, a las que Gayo se refiere expresamente cuando trata del l.p.p. Podría así conjeturarse que los sabinianos defendían la estructura originaria y la autonomía del legado mientras que los proculeyanos lo equiparaban al l.p.d. Sin embargo, las noticias de que disponemos no permiten llegar a ninguna conclusión segura, aparte del hecho de que tampoco sobre el l.p.p. existe una concepción unánime entre los sabinianos, acogándose dos opiniones diferentes, de Sabino, de una parte, y de Juliano y Sexto, de otra. Los únicos datos que a este respecto pueden extraerse de los textos son los siguientes: Sabino probablemente trató del l.s.m., pues existen dos textos, de Pomponio y Ulpiano comentando a Sabino, que se refieren a este legado; Juliano aporta una concepción nueva al equiparar el l.s.m. con el fideicomiso; el proculeyano Neracio lo aproxima al legado vindicatorio al conceder una *actio utilis*; todos los demás juristas (Atlicinio, Nerva, Casio, Labeón, Celso, Marcelo, Paulo y Ulpiano) mantienen una concepción del l.s.m. que puede considerarse unánime: este legado se aplica sólo a aquellas situaciones de hecho en que, no tratándose de constituir un derecho, era suficiente el *sinere* del heredero, contra el que el legatario podía accionar, o por la acción propia del contrato o especial relación precedente o con la general *actio ex testamento*. Es probable, por ello, que la exposición de Gayo se refiera a una determinada fase de la historia del

51. Aparte del significado de *capio, prehendō, accipio*, señalado por PEZZANA, op. cit. p. 22, *sumere* puede significar también *recipere, insumere, consumere*. Es muy frecuente el significado de consumir, gastar, sobre todo, en la forma *sumptus*. Vid. FORCELLINI: *Lexicon Totius Latinitatis* IV v. *sumo*; GONZÁLEZ LODGE: *Lexicon Plautinum* II v. *sumo*; MERGUET: *Handlexicon su Cicero* v. *sumo*.

52. SCAEVOLA, D. 31.88 pr. y 33.8.26. Vid. GARCÍA GARRIDO: *Ius Vxorium*, p. 112 s. y 134 ss. BMMATE, op. cit. p. 222, se refiere también al l.p.p. para demostrar cómo también en él las expresiones *praecipito, sumito, sibi habeto*, significaban la toma de posesión y no ya la atribución de un derecho. Es dudoso, sin embargo, que esas expresiones tengan siempre el sentido aducido por este autor.

legado, en la que dos grupos de juristas de difícil identificación discutieran sobre la autonomía de este legado puesta en peligro por la tendencia a fundir los varios tipos de legado. Lo que sí puede afirmarse sin género de dudas es que el l.s.m. subsiste en época clásica porque mantiene su particular ámbito de aplicación en las situaciones a que nos hemos venido refiriendo. Precisamente por este limitado campo de aplicación los textos que tratan de este legado son pocos, y quizá no existiesen muchos más en el material de la compilación.

En conclusión, el l.s.m. nacería con una finalidad especial: la de permitir al testador imponer al heredero el respeto de determinadas situaciones de hecho, que pueden concretarse en el precario, a favor del legatario titular en el goce y disfrute. El legatario podría servirse de los interdictos posesorios o de particulares acciones nacidas de su relación con el testador. Sin entrar en la insoluble cuestión de la procedencia de los varios tipos de legado, podemos afirmar que el l.s.m. nace con una estructura, objeto y efectos propios distintos de los del l.p.d. y de los del l.p.v. El l.s.m. se distingue del legado damnatorio en que no produce una obligación del heredero ni origina una acción propia, y del legado vindicatorio en que no crea un derecho real. El proceso de acercamiento y fusión del l.s.m. y del l.p.d. se inicia cuando se extiende al primero la *actio ex testamento* propia del segundo. Del *sinere*, interpretado como *non facere*, se pasó al *facere*, y ello explica la extensión de esta acción. Después de la fusión de ambos legados, los juristas clásicos siguen aplicando el l.s.m. cuando se trata de especiales supuestos en que el *sinere* encuentra aplicación. Aparte de estas conclusiones, toda otra deducción hipotética que intente explicar la procedencia histórica o el origen de nuestro legado pertenece al ámbito de lo meramente conjetural. Así, podría pensarse que el l.s.m. estaría primitivamente protegido con una *manus iniectio*, y éste sería el primer punto de acercamiento con el legado damnatorio o, remontándonos aún más en la historia, podría ponerse en relación con el oscuro origen de las *possessiones* o con la primitiva fase de autodefensa y autotutela de los derechos. El tema del legado *sinendi modo*, relacionado con otros difíciles problemas de origen, sigue ofreciendo un vasto panorama de investigación y estudio.

MANUEL GARCÍA GARRIDO.

V

«ADVERSUS HOSTEM AETERNA AUCTORITAS ESTO»

(Una prelección)

Esta ley romana del siglo v a. C.¹ no tiene, según es sabido, un sentido tan vago y general como el que quieren darle algunos tratadistas de derecho público despreocupados de lo que los romanistas saben hace tiempo, sino uno mucho más concreto: se refiere a la usucapión (*usus*), que el mismo código decenviral relaciona con la *auctoritas*, o responsabilidad del vendedor mancipante², ante el evento de una reclamación de propietario contra el comprador, allí donde dicen las XII Tablas que el *usus* y la *auctoritas* son de un bienio para los fundos y de un año para las demás cosas³; lo que se explica así: la posesión (*usus*)⁴ continuada durante ese tiempo legal da al comprador una propiedad civil que aquél puede defender ya por sí mismo, por lo que se hace innecesaria y cesa la responsabilidad (*auctoritas*) del vendedor; en otras palabras: la responsabilidad cesa cuando la propiedad civil adquirida por usucapión empieza. Donde el legislador quiere excluir la usucapión, no tiene más que declarar «eterna» la responsabilidad del vendedor: *aeterna auctoritas esto*. Este mismo giro utilizaba probablemente la ley decenviral⁵, pero ciertamente la ley Atinia⁶ (del s. III/II a. C.) para excluir la usucapión de las cosas hurtadas: *eius rei aeterna auctoritas esto*. Así, es cosa cierta que nuestro precepto excluía la usucapión *adversus hostem*.

1. XII Tablas 6,4 (RICCOBONO: *Leges*², p. 44); en otras edd. 3,7.

2. No entro en la discusión sobre el significado de *auctoritas*, que tomo en el sentido en que la entiende la opinión común; cfr. *infra*, nn. 26, 29, 31 y 34. Debe entenderse, por lo demás, que hablamos de vendedor y comprador por *mancipatio* en un sentido formal, dada la posibilidad, en una fase ulterior, de la mancipación *nummo uno* como acto abstracto de adquirir la propiedad.

3. XII Tablas, 6,3.

4. Para la época de las XII Tablas *usus* vale por *possessio*; sólo la jurisprudencia posterior llegó a discernir ambos conceptos.

5. La única referencia, de Gayo 2,45 y 49, no es literal, y por ello no puede haber seguridad.

6. AULO GELIO, 17,7, 2-3.

Es también cierto ⁷ que *hostis* ahí no quiere decir «enemigo» sino simplemente «extranjero» (*peregrinus*), pues precisamente conocemos nuestro pasaje por una cita de Cicerón ⁸ que lo aduce, juntamente con la otra expresión decenviral *status dies cum hoste*, en prueba de que «*hostis* se decía entre nuestros mayores del que llamamos *peregrinus*». Y de este testimonio depende probablemente la aclaración del gramático Festo ⁹: «entre los antiguos se decía del *peregrinus*, y *perduellio*, del que ahora llamamos enemigo».

Parece evidente, pues, que las XII Tablas prohibían la usucapción *adversus* el extranjero, pero no hay unanimidad entre los romanistas respecto a la situación concretamente prevista por la ley; es decir, el problema está en el «*adversus*». Intentamos en estas páginas aclarar el problema, reaccionando contra una opinión que tiende a convertirse en dominante.

Decir, como suelen muchas exposiciones elementales, que con este precepto las XII Tablas excluían de la usucapción a los extranjeros, que no podían adquirir la propiedad civil, esto no es suficiente. Hace falta determinar exactamente qué papel desempeña el *hostis* en relación con la *aeterna auctoritas* de un mancipante.

La explicación dominante, ya desde Kübler ¹⁰, pero sobre todo desde Kaser ¹¹, ve en el *hostis* un comprador por *mancipatio*: la ley establecería «contra» este extranjero la prohibición de usucapir lo que compró, para lo cual declaraba «eterna» la responsabilidad del que se lo vendió. Según dice Kaser, la ley no se refería más que a las cosas mancipables (*res mancipi*)—con razón, pues se trata de la *auctoritas*, que es exclusiva de la *mancipatio*—, pero el precepto se habría extendido después a todas las demás cosas. Esto quiere decir también que el extranjero previsto por la ley es un extranjero que ha intervenido en el

7. Sobre la opinión discrepante de SCHÖNBAUER, vid. infra, n. 39.

8. CICERÓN, *De Officiis* I, I, 37.

9. FESTO, s. v. *hostis*; cfr. s. v. *status*. FESTO forja la «etimología»: *quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare*. Este sentido originario explica, naturalmente, la relación *hostis-hospes* (huésped), pero la etimología parece incierta.

10. KÜBLER: *Röm. Rechtsgeschichte*, pág. 41.

11. KASER ha insistido varias veces en esto: fundamentalmente, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (segunda edición de 1956), pág. 92 y sigs.; también *Altrömische ius* (1949), pág. 83; *Wesen und Wirkungen der Detention in den antiken Rechten*, en las actas del III Congreso Internacional de Derecho Comparado (Londres, 1950), separata, pág. 5, n. 23; *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, en «*Zeitschr. Savigny-Stiftung (rom. Abt.)*», 68 (1952), pág. 173 y sigs.; *Vom Begriff des «commercium»*, en «*Studi Arangio-Ruiz*» (1952), II, página 142; *Röm. Privatrecht* (1955), pág. 119.

negocio de la *mancipatio*, negocio exclusivo del *ius civile*, lo que conduce a afirmar que la norma vale para el *peregrinus cum commercio*, o sea, aquel extranjero al que se había concedido la comunidad negocial propia de los Romanos y Latinos. Hubiera sido consecuente dar la usupación a los que ya podían practicar la mancipación, de la que la usucapión es un complemento utilísimo, pero, dice Kaser, precisamente por eso hizo falta una prohibición expresa de la ley, que, por lo demás, habría desaparecido con el tiempo. Este es un punto problemático, en el que no puedo adherirme a la opinión de Kaser hoy dominante ¹².

Otro punto problemático es el de la posición exacta del extranjero respecto a esa *auctoritas aeterna*. Según Kaser, aunque en este punto muestra alguna oscilación ¹³, la responsabilidad ilimitada del vendedor se debe al extranjero en tres hipótesis posibles:

a) si reclaman al extranjero la propiedad de lo que el extranjero respecto a esa *auctoritas aeterna*. Según Kaser, aunque

b) si reclaman al extranjero como vendedor (*auctor*) de la cosa que compró y luego vendió, cuando su comprador se ve reclamado por un propietario;

c) cuando el extranjero comprador tiene que reclamar contra un tercero la propiedad de lo que compró, pero cuya posesión perdió;

en todos estos supuestos tendría el vendedor que asistir al extranjero con su *auctoritas*.

En el pensamiento de Kaser, y probablemente en el de todos los que le siguen, late la idea de que la palabra *adversus* implica una disposición en «contra» del extranjero («zum Nachteil des Ausländers» ¹⁴), aunque, a decir verdad, Kaser parece desprenderse de este sentido al dar una versión completa del precepto ¹⁵. Tampoco podría hacerse fácilmente una traducción con ese matiz, pues es verdad que el no poder usucapir podría ser una desventaja para el extranjero, pero, en la expresión misma de la ley, lo que se dice es que el vendedor le debe asistir con su *auctori-*

12. Ha influido mucho en la recepción de esta teoría la aceptación de la misma por ARANGIO-RUIZ: *Compravendita*, pág. 313 y sigs.; cfr. por ejemplo, GIOFFREDI: *Diritto e Processo*, pág. 257, n. 29; pero nuevos argumentos no han sido agregados a los dados por KASER.

13. KASER: *Altrom. ius*, pág. 83, n. 6, pero cfr. *Neue Studien*, pág. 173, n. 106 y el silencio en los *Nachträge de Eig. und Bes.*², página 369.

14. KASER: *Eig. u. Bes.*, pág. 94.

15. KASER, *ibid.* «Bei der Klage gegen den Ausländer dauert die Gewährschaft ewig».

tas aeterna, y eso, por sí mismo, es «a favor» y no «en contra» del extranjero.

Por otro lado, no resulta claro, ni por qué la ley daba un precepto exclusivamente para los *peregrini cum commercio* (sin expresar nada que los distinguiera de los privados de él), ni tampoco por qué se les había de privar del complemento natural de una *mancipatio* a la que se les admitía¹⁶. La razón que da Kaser¹⁷, de que los Romanos aceptaban si a tales extranjeros para que adquirieran lícitamente por *mancipatio*, pero querían impedir que pudieran consolidar adquisiciones defectuosas por el *usus*, eso, francamente, parece una explicación un poco forzada. Por lo demás, se podría decir que el beneficio del *commercium*, así entendido, resultaba muy gravoso a los Romanos, que contraerían al vender a extranjeros una obligación mucho más peligrosa que cuando vendían a conciudadanos.

Esta dificultad, aparte lo que expondremos más adelante, me inclina a no aceptar la explicación de Kaser, hoy dominante. Pero tampoco me parece muy convincente la explicación—ésta ha tenido menos aceptación—de De Visscher¹⁸, que durante algún tiempo me pareció preferible¹⁹. Según este autor, no hay aquí un extranjero *cum commercio* que compra por *mancipatio*, sino un extranjero cualquiera que ha tomado posesión de una cosa vendida por un Romano a otro Romano: el comprador que no llegó a usucapir él, por falta de tiempo legal, se dirige ahora contra el poseedor extranjero, y como éste no puede usucapir, pues es extranjero, el vendedor no puede alegar el transcurso del tiempo para rehusar la *auctoritas* al comprador.

Esta interpretación evita los escollos del *commercium sine usu-*

16. Esta anomalía se quería explicar pensando que el *commercium* se refería a las adquisiciones por un negocio, pero no a las derivadas de la ley; vid. en este sentido, MITTBEIS: *Röm. Privatr.*, pág. 120, n. 29 y 123, n. 42. MITTBEIS pensaba directamente en los *Latini*, pero admitía la caída de tal exclusión en un momento posterior, dado el testimonio ineludible de *Fragmenta Vaticana*, 259, que se refiere a una usucapión como posible para el Latino. Para PEROZZI: *Istituzioni*, I, pág. 650 n. 4 (cfr. pág. 15, n. 1), el Latino tuvo siempre posibilidad de usucapir, y el precepto decenviral debe referirse exclusivamente al extranjero con *commercium*.

17. KASER: *Eig. u. Bes.*, pág. 94. El mismo KASER admite (*Commercium*, pág. 142) que en la época clásica se habría acabado por admitir la usucapión de los *peregrini cum commercio*.

18. F. DE VISSCHER: *Nouvelles études de droit romain public et privé*, pág. 141 y sigs. y 179 y sigs. (= *Rév. hist. droit fr. et étrang.*, 1933, pág. 603 y sigs., y 1937, pág. 575 y sigs.). En «*Auctoritas*» et «*mancipium*», en «*Studia et Documenta Historiae et Iuris*», 1956, pág. 102 y n. 27, parece seguir la misma opinión, pero no muy explícitamente.

19. En «*Stud. et Doc.*» cit., 1950, pág. 360.

capione ²⁰, y presenta, pensando siempre en un *adversus* de «adversidad», un sentido más natural, pues se trataría de una acción entablada por el comprador «contra» el extranjero poseedor ²¹.

Contra esto alega Kaser que sería extrañísimo que la ley hubiera tomado este supuesto tan complicado—de comprador que pierde la posesión antes de usucapir—para prohibir simplemente la usucapión por el extranjero, siendo así que, si el comprador no había llegado a usucapir, no hacía falta decir que el vendedor debía asistirle, pues esto ya se daba sin más por la dependencia del cese de la *auctoritas* respecto al *usus* cumplido. Esto, de todos modos, no es plenamente decisivo contra De Visscher, porque el *usus* a que se refiere la ley como condición para el cese de la *auctoritas* no es necesariamente el de la posesión del comprador, sino el de la posesión de cualquiera, pues contra la posesión cumplida por un tercero de nada valía ya la ayuda del vendedor, ni se podía decir que debía éste indemnizar por haber vendido cosa ajena. La manera de establecer de un modo un poco complicado la exclusión del *hostis* de la usucapión no resultaría, por lo demás, imposible, aunque sí hay que reconocer que se podía haber encontrado otra mejor.

Quizá un jurista podría observar en este momento que, si la *auctoritas* es el saneamiento por evicción de nuestros días, el precepto legal obliga a pensar en una situación en que el vendedor debe asistir a un demandado y no a un demandante, como ocurre en la explicación de De Visscher. Pero hay que recordar en todo momento que el procedimiento petitorio de la época de las XII Tablas es el de la *legis actio sacramento*, y que en ella las dos partes debían afirmar simétricamente su derecho, y probarlo ambas. El que la ventaja moderna (y romana clásica) del poseedor se diera ya en esa época por la atribución provisional de la posesión al litigante que el magistrado consideraba más idóneo, eso, después de todo, no alteraba la estructura simétrica del proceso ni la posibilidad de que la *auctoritas* del vendedor pudiera prestarse a un comprador en cualquiera de las dos posiciones de demandante o demandado, pues no había diferencia formal entre ellas. El vendedor debe asistir siempre al comprador en el proceso, y, si no consigue que el comprador recupere el *sacramentum*, debe indemnizarle con el doble del precio que cobró (para exigir lo cual se da la *actio auc-*

20. DE VISSCHER (*Nouv. ét.*, pág. 157) explica que se trata de un peregrino *qui suis legibus utitur*.

21. La «adversidad» no estaría aquí en la disposición misma, sino en la concreta relación procesal (reclamación de un romano «contra» un extranjero) para la que se daba la norma.

toritatis). Así, no debemos pensar en una «defensa del demandado» exclusivamente.

Lo que me induce a rechazar tanto esta tesis como la de Kaser es el apego que ambas muestran a una interpretación de la preposición *adversus* como necesariamente adversativa. Porque *adversus* (o *adversum*) no quiere siempre decir «contra», sino que hay que contar con la acepción más neutra de «frente a» o «respecto a»²², como cuando se habla de la *pietas adversus deos*²³, *reverentia adversus homines*²⁴ o del hombre presumido *adversus speculum*²⁵, etc. Esto quiere decir que debemos liberarnos de la idea de que el precepto decenviral presupone necesariamente algo «contra» el *hostis*, sea la disposición misma, sea un proceso contra él.

Como suele ocurrir muchas veces, interpretaciones antiguas, que un momento dado son abandonadas por un autor acreditado, luego son olvidadas, aunque puedan estar en lo cierto. Esto creo que ha ocurrido en nuestro caso²⁶.

Una antigua opinión avanzada por Mommsen²⁷ y expuesta con especial claridad por Karlowa²⁸ me parece que es la más acertada. Nuestro precepto decenviral, según esta opinión, vendría a prohibir, no la usucapión de un extranjero, sino la usucapión contra un extranjero. Es decir: cuando un extranjero reclamaba contra un Romano una cosa que éste había recibido

22. Esta observación, ya en VOCI: *Modi di acquisto della proprietà* (1952), pág. 48. VOCI, sin embargo, sigue la interpretación de KASER al que, por lo demás, no sigue en la concepción principal de la propiedad primitiva; cfr. pág. 276 y sigs.

23. CICERÓN: *Nat. deor.*, I, 41, 116; *Off.*, 3, 6, 28.

24. CICERÓN: *Off.*, I, 28, 99.

25. AUL. GEL., 7, 12.

26. Prescindo aquí de aquella corriente de los romanistas franceses (vid. también el italiano AMIRANTE, en *Studi Solazzi* (1948), pág. 375), principalmente expresada ahora por MAGDELAIN: *Auctoritas rerum*, en «*Rev. intern. des droits de l'art.*», 1950, pág. 144 (al que sigue fundamentalmente el yugoslavo HORVAT, *ibid.*, 1956, pág. 285 y sigs.), según la cual la *auctoritas* no es la garantía del mancipante, sino una manera de llamar a la propiedad. *Aeterna auctoritas* querría decir que la propiedad es imprescriptible frente al extranjero. Esto supondría que el precepto no se reducía a las *res mancipi*, sino que se habría aplicado desde el primer momento a todas las cosas. Excedería de este papel (cfr. n. 2) el explicar por qué me parece que esta manera de entender la *auctoritas* no es convincente. Según esta interpretación se enunciaría la exclusión de la usucapión afirmando la perpetuidad del dominio romano frente a un poseedor extranjero, lo que no tenía por qué ser objeto de una disposición especial, ya que el extranjero, por sí mismo, está excluido del dominio civil y, por tanto, de la *usucapio* que lo produce.

27. MOMMSEN: *Jurist. Schriften*, III, pág. 464; cfr. GIRARD: *Mélanges*, II, pág. 227, n. 3.

28. KARLOWA: *Röm. Rechtsg.*, II, p. 406.

por mancipación de otro Romano, este Romano vendedor debía asistir a su comprador con la *auctoritas*, aunque hubiera pasado el plazo de la usucapión, ya que no se podía usucapir en perjuicio de un extranjero. En otras palabras: el que vendía cosas que pertenecían a un extranjero quedaba obligado permanentemente respecto a su comprador, porque «respecto al extranjero» no hay usucapión²⁹.

Observa Kaser³⁰ contra esta antigua interpretación que en ella se colocaba a un ciudadano reclamado por un extranjero en peor posición que si le reclamara un conciudadano (lo que sería incompatible con su sentido adversativo del «*adversus*»). Esto no es del todo así, pues el comprador queda asistido por la *auctoritas*, y de lo que en realidad se trata es de que las cosas extranjeras no pueden ser usucapidas, como tampoco pueden serlo las hurtadas. Se trata de una exclusión objetiva más que subjetiva. Pero esta interpretación debe ser explicada en sus fundamentos, lo que quizá no se había hecho con suficiente claridad.

* * *

La usucapión de las XII Tablas se refería exclusivamente a las *res mancipi*, como la misma *auctoritas*, aunque una interpretación jurisprudencial pudo extender después la institución a las demás cosas no-mancipables (*res nec mancipi*). Y lo mismo, naturalmente, las exclusiones de la usucapión³¹. Esto quiere

29. Es lástima que NOAILLES: *Fas et Ius* (1948), pág. 277 y sigs., no llegara a desarrollar lo que sabemos era su pensamiento último sobre el problema, según lo que resulta de las explicaciones orales en cátedra, pues allí aparece esta misma idea de que la ley no tenía por qué prohibir la usucapión a un extranjero, sino prohibir al romano la usucapión de las cosas procedentes del extranjero. Para él el *hostis* era, como defendemos también aquí, el extranjero *qui suo iure utitur*; sin embargo, a consecuencia de que NOAILLES, como otros autores franceses (cfr. supra, n. 26), negaba que la *auctoritas* significara la responsabilidad del mancipante, en su pensamiento el precepto decenviral se refería también a *res nec mancipi*. Su pensamiento aparece, pues, contradictorio, por falta de una reelaboración definitiva; cfr. en el mismo sentimiento nuestro MAGDELAINE: op. cit. (n. 26), pág. 147, n. 36. BROGGINI: *Iudex arbitere* (1957), pág. 34, n. 30, también parece pensar en la imposibilidad de invocar la usucapión «en los procesos con extranjeros», pero no se adhiere expresamente a la interpretación de KARLOWA (al que no cita) y su idea (cfr. pág. 81, n. 88) sobre *usus-auctoritas* no parece muy firme.—Cfr. infra, n. 34.

30. KASER: *Eig. u. Bes.*, pág. 94.

31. Los autores que no ven en la *auctoritas* la responsabilidad del mancipante (vid. supra, nn. 26 y 29) consideran, naturalmente, que el precepto decenviral se refería a toda clase de bienes. Al mismo resultado llega HAGERSTRÖM: *Der röm. Obligationbegriff*, II (1941), 305, pues considera que el precepto se refiere a la inusucapibilidad de las cosas que

decir, que, aparte los fundos itálicos (y sus servidumbres rústicas), hay que pensar en esclavos y animales grandes (de tiro y carga). Respecto a un extranjero, no debemos pensar en fundos itálicos, sino en los otros semovientes ; yo diría : principalmente los esclavos.

Según la interpretación que defendemos, las XII Tablas prohibirían que un ciudadano usucapiera esclavos (y animales grandes) pertenecientes a un extranjero y que él había comprado de otro ciudadano por una *mancipatio* privada.

En la época de las XII Tablas, como es sabido, había en Roma muy pocos esclavos, y los pocos que venían como tales era por las guerras, como prisioneros, y no por el comercio internacional³². El modo normal de ingresar un esclavo en la circulación del comercio de la ciudad era por la venta *sub corona*³³. La *mancipatio* podía servir para las transmisiones ulteriores, entre ciudadanos, pero el adquirente no podía invocar la usucapición, sino que debía buscarse los sucesivos *auctores* hasta encontrar la venta directamente fundada en la adquisición originaria del botín. Por lo demás, la *mancipatio* servía también, y aquí con *usucapio*, para la transmisión de los esclavos por nacimiento, en Roma, que no podían pertenecer a un extranjero.

Ahora bien : este principio de que no se puede usucapir un esclavo extranjero no es más que la formulación desde el punto de vista romano de un precepto «internacional» fundado en el principio de la reciprocidad. Podría formularse así : no hay usucapición entre extranjeros³⁴. Los no-Romanos es claro que no

un extranjero sin *commercium* ha recibido por simple *traditio*. La crítica de esta opinión sigue estando en relación con la más amplia sobre el concepto mismo de *auctoritas* (cfr. supra, n. 2). Sobre DAVID, infra, n. 38.

32. WESTERMANN : *The Slave Systems of Greek and Roman Antiquity* (1955) pág. 59, observa cómo en el Primer Tratado de Cartago no se habla de venta de esclavos, como ocurre, en cambio, en el Segundo (del siglo IV a. C.). Las revoluciones de esclavos de que se habla en los siglos V y IV serían burdas anticipaciones históricas. El aumento de esclavos se habría producido entre 350 y 272 a. C., cuando la expansión por el sur de Italia (pág. 70).

33. La venta *sub corona* (FESTO, s. v. [Bruns, pág. 41]) daba una propiedad civil sin *auctoritas* del General vendedor. Es un tipo especial de venta *sub hasta* ; WESTRUP : *Some Notes on the Roman Slave in Early Times* (1956), pág. 5, n. 9, no señala bien esta relación. Vid. EHRHARDT, en *Real-Encyc. Pauly-Wissowa*, (Suppl. VII (1940), col. 96 y sig.

34. Es curioso que MAGDELAIN (op. cit n. 26, pág. 146) haya sabido ver se trata de un principio de reciprocidad internacional y no haya derivado de ahí todas las debidas consecuencias. Hay en su pensamiento, como en el de NOAILLES (supra, n. 29), una cierta contradicción entre la idea de *auctoritas* como poder («de titre dirigé *adversus hostem* ne peut être que celui du romain», pág. 145) y la idea de reciprocidad («il serait injuste que le romain pût utiliser une arme enlevée à son adversaire», pág. 146).

pueden usucapir, pero no hacía falta que lo dijera la ley, pues estaban ya excluidos por su misma condición, ya que la *usucapio* es un modo de adquirir la propiedad civil, y ésta es exclusiva de los ciudadanos. Lo único que la ley debía decir es que no se podían usucapir las cosas (*res mancipi*) extranjeras.

Naturalmente, cuando la interpretación jurisprudencial extendió la usucapición a todas las cosas, no era posible extender también la prohibición *adversus hostem* a todas las cosas, ya que esto iba en contra de las necesidades del comercio, pero tampoco se pudo mantener reducida a las *res mancipi*, porque, a mediados del s. iv, un siglo después de las XII Tablas, aumentó mucho el número de esclavos en Roma y el comercio de esclavos extranjeros, de suerte que la conservación del viejo precepto prohibitivo iba en contra de las necesidades del tráfico comercial³⁵. En consecuencia, el precepto quedó olvidado y sólo sobrevivió más tarde en la nueva forma de la prohibición de usucapir los fundos provinciales.

Si esta explicación es aceptada, tenemos, no sólo una razón del precepto decenviral, sino también de su caída. Y con ello obtendríamos un dato interesante para la historia de aquel principio constante del comercio internacional que consiste en impedir o dificultar la reivindicatoria de las cosas compradas en el tráfico comercial, es decir, el principio de la seguridad del tráfico que conduce a la llamada «prescripción instantánea»³⁶. La admisión de la usucapición sería nada más un aspecto de esta línea constante. El derecho mercantil internacional se enfrentó con las XII Tablas y derogó su prohibición de usucapir los esclavos procedentes del extranjero³⁷.

* * *

Pero con esto alcanzamos también una nueva luz respecto al *hostis* con cuya interpretación empezábamos.

35. En la época de Varrón, *r. r.* 2, 10, 4 (Bruns, pág. 63), la *usucapio* aparece enumerada entre los modos de adquirir la propiedad sobre los esclavos, y no debemos pensar que esta posibilidad no abarque también los esclavos procedentes del extranjero.

36. Vid. sobre la recepción de este principio en el Derecho romano-visigodo mi artículo *Los «transmarini negotiatores» en la legislación visigótica*, en «Homenaje Barcia-Trelles» (1958), pág. 473 y sigs. No me ha sido accesible U. VON LÜBTOW: *Hand wahre Hand, Historische Entwicklung, Kritik und Reformvorschlage*, en «Festschrift 41. Deutsch. Juristentag Berlin» (1955); cfr. *Iura*, 1956, pág. 414.

37. Lo mismo puede decirse, después de todo, del comercio de animales grandes (*res mancipi*), aunque nos parece que la imposición de las necesidades mercantiles para modificar el *ius legitimum* hubo de sentirse más intensamente en el comercio de esclavos. Respecto a éstos, una prohibición de usucapir tenía todavía otra consecuencia: facilitar la persecución de un esclavo fugitivo en Roma.

En nuestra interpretación, *hostis* es, sin más, el extranjero, como se dice, y no el beneficiado por el *commercium*. No podía ser de otro modo—y en esto creo que hay un argumento contra Kaser—, porque en la época de las XII Tablas o no se había iniciado este tipo de concesión, o, si se quiere conjeturar lo contrario, hubo de ser en unos límites tan estrechos que la palabra *hostis* en modo alguno podía referirse a ellos exclusivamente, ni podía tampoco la ley tenerlos presentes de un modo especial. Parece evidente que, aun admitiendo la fecha del 509 para el Primer Tratado con Cartago, en él no se documenta más que una posibilidad de traficar en Sicilia como hacían los Cartagineses, sin que resulte una comunidad de la *mancipatio* romana³⁸. Esto quiere decir que se hace difícil imaginar una concesión de *commercium* a poblaciones que no fueran itálicas, y que no tuvieran ya el acceso a la *mancipatio* como *Latini*.

Cuando, mucho después, se acudió al sistema de concesión del *commercium*, éste debía de suponer, no sólo el acceso a la mancipación, sino también a la usucapión que es su complemento inseparable. Pero esto ocurre cuando ya ha perdido eficacia el precepto decenviral.

Por último: el *hostis* siguió siendo el extranjero sin *commercium*, pues la palabra difícilmente podía referirse precisamente al que se hallaba admitido al Derecho civil; es el «extranjero extraño»³⁹. Y también tiene este sentido en la frase *status dies cum hoste*. Se trata aquí de que la citación para un proceso *cum hoste* se considera como excusa para la falta de comparecencia

38. Sobre estos tratados, DAVID: *The Treaties between Rome and Carthage and their Significance for our Knowledge of Roman International Law*, en «Symbolae van Oven» (1946), pág. 231 y sigs. En el mismo Primer Tratado, otra cláusula disponía que los Romanos se acomodaran en Libia y Cerdeña a la forma local de intervención del heraldo o notario. DAVID (pág. 239 y sig.) critica acertadamente la conjetura de HUVELIN (*Etudes d'histoire du droit commercial romain* pág. 20) de que en esos tratados había una concesión de *commercium*, y observa que en esas fechas sólo podía darse la comunidad de *mancipatio* con los *Latini*. Ni siquiera en el Segundo Tratado (del 348? 306? a. C.) se habla de venta internacional por *mancipatio*, sino de un tipo de venta *iuris gentium*. Su pensamiento sobre la ley *adversus hostem...* (pág. 243 y sigs.: «With a foreigner the *auctoritas* is an eternal one») no resulta del todo nítido, pero (pág. 245) parece seguir a KÜBLER.

39. En esta concreción creo que tiene algo de razón SCHÖNBAUER, en «Zeitschr. Savigny-Stift.», 49 (1929), pág. 379 y sigs., cuando dice *hostis* es aquí el «enemigo». Dicho así, queda la aserción invalidada por el testimonio explícito de los mismos antiguos, pero hay esto de verdad: que el *hostis* es aquel extranjero con el que no hay especiales relaciones comerciales y de amistad, lo que explica que la palabra haya tomado después el sentido de propio enemigo. Ahora, la idea de SCHÖNBAUER de que la ley decenviral se refiere a mancipaciones hechas por ciudadanos en campaña contra el enemigo me parece insostenible.

en otro proceso ciudadano; no, en cambio, otra citación ante el mismo magistrado romano. Esto quiere decir que el extranjero *cum commercio*, cuando apareció, podía litigar por el procedimiento ordinario y no era propiamente un *hostis*. En esto vería yo una razón para volver a pensar sobre el problema de la admisión de los extranjeros *cum commercio* al proceso ordinario y, naturalmente, a la *in iure cessio*, contra lo que también parece hoy opinión dominante, desde Wlassak. Pero este otro problema no debe entrar en la presente nota ⁴⁰.

A. D'ORS

40. RESUMEN: 1. La *auctoritas* es la responsabilidad del mancipante, y tanto la usucapión como las exclusiones por *aeterna auctoritas* se refieren, en principio, exclusivamente, a las *res mancipi* (conforme en esto con KASER). 2. *Hostis* es el extranjero sin *commercium*; pues no se daba todavía el *commercium* en la época de las XII Tablas; el peregrino *cum commercio* podía también usucapir, y quizá también litigar en la forma civil (no por *status dies cum hoste*) y, podía, por tanto, hacer *in iure cessio*. 3. La ley decenviral prohibía que se invocara la usucapión frente a un dueño extranjero (*adversus hostem*). 4. Esta prohibición, fundada en un principio de reciprocidad internacional, dificultaba el comercio de esclavos, y hubo de ser superada cuando se difundió ese tipo de tráfico comercial.

VI

UN MEDIEVALISTA EN EL CONSEJO DE HACIENDA: DON FRANCISCO CARRASCO, MARQUES DE LA CORONA (1715-1791)

I. BOSQUEJO BIOGRAFICO

Entre los varios juristas que destacaron por su erudición y laboriosidad en el reinado de Carlos III, constituyendo el núcleo esencial del movimiento reformista propugnado por los hombres del Despotismo Ilustrado, alcanzó relieve singular el Fiscal del Consejo de Hacienda, don Francisco Carrasco de la Torre.

Pese a la relevante posición que ocupó entre los consejeros del monarca y a su extensa obra forense y administrativa, la figura de este ilustre letrado estaba llamada a eclipsarse con posterioridad a su fallecimiento, ante aquellas de mayor brillo político —como Campomanes, Aranda o Floridablanca¹— que han logrado monopolizar, con mayor o menor alcance, la atención de los numerosos historiadores que se han venido ocupando de nuestro antiguo régimen.

No obstante tan extraño olvido —sobre el que más adelante insistiremos— la figura del Fiscal Carrasco ocupó un lugar brillante junto a los más conspicuos juristas del siglo XVIII, entre los que pronto se distinguió su acusada personalidad, como lo muestra el hecho de recaer en él —todavía joven— la elección para Fiscal del Consejo de Hacienda, y encargado de los asuntos de incorporación en tan alto organismo, cuando Carlos III, recién llegado al Trono, inicia su política reivindicadora del Patrimonio Regio. Proyectos muy interesantes se derivarán de la actividad de Carrasco en este puesto, en el que laborará sin desmayo por la restauración de la Hacienda Regia durante más de treinta años.

Nuestro Fiscal, que había nacido en Chinchón en septiembre de 1715², perteneciente, al parecer, a familia de hidalgos³, acude en octubre de 1727 —a los doce años de edad— a la Universidad

1. En este sentido se expresa Desdévise du Dezert, al decir que a Aranda, Floridablanca y Campomanes se deben atribuir casi todas las reformas interiores del reinado de Carlos III. *L'Espagne de l'Ancien Régime. Les institutions*. París, 1899, pág. 36.

2. *Gaceta de Madrid*, de 7 de junio de 1791.

3. En unión de sus hermanos don Juan y don Vicente, litiga hidalguía en la Chancillería de Valladolid en 1761. Cfr. ALFREDO BASANTA DE LA RIVA:

de Alcalá de Henares, ingresando el día 17 de dicho mes en el Colegio de San Ambrosio⁴, donde se gradúa de Bachiller en Cánones en 10 de marzo de 1731, pasando entonces —como colegial jurista— al Colegio de Santa Catalina de los Verdes⁵, fundado a fines del siglo XVI por doña Catalina de Mendoza Cisneros, hija de los Condes de Coruña⁶.

Ocupó Carrasco en principio la beca porcionista que había dejado vacante el colegial Castillo, pasando en 23 de enero de 1733 a la beca jurista de voto, propia de los naturales del Arzobispado de Toledo, licenciándose en Cánones en 1 de junio de 1734, y alcanzando finalmente el grado de Doctor por la Universidad de Alcalá en 15 de septiembre del mismo año. Graduado de Doctor, continúa Carrasco algún tiempo en la universitaria ciudad del Henares, mereciendo ser elegido en dos ocasiones —1.º de mayo de 1735 y 3 de octubre de 1736— Rector de su Colegio de Santa Catalina⁷.

Después de doce años de permanencia en Alcalá, termina la vida estudiantil y académica de nuestro biografiado, iniciando éste su carrera forense —que le llevará a importantes cometidos en altos cargos públicos— al ser designado, en octubre de 1739, Alcalde del Crimen en la Real Audiencia de Aragón⁸, en la que más tarde ocupará el puesto de Oidor⁹.

Continuaba desempeñando su cometido judicial en tal Audiencia cuando Fernando VI le nombra Alcalde de Casa y Corte por Real Orden de 5 de abril de 1755¹⁰, en vacante provocada por el ascenso de don Pedro Martínez Feijoo a Ministro Togado del Consejo de Hacienda. Esta Sala de Alcaldes de Casa y Corte era la quinta Sala del Real y Supremo Consejo de Castilla, y creo no alejarme de la realidad si —en relación con la carrera judicial de sus miembros— la califico de “Sala de entrada” en este alto Tribunal. De ella se pasaba a otras Salas, consideradas de mayor importancia —Gobierno, Mil y Quinientas, Justicia y Provincias—, o bien a otros Consejos, como el de Hacienda. Acabamos de ver, fué este el caso del Consejero Martínez Feijoo e igualmente lo sería de Carrasco, como lo había sido ya de su colega en la Fiscalía de Hacienda don Juan Antonio de Albalá Iñigo¹¹.

Archivo de la Real Chancillería de Valladolid. Sala de los Hijosdalgo. Catálogo de todos sus pleitos, expedientes y probanzas. Valladolid, 1920, pág. 221.

4. Archivo Histórico Nacional. Universidades. Libro 945, f.º 169. Ver apéndice documento núm. 1.

5. Llamado así por el color del manto de sus colegiales.

6. MARQUÉS DE CIADONCHA: *Índice de los Colegiales del Mayor de San Ildefonso y de los Menores de Alcalá.* Madrid, 1946, pág. XX.

7. A. H. N. Universidades. Libro 1.084, f.º 153 (ms.).

8. *Ibidem*, f.º 153.

9. *Gaceta de Madrid*, de 7 de junio de 1791.

10. A. H. N. Consejos. Libro 1.170.

11. *Ibidem*. Asientos relativos a 1748.

Fallecido Fernando VI, el nuevo Monarca, Carlos III —que iba a prestar gran atención al rescate de los bienes y rentas de la Corona, enajenados de antiguo—, nombra a Carrasco Fiscal del Consejo de Hacienda en Sala de Millones, de cuyo cargo toma éste posesión en 10 de enero de 1760¹² y en el cual trabajará hasta su muerte con tenacidad admirable en su cometido incorporacionista. En mayo de 1761, el Rey le honró con los honores, antigüedad y cargo de Consejero de Castilla¹³.

Esa tenacidad que acabamos de apuntar, así como la erudición y el ardor con que Carrasco defendió ante el Consejo, en todo momento, los derechos y bienes del Patrimonio Regio, fueron reconocidos por el Monarca, quien en 28 de junio de 1769 elevó a Carrasco, “en atención al celo y actividad con que me servís” y “al acierto con que habéis desempeñado varias e importantes comisiones de mi servicio, que he puesto a vuestro cuidado”¹⁴, a la dignidad de título de Castilla, con la denominación de Marqués de la Corona, como recuerdo perpetuo de los desvelos del Fiscal en pro de la recuperación patrimonial y el desahogo financiero de la Corona española¹⁵.

En este año de 1769 llegó a su culminación la carrera pública de Carrasco. Además de la concesión del título de Marqués, Carlos III le atribuyó la Superintendencia General de la Renta de Tabacos, sustrayendo dicha función a los Secretarios del Despacho de Hacienda que lo venían ejerciendo¹⁶. También desempeñaría don Francisco Carrasco el cargo de Director general de la Renta de Cruzada y Papel Sellado¹⁷.

El Rey le honró asimismo, por aquellas fechas, con la Cruz Pensionada de la recién creada Orden de Carlos III, en la que profesó el día 28 de diciembre de 1772¹⁸.

Aunque en los últimos años de su vida la influencia de Carrasco decreciera, Carlos IV, recién elevado al Trono, quiere premiar también la competencia y la labor del leal servidor y consejero de su padre, honrando al Marqués de la Corona con los honores de

12. *Ibidem*. Asientos relativos a 1760.

13. A. H. N. Universidades. Libro 1.084, f.º 153 (ms.).

14. Archivo General de Simancas. Dirección General del Tesoro. Inventario 3.º, leg. 28. Ver apéndice documento núm. 2 (ms.).

15. Esta denominación concuerda plenamente con la de tantos otros títulos expedidos por los primeros Borbones, en relación con el servicio efectuado que se premia.

16. Esquilache le felicitaría desde su exilio por este nuevo cargo en carta de 1 de julio de 1769 (ms.). Incluida en Cartas a don Francisco Carrasco. Biblioteca de la Real Academia de la Historia (estas cartas estuvieron en poder de Ferrer del Río).

17. *Gaceta de Madrid*, de 7 de junio de 1791.

18. A. H. N. Estado. Libro 114, C. núm. 146 (ms.).

Camarista de Castilla en 21 de enero de 1789¹⁹. Perteneciente a la generación de Carlos III, con cuya obra de reforma tan compenetrado estuvo, y a cuya persona sirvió fielmente, Carrasco no sobrevivió mucho a su Soberano, falleciendo en Madrid el día 1 de junio de 1791, a los setenta y cinco años de edad²⁰.

II. LAS INCORPORACIONES EN EL SIGLO XVIII

A) Carrasco, artífice de la incorporación de alcabalas.

Con el advenimiento de Carlos III adquiere singular vigor el movimiento incorporacionista, que tiene como fin lograr la reversión a la Corona de aquellos señoríos, rentas y oficios separados del Patrimonio Regio por diversas causas —que podemos sintetizar en donación regia y venta— y en distintas épocas²¹. Tal movimiento no careció de precedentes en los siglos anteriores, pero había adquirido auténtico vigor con la instauración de la dinastía borbónica²², concordando plenamente con los afanes centralistas y racionalistas de los hombres del Despotismo Ilustrado.

El nuevo Monarca, a los pocos meses de heredar el Trono, y por Real Orden de 31 de enero de 1760, restituye al Consejo de Hacienda la competencia de cuanto afecta a la incorporación de alcabalas y tercias enajenadas “en empeño al quitar y con cláusula de perpetuidad”²³, asuntos estos que Felipe V había encomendado en

19. A. H. N. Universidades. Libro 1.084, f.º 153 (ms.).

20. La *Gaceta de Madrid*, de 7 de junio de aquel año, insertó una —para entonces amplia— noticia necrológica de don Francisco Carrasco. Sucedió a Carrasco en el Marquesado de la Corona sus hijas doña María Francisca, que murió poco después de su padre, en 1792, y doña Sinforosa. A. H. N. Consejos, leg. 9.870, núm. 1 (ms.).

21. SALVADOR DE MOXÓ: *La incorporación de Señoríos en la España del Antiguo Régimen*. Valladolid, 1959, págs. 9-18.

22. *Ibidem*, págs. 27-49.

23. Memorial ajustado hecho en cumplimiento de Decreto del Consejo con citación de los tres señores Fiscales y del Procurador general del Reino: Del Expediente Consultivo que con su audiencia se ha instruído, en virtud de Real Orden comunicada para que el Consejo pleno exponga su dictamen sobre el contexto de una representación hecha a S. M. por los señores Marqués de la Corona y don Juan Antonio de Albalá Iñigo, Fiscales del Consejo de Hacienda: en que solicitan que mediante el derecho eminente que hay en la Corona para reintegrarse en los bienes y efectos que salieron del Patrimonio Real por ventas temporales, o perpetuas, restituido el precio primitivo de ellas, S. M. sea servido de cerrar la puerta a todo pleito en esta materia, expidiendo su Real Decreto a este fin, y en la forma que expresa la minuta que presentaron.—Lleva este Memorial la fecha de 15 de abril de 1776 y se compone de 156 folios.—La cita de la Real Orden de 31 de enero de 1760, en el número 304. (En adelante citaremos Expediente Ley General de Incorporación.)

1742 a un negociado especial regido por don Pedro Díaz de Mendoza, Marqués de Fontanar, que con esta nueva disposición desaparece.

Unos días antes —como hemos indicado anteriormente— el Rey había nombrado su Fiscal de Hacienda a don Francisco Carrasco de la Torre, quien va a poner en marcha con todo rigor la acción incorporativa de las rentas de la Corona, dedicando una especial atención a la reivindicación de alcabalas por su excepcional importancia, que ha subrayado recientemente Carande al decir que “dentro del conjunto de ingresos denominados rentas ordinarias destacan las alcabalas, el impuesto indirecto castellano de mayor tradición, la renta ordinaria de más rendimiento”²⁴.

Entre los varios negocios públicos en que interviene Carrasco, serán los de incorporación de alcabalas aquellos que dominan con más intensidad en su pensamiento y también aquellos en que más progresos logró la acción incorporacionista. Sus demandas de alcabalas se inician a raíz de tomar posesión de su cargo de Fiscal de Millones, y meses antes de su muerte —el 23 de febrero de 1791— redactaba aún escritos en dramática defensa de los derechos de la Corona para una causa ya perdida, el pleito sobre alcabalas de gran número de lugares de la Casa del Infantado que discurrió lentamente durante los largos años de su gestión como Fiscal²⁵.

Carrasco, que impulsa con gran entusiasmo la acción en pro de la incorporación de estas rentas, se dirige lo mismo contra los poseedores de alcabalas vendidas bajo los Austrias que contra aquellas que aparecen poseídas por sus titulares en virtud de presunta merced o donación regia, procedentes de la tardía Edad Media.

En su afán revisionista, el Fiscal litiga lo mismo con las grandes Casas castellanas y para recuperar las alcabalas de gran número de lugares —como en el largo pleito contra la Casa del Infantado²⁶— que con modestos hidalgos y con el fin de recuperar las al-

24. RAMÓN CARANDE: *Carlos V y sus Banqueros*. Vol. II: *La Hacienda Real de Castilla*. Madrid, 1949, pág. 221.

25. A. G. S. Secretaría de Hacienda, leg. 492. Recurso de injusticia notoria interpuesto por Carrasco contra la sentencia de Revista recaída a favor de la Casa del Infantado en el pleito sobre sus alcabalas. Ver apéndice documento núm. 11.

26. Un ejemplar del Memorial de este interesante pleito se halla en el Archivo Histórico Nacional, Sección de Osuna, leg. 2.242. Su título reza así: “Sobre incorporación de las Alcavalas de los lugares de Gatón, Moliellas, Herín y Costrillo, de Villa Vega, con el monte llamado Val de Santa María: las de los lugares de Domaiquia y Ariniz: las de la Villa de Guarda, sus términos y lugares: las del Condado del Real de Manzanares, sus villas y lugares: las de Buitrago, Hita y los suyos: las del Estado de Saldaña y todas las demás que por menor se expresan en la Cédula despachada a el Duque del Infantado en 15 de mayo de 1711, a excepción por ahora de las Villas de Castil de Bayuela y la Higuera”.

cabalaz de un solo pueblo o lugar, como en los casos de Villarejo de la Peñuela o el Coto de las Figueras.

Aunque fueron las alcabalas disfrutadas en virtud de merced de dudosa eficacia aquellas que más pusieron a prueba su erudición y tenacidad, también ocasionaron desvelos al nuevo y laborioso Fiscal algunos expedientes relativos a alcabalas enajenadas por precio, singularmente aquellas que lo habían sido con cláusula de perpetuidad. Así, en el mismo año de 1760 tuvo que dar las primeras muestras de su competencia en esta compleja materia de la incorporación de rentas, que dominaría como ningún otro jurista en su tiempo, en el expediente de las alcabalas de Estepa, vendidas en 1558 por la Infanta Regente Doña Juana de Austria a don Adán Centurión, y cuyos descendientes alegaban haber sido adquiridas a título de perpetuidad ²⁷.

Los informes de los Fiscales de Hacienda ²⁸ en este negocio y la singular naturaleza que se intentó dar por algunos poseedores al título de percepción de las alcabalas de Estepa, le convirtió en ejemplar destacado de esta clase de expedientes, y su resolución favorable a la Corona sirvió de argumento a los mismos Fiscales para citarlo como precedente inexcusable ²⁹.

Como ejemplo del fruto de la labor efectuada por el nuevo Fiscal de Hacienda, tenemos constancia de que en 1760 se incorporaron las alcabalas de Fermoselle, Sabariego, Benamejí, Estepa, Sallar, Madroñera y Partido de Trujillo; en 1761, las de Camarma del Caño, Picón, Salmeroncillo de Arriba y Abajo, del Partido de Huete, y Ontoria, de la Merindad de Cerrato; en 1762, las de San Llorente de la Vega, Barcena, Adra, Cabañas, en la Merindad de Monzón; Santiago de Foz, San Juan de Villarente, Lozoya ³⁰, Cuéllar, Baza, Cabeza Bellosa, Espinardo, Caudilla ³¹, Cardela, en Granada ³²; Paradillas, Fuentes, Castilblanco, Almadén, Villa Martín, Yanguas y Villaumbrete; en 1763, las de Salvatierra y Tierra de Sobrado, Coto de Rivero-Davia, Villanueva Mesía y Villazmalo; en 1764, las de Cabra del Santo Cristo, Lugar de la Olmilla, Arocha y Salteras; en 1765, las de Arjonilla; en 1766, las de Bolullos de Limitación, y en 1767, las de Jermiño ³³.

27. Se encuentra un resumen del expediente sobre incorporación de las alcabalas de esta Villa en Expediente Ley General de Incorporación, números 278-331.

28. Informaron los dos Fiscales, Albalá y Carrasco.

29. Así se efectúa en el expediente de la Ley General de Incorporación, núms. 278-331 y en otros expedientes particulares, como el de las alcabalas de Fuentes, Torralba y Torrequebradilla. A. H. N. Consejos, leg. 34.516, pieza 5.^a, fols. 10-11v (ms.). Ver apéndice documento núm. 4.

30. A. H. N. Consejos, leg. 34.179, pieza 1.^a

31. Mismo leg., pieza 2.^a

32. A. H. N. Consejos, leg. 34.182, pieza 2.^a

33. Expediente Ley General de Incorporación, núms. 167-174.

Sin embargo, pese a la laboriosidad desplegada por Carrasco en estos expedientes de recuperación de alcabalas vendidas, fué la acción contra las alcabalas que sus titulares decían disfrutar en virtud de merced real —y que cristalizaría no ya en expedientes, sino en los grandes pleitos de alcabalas del reinado— aquella en que nuestro Fiscal revelaría toda su agudeza y erudición histórica. Como quiera que tales mercedes, de valor diverso, procedían de la baja Edad Media, tales pleitos pondrían a Carrasco en estrecho contacto con la España medieval, en cuyas crónicas se informa y cuyos documentos estudia —como veremos más tarde— desde su posición de jurista.

Si unimos a la relación antes expuesta una nueva enumeración de estos grandes pleitos de alcabalas donadas, podemos comprobar el dinamismo de don Francisco Carrasco y su constante y laborioso batallar por el rescate de bienes y derechos de la Hacienda y por la restauración del Patrimonio Regio, sin que lograran detenerle el rango o influencia de los demandados.

Este laborioso batallar y su interés en la defensa de los derechos del Rey serán los que elogie Esquilache en sus cartas a Carrasco desde su exilio italiano y que hoy se encuentran en la Real Academia de la Historia³⁴. Conociendo la obra de este Fiscal en asuntos de incorporación, no resulta extraño la gracia que el Rey le confirió con la concesión del marquesado de la Corona, por cuyo interés tan tenazmente combatió. Y hay que añadir que su actividad se dispersó, además, en otros varios negocios públicos.

El dinamismo de los Fiscales de Hacienda en este otro ramo de incorporación de alcabalas, comienza a percibirse también a raíz de la elevación al Trono de Carlos III y de la designación de Carrasco como nuevo Fiscal. Don Juan Antonio de Albalá formula su demanda de incorporación de las alcabalas del estado de Astorga en 2 de septiembre de 1760, y Carrasco al año siguiente interpone las de Palazuelo de Bedija contra el Conde de Grajal³⁵, del estado de Lemos contra su Condesa³⁶; de Serón, Tixola, Tolox y Monda contra la Marquesa de Villena y la muy célebre contra la Casa del Infantado en que demandaba las alcabalas de numerosos pueblos de su señorío.

Carrasco no descansa los años siguientes, en los que formula nuevas demandas. Así, en 1762 dirige una contra doña Ramona En-

34. Biblioteca de la Real Academia de la Historia. Colección de cartas a don Francisco Carrasco (ms.). En la carta de 2 de junio de 1769 Esquilache habla del amor con que Carrasco defiende los "reales derechos".

35. A. H. N. Consejos, leg. 34.318. Papeles de Palazuelo de Bedija, pieza principal, fols. 1 y 2 (ms.).

36. A. H. N. Consejos, leg. 34.921. Papeles relativos al pleito sobre las alcabalas de Lemos, pieza principal, fols. 2 y 3 (ms.). Véase apéndice documento núm. 4.

riquez y su esposo don Tomás Rosales por las alcabalas de Villarejo de la Peñuela³⁷; en 1764 redacta otra contra la Casa del Infantado para rescatar las alcabalas de Arenas, el Prado y Alamin, desglosándose estos lugares del pleito general, y en 1767 interpone nueva demanda con el objeto de reivindicar para la Corona las alcabalas de determinados lugares del estado de Medina de Ríoseco, patrimonio secular de los Almirantes de Castilla³⁸.

En la mayor parte de los pleitos a que dieron lugar tales demandas, Carrasco formuló brillantes Alegaciones en derecho que, impresas, fueron después recopiladas con el título de *Escritos Fiscales*; así ocurrió con las de Palazuelo de Bedija, Infantado, Astorga, Coto de las Figueras y las dos redactadas en el pleito contra la Casa de Villena³⁹. De todas estas Alegaciones, la de Palazuelo de Bedija reviste una importancia excepcional, pues, como se dice en su portada, en ella "se ocurre a todos los medios de defensa de que por lo general se han servido hasta aquí los demandados en los pleitos de alcabalas sustanciados y pendientes en el Consejo".

Más de treinta demandas —iniciadoras de otros tantos pleitos—

37. A. H. N. Consejos, leg. 34.397. Papeles del pleito sobre las alcabalas de Villarejo de la Peñuela, fols. 1 y 2 (ms.).

38. A. H. N. Consejos, leg. 34.748. Papeles relativos al pleito sobre las alcabalas de Castromonte y otros pueblos del estado de Medina de Ríoseco (ms.). Véase apéndice documento núm. 5.

39. En el volumen titulado *La Corona: Escritos fiscales*, se hallan recogidas las citadas Alegaciones sobre alcabalas, bajo los siguientes títulos: Por el doctor don Francisco Carrasco, del Consejo de S. M. en el de Castilla y su Fiscal en el de Hacienda de los Negocios de Incorporación, con el Conde de Grajal, Marqués de Alcañizas: sobre que se incorporen a la Corona las Alcavalas de la Villa de Palazuelo de Bedija. Fechada en Madrid en 13 de junio de 1764 (se añadieron dos adiciones de 30 de septiembre de 1765 y 18 de octubre de 1766).—Manifestación del Derecho de la Corona a las Alcabalas de varios pueblos y estados que posee la Duquesa del Infantado, y se hallan demandadas en el Consejo de Hacienda por su Fiscal Don Francisco Carrasco del Consejo de S. M. en el de Castilla. Fechada en Madrid a 3 de mayo de 1768.—Manifestación del Derecho de la Corona a las Alcabalas del Coto de las Figueras, que posee Don Vicente Pardo Donlebum, vecino de este pueblo, y se hallan demandadas en el Consejo de Hacienda por su Fiscal Don Francisco Carrasco, Marqués de la Corona, del Consejo de S. M. en el de Castilla. Fechada en Madrid a 10 de mayo de 1775.—Papel Fiscal en la demanda puesta sobre las alcabalas y tercias de las villas de Serón y Tixola, Tolox y Monda, a la Casa de Villena, sentenciada en vista a favor del Real Fisco. En Revista por Don Francisco Carrasco, Marqués de la Corona. Fechada en Madrid a 14 de julio de 1781.—Contestación al suplemento de las defensas de la Señora Marquesa de Villena, sobre las alcabalas y tercias de Serón y Tixola, Tolox y Monda, por el Señor Marqués de la Corona, del Consejo Supremo de Castilla y Fiscal en el de Hacienda. Fechada en Madrid a 19 de septiembre de 1783.—Y Demostración de lo inútil y vano de la defensa de las alcabalas de la Casa de Astorga, igualmente que de las demás que se han defendido y defiendan por los mismos medios. Lo escribía en Revista, el Marqués de la Corona, del Consejo de Castilla, y Fiscal en el de Hacienda. Fechada en Madrid, a 24 de mayo de 1784.

nos dice el mismo Carrasco haber formulado durante los treinta años en que desempeñó la Fiscalía de Hacienda; muchos de ellos se hallaban todavía sin fallarse definitivamente en 1788.

Carrasco se defendió en su momento de los ataques de determinados nobles que se vieron afectados por su labor incorporacionista, manifestando expresamente que el proceso reivindicador de los derechos de la Corona, estimulado con el advenimiento de Carlos III, no se debió a la influencia de Esquilache, recién llegado a España en el séquito del Monarca⁴⁰ —y con el cual mantuvo estrecha amistad y correspondencia epistolar después de su caída⁴¹—, sino a haber estado encerrados los papeles relativos a los bienes y derechos cuya revisión se solicita en la Secretaría de la Junta de Incorporación⁴² y tal vez algunos en el negociado de Mendoza.

El resultado de estos grandes pleitos, sobre alcabalas litigados contra las grandes Casas del Reino —y cuya tramitación era normalmente lenta— fué diverso, aunque con tendencia a acordar la incorporación⁴³, por lo que puede calificarse de fructífera la labor de Carrasco, aunque, en definitiva, el fruto se acuse más en la popularización de la tendencia incorporacionista. Su éxito más destacado lo consiguió en el pleito de Palazuelo de Bedija, cuya sentencia de Vista y Revista acuerdan la incorporación a la Corona de las alcabalas que detentaban los Condes de Grajal.

Ninguna oposición hizo decaer el ánimo de Carrasco en su espinosa tarea, y en 4 de mayo de 1772, los Fiscales del Consejo de Hacienda, Marqués de la Corona y don Juan Antonio de Albalá, con el bagaje de su experiencia adquirida tras varios años de laborar por la incorporación de rentas, elevan una representación a Carlos III en la que se propugna una Ley de Incorporación General de aquellos bienes y efectos que salieron del Patrimonio Regio por ventas temporales y perpetuas.

Según el proyecto redactado por estos juristas, se reintegraría “de oficio” el precio primitivo entregado por los causantes de los actuales poseedores, pero se prohibiría todo litigio respecto a tales “alhajas” de la Corona⁴⁴ y la subsiguiente defensa judicial de los

40. FRANCISCO CARRASCO: Pasos y respuestas del Fiscal del Consejo de Hacienda Don Francisco Carrasco en el expediente sobre incorporación a la Corona de los tercios —diezmos de Valencia—. El informe lleva fecha de 1 de febrero de 1767, núm. 8. (Inserto este dictamen en *La Corona: Escritos Fiscales*.)—El mismo: Alegación en el pleito sobre las alcabalas de Astorga, núms. 3 y 4.

41. Así nos lo indican las numerosas cartas de Esquilache a Carrasco conservadas en la Real Academia de la Historia.

42. FRANCISCO CARRASCO: Alegación en el pleito sobre las alcabalas de Astorga núm. 84.

43. Cfr. S. Moxó: *Incorporación de Señoríos a la Corona*, pág. 106.

44. Para el concepto de “alhajas de la Corona”, cfr. Salvador de Moxó: *Incorporación de Señoríos*, págs. 40-42.

demandados, con lo que tales expedientes perderían su naturaleza de contradictorios ⁴⁵, debiéndose resolver, asimismo, automáticamente cuantos hubiera en curso ⁴⁶.

Esto llevaba consigo el impedir que se oyera en audiencia a los interesados suprimiéndose la materia contenciosa en este ramo trascendental de la Incorporación, quedando tan sólo al margen de esta Ley General aquellos señoríos, rentas o efectos enajenados de la Corona por merced, y cuya reversión, por otra parte, había sido siempre la más debatida. Se basaban los Fiscales de Hacienda, para llevar a cabo tan radical medida, en el derecho eminente de la Corona a reivindicar sus antiguos bienes, principio tan en boga entre los "Ilustrados" y que sólo se quebraba ante aquellos que habían sido objeto de legítima donación.

La minuta del Real Decreto propugnado por los Fiscales después de confirmar de nuevo al Consejo de Hacienda en lo relativo a incorporación de alcabalas y otros efectos, apunta el objetivo que se persigue con las siguientes palabras: "sin permitir que sobre el punto de mi Autoridad Real para incorporar a la Corona todas estas alhajas, restituyendo a los interesados los precios, o servicios, por que se concedieron o vendieron, se mueva pleito ni contestación alguna, antes ni después de haberse ejecutado las incorporaciones; y mando que en cualquier pleito que con el asunto estuviere pendiente, se sobresea y lleve adelante la incorporación" ⁴⁷.

Por orden del Soberano pasó el asunto al Consejo de Castilla, instruyéndose el correspondiente expediente consultivo con citación y audiencia de sus tres Fiscales, don Pedro Rodríguez Campomanes, don Santiago Ignacio de Espinosa y don José Celedonio Rodríguez, que dieron su Respuesta en 12 de noviembre de 1775 ⁴⁸. Estos, después de ensalzar a la Incorporación como necesaria, justa y favorable para la Real Hacienda ⁴⁹, la consideran siempre procedente en lo que respecta a rentas reales, jurisdicciones y oficios vendidos, aun con cláusula de perpetuidad ⁵⁰ —siguiendo la máxima general de nuestra jurisprudencia de que todo efecto del erario

45. Expediente Ley General de Incorporación, núms. 8-11.

46. Algunas actuaciones se interrumpieron en espera de la resolución del expediente sobre la Ley General de Incorporación. Tal fué el caso de las alcabalas de Fuentes Torralba y Torrequebradilla, poseídas por el Conde de Torralba y Tálara, Marqués de Fuentes.—A. H. N. Consejos, leg. 34.516, pieza 5.^a, fol. 27 (ms.).

47. Expediente Ley General de Incorporación, núm. 517.

48. Esta respuesta se halla contenida en el expediente de la Ley General de Incorporación, núms. 518-535; 544-547; 554-558 y 585-901.

49. *Ibidem*, núm. 831.

50. Cuestión distinta sería la de los bienes y alhajas donados, cuya posesión particular justifican los Fiscales, a excepción de las mercedes enriqueñas.

vendido por precio puede ser objeto de retracto⁵¹— pero disienten de la forma radical de efectuar la incorporación propugnada por los Fiscales de Hacienda, al manifestar que no encuentran Ley ni disposición que autorice la incorporación sin audiencia de los interesados, pues en cualquier caso de contradicción se hace necesaria tal audiencia para absolver o condenar⁵².

Así afirman concretamente que cuando el sucesor de quien compró determinadas alcabalas se opone a su incorporación a la Corona y se excusa de recibir el precio desembolsado por ellas, es necesario escuchar sus excepciones, sin perjuicio de condenarle a su tiempo, si procede, y declarar oportuna la incorporación conforme a lo dispuesto en derecho⁵³.

El Consejo de Castilla, en consulta de 16 de abril de 1777, se mostró reacio ante la Incorporación General solicitada por Carrasco y Albalá⁵⁴. Aunque tras la consulta desalentadora todavía dudó el Rey, se abstuvo éste, finalmente, de promulgar por el momento la antedicha Ley General de Incorporación. Sin embargo, la iniciativa de Carrasco contribuyó en gran medida a impulsar y popularizar el movimiento en pro de la incorporación —mediante indemnización— de los bienes del Patrimonio Regio segregados de la Corona.

B) *Incorporación de señoríos y oficios.*

Así como todo lo concerniente a incorporación de rentas era de la competencia del Consejo de Hacienda, lo relativo al otro gran ramo de la incorporación, los señoríos jurisdiccionales, se reservaba al Real y Supremo Consejo de Castilla. No sólo conocía éste de la incorporación de los señoríos nacidos en la Edad Media y derivados de merced regia, sino que tal Consejo conocía también, en su Sala de Mil y Quinientas, de los llamados “juicios de tanteo”, procedimientos instados por los pueblos para eximirse de la jurisdicción señorial y revertir a la Corona. Los tanteos versaban normalmente sobre señoríos originados con las célebres ventas de vasallos, realizadas en los siglos anteriores, principalmente en el siglo XVII.

No era, sin embargo, unánime el sentir en lo que concernía a la competencia general del Consejo de Castilla respecto a los pleitos

51. Expediente Ley General de Incorporación, núm. 627.

52. *Ibidem*, núms. 852 y 858.

53. *Ibidem*, núm. 862.

54. Ferrer del Río, panegirista del reinado de Carlos III y de la labor de los Consejos Reales, se revuelve contra el Consejo de Castilla a causa de su posición refractaria a la Incorporación General, y elogia, por el contrario, la obra de los Fiscales de Hacienda. Cfr. *Historia del Reinado de Carlos III en España*. Madrid, 1856. Vol. IV, págs. 463-65.

de tanteo y el parecer de Carrasco, favorable al conocimiento por parte del Consejo de Hacienda de las actuaciones de esta naturaleza derivadas de las Reglas de Factoría dictadas en el reinado de Felipe IV, le enfrentó en interesante conflicto de competencia con el otro gran propulsor de las incorporaciones, el Fiscal Campomanes. Más adelante, al estudiar las relaciones de los dos Fiscales, volveremos sobre este asunto.

Aunque, como vemos, el Consejo de Castilla era, junto con las Chancillerías, el organismo idóneo para conocer de los pleitos de señoríos, el Consejo de Hacienda conocía, no obstante, de la incorporación de aquellos que tenían un origen determinado. Me refiero a los que se constituyeron en los reinados de Carlos V y Felipe II, mediante la secularización de bienes y territorios de las Ordenes Militares, que habían vuelto —más o menos nominalmente— a la Corona, al amparo de Bulas Pontificias, que autorizaron a desmembrar algunos pueblos de la Mesa Maestral. Sobre estos pueblos, que se enajenaron a particulares, se hallaban establecidos los señoríos a que aludo y cuya competencia se reservaba al Consejo de Hacienda, por ser la propia Hacienda Regia la que —al considerarlo oportuno— intentaba la incorporación de los lugares vendidos doscientos años antes mediante el reembolso correspondiente.

Esto hizo posible la actuación —más breve y circunstancial— de Carrasco en los pleitos sobre incorporación de señoríos y nos permite observar su firme huella en el juicio de reversión de la Villa de Picón de la Mancha, que poseía el Marqués de Torremejía y cuya incorporación solicita el Marqués de la Corona, como Fiscal de Millones, en pleito que —ya en el reinado de Carlos IV— se sentenciaría en favor del Regio Patrimonio ⁵⁵.

Otro pleito importante sobre reversión de la jurisdicción señorial —procedente éste del Reino de Valencia— en que intervino la Corona fué aquel en que se debatía la equidad del precio entregado al Conde de las Torres por la incorporación de la Albufera y sus rentas ⁵⁶, que abocó al Consejo de Hacienda, por estimar su antiguo poseedor que en el reembolso efectuado por el erario regio no se había estimado la jurisdicción ⁵⁷.

55. A. H. N. Consejos, leg. 34.509. El Sr. Fiscal con el Marqués de Torremejía, dueño de la villa de Picón, sobre incorporación a la Corona. 1761.—Respuestas de Carrasco a los folios 41 y 125-26 (ms.). Para la última ver apéndice documento núm. 6.

56. Esquilache en carta de 3 de abril de 1764 comunica a Carrasco que el Rey ha acordado la incorporación de la Albufera (ms.). En Cartas a Don Francisco Carrasco, Real Academia de la Historia.

57. Demostración de la equidad y liberalidad con que recompensó el Rey al Duque de Argete, Conde de las Torres, la Albufera de Valencia, incorporada a su Corona, y de los beneficios permanentes que ha traído a la causa pública esta incorporación. Por el Fiscal de este Negociado Marqués de la

Aunque las incorporaciones de oficios tuvieron una importancia menor que las de señoríos y rentas, también encontramos en este orden las huellas del Fiscal de Hacienda. Son singularmente interesantes sus intervenciones en el expediente sobre incorporación a la Corona de las dos Escribanías de Cámara del Consejo de Ordenes. Hubo en este negocio disparidad de pareceres entre los dos Fiscales de Hacienda, Albalá y Carrasco; el primero, tras señalar —para el caso de reversión— la necesidad de una valoración de los servicios efectuados por los causantes de los propietarios de tales oficios, con el fin de que se acumuláran al servicio pecuniario abonado por aquéllos y que había que reembolsar en caso de incorporación, no consideraba ésta adecuada ni procedente. Carrasco, por el contrario, como gran propugnador de cualquier clase de incorporación, sostuvo en varios dictámenes la procedencia de la incorporación, por ser de utilidad para la Real Hacienda ⁵⁸.

Entre los varios asuntos con que tropezó Carrasco debemos señalar también aquel que versó sobre la incorporación a la Corona de oficios enajenados en la Casa de la Moneda de Méjico, acerca de la cual redactó la correspondiente Alegación ⁵⁹, y aquel otro que tuvo por base la procedencia y oportunidad de incorporar a la Corona el privilegio de imprimir y vender la *Gaceta de Madrid*, de que gozaba en 1761 el Marqués de Belzunce ⁶⁰.

III. CARRASCO Y CAMPOMANES

La divergencia formal que, según he indicado ya, enfrentó a los Fiscales de los dos Consejos en el expediente de la Ley General de Incorporación, me induce a examinar las relaciones entre el más destacado Fiscal del Consejo de Castilla, Campomanes, y el Mar-

Corona, de los Consejos de S. M. de Castilla y Hacienda. Lleva fecha esta Alegación de 7 de enero de 1773. Incluida en *La Corona: Escritos Fiscales*.

58. Memorial Ajustado hecho en virtud de Decreto del Consejo con asistencia y citación de las partes en el pleito que en él sigue el Señor Fiscal de Millones con Don Gaspar María Osorio, Marqués de Torremejía, dueño de la citada villa de Picón, sobre incorporación a la Real Corona de la expresada villa de Picón y su señorío. Fols. 60 y sigs. Lleva fecha este Memorial de 1772.—A. H. N. Consejos, leg. 34.509.

59. Oficios Fiscales que renueva a la Real Junta de Comercio y Moneda el Marqués de la Corona, Fiscal del Consejo de Hacienda. Escritos por el Señor Don Ignacio Joseph de Ortega y Cotes, que lo fué de la Real Junta; y por el Fiscal interino de la misma Don Joseph Chacón: sobre el Real Decreto en que se incorporáron a la Corona los Oficios enajenados de la Casa de Moneda de Méjico. El último escrito —de Carrasco— lleva fecha de 2 de mayo de 1770. Incluidos en *La Corona: Escritos Fiscales*.

60. Oficio del Obispo de Cartagena, Gobernador del Consejo Real, de 12 de septiembre de 1761 (ms.); en Cartas a Don Francisco Carrasco. Real Academia de la Historia.

qués de la Corona, su colega en el de Hacienda, lo que nos permitirá al mismo tiempo percibir la posición de este último en relación con el grupo de los ilustrados españoles, en el que estuvo adscrito — pese a sus circunstanciales desavenencias con algunos de sus representantes más conspicuos— tanto en su actuación política y forense como en sus relaciones sociales. Así lo demuestra el hecho de haber sido uno de los personajes que frecuentaron el célebre Salón de Pablo y Gracia de Olavide ^{60 bis}.

Fueron estos dos destacados juristas, Campomanes y Carrasco, quienes más ardua y tenazmente laboraron en los Consejos Reales en pro de la gran reforma administrativa, económica y social que propugnaba la Monarquía carolina. Sin embargo, qué distinta valoración iba a deparar el porvenir a sus obras respectivas. Mientras Campomanes alcanzaría en poco tiempo la cúspide de la fama y sus escritos — incluso los más estrictamente profesionales— serían ensalzados sistemáticamente por las generaciones inmediatas ⁶¹, la figura y la obra de Carrasco se sumirán en triste e injustificado olvido.

Sánchez Agesta atribuye con acierto la dirección del movimiento ilustrado en España a Campomanes, que se convirtió en la figura central de la España de Carlos III. Campomanes es — para este autor— “por su talento, sus conocimientos infinitamente más sólidos que los de casi todos los hombres de su generación, su carácter dúctil a los caprichos regios y hasta por su duradera permanencia en puestos de mayor o menor relieve, la cabeza directora de ese grupo” ⁶², a lo que nosotros podemos añadir que coadyuvaban a ello sus brillantes condiciones de escritor.

La influencia extraordinaria de Campomanes en su época y su fama posterior contrasta con el glacial abandono en que yace la figura que — con el Fiscal de Castilla— participó de manera más activa en aquel sector de la obra reformista que afectaba lo financiero y lo económico-social, hasta el punto de deberse a Carrasco, entre otras iniciativas, la de la Incorporación general ya examinada y la de la Ley de Amortización a que nos referiremos más adelante.

El olvido posterior de Carrasco extraña más, si tenemos en cuenta el prestigio adquirido en poco tiempo por el Fiscal de Hacienda y apreciado por el mismo Monarca ⁶³, que a los nueve años de desempeñar el cargo le elevó a la dignidad de título de Castilla.

60 bis. MARCELIN DEFURNEAUX: *Pablo de Olavide ou l'Afrancesado*. París, 1959, pág. 74.

61. Sánchez Agesta subraya cómo la cita de Campomanes se convirtió en tópico obligado de la literatura política del último tercio de siglo. *El pensamiento político del Despotismo Ilustrado*. Madrid, 1953, pág. 104.

62. *Ibidem*, pág. 103.

63. Miguel de Muzquiz, sucesor de Esquilache en la Secretaría de Hacienda, informa a Carrasco que el Rey se halla enterado del celo y particular

Difícil encontrar en el reinado de Carlos III otros negocios más interesantes y de mayor trascendencia que los asuntos de incorporación, los debates en torno a presuntas leyes desamortizadoras y la colonización de Sierra Morena. Pues bien, en los tres tuvo Carrasco una intervención destacada. Trabajó con celo y eficacia durante muchísimos años en favor de la incorporación de antiguas alhajas de la Corona; redactó la Representación al Rey, que puso en marcha el expediente de Amortización y después de acudir como visitador privado a las nuevas colonias fué designado miembro de la Junta ⁶⁴ —de la que también Moñino formó parte— llamada a dictaminar sobre el informe de Pérez Valiente acerca del proceso de la colonización y de la gestión de Olavide ⁶⁵.

Vemos, pues, cómo desde su puesto de Fiscal de Hacienda —más de trabajo que de relumbrón—, singularmente idóneo para su naturaleza de estudioso y su formación histórica y financiera, el Marqués de la Corona imprime su acusada huella en los grandes proyectos de reforma económico-administrativa del Reino, y su labor en este punto sólo cederá ante la de Campomanes, con quien forma la pareja decisiva en la elaboración de los proyectos sobre los que debería basarse la nueva estructura de la Monarquía. El mismo Floridablanca. “más político que pensador” ⁶⁶, dejó una menor huella en estos grandes proyectos reformistas.

Problemas como el de la suprema y omnipotente potestad regia, reforma y centralismo administrativo y jurisdiccional, uniformidad legislativa, exceso de bienes vinculados, necesidad de galvanizar —a través de la industria y del comercio— la vida de las ciudades castellanas, característicos todos ellos de la ideología ilustrada, son abordados y planteados, entre otros, en sus Respuestas Fiscales.

Carrasco era, entre los hombres de Carlos III, el que más se asemejaba a Campomanes, poseyendo muchas de sus cualidades: erudición, laboriosidad y brillante estilo literario, con el que muy pronto adornó sus escritos jurídicos, que ensalzaría Esquilache ⁶⁷. Sus alegaciones impresas —tan sólo una parte de sus dictámenes, aunque tal vez los más profundos y cuidados— y sus múltiples informes manuscritos nos muestran un vasto conocimiento de nuestra Edad Media y una hábil dialéctica forense, tras la que despliega siempre gran acopio de datos para probar sus asertos.

Nuestro Fiscal de Millones unía a su preparación intelectual un

cuidado con que Carrasco procura defender los derechos de la Real Hacienda, manifestándole su gratitud. En oficio de 2 de abril de 1767 (ms.). Cartas a Don Francisco Carrasco. Real Academia de la Historia.

64. De la que también formó parte Moñino.

65. FRANÇOIS ROUSSEAU: *Regne de Charles III d'Espagne* (1759-88). París, 1907. Vol. II, págs. 49-50.

66. SÁNCHEZ AGESTA: Ob. cit., pág. 103.

67. Carta a Carrasco de 17 de abril de 1760. Ver apéndice documento núm. 7.

acusado espíritu de iniciativa —el afán de reformas de los hombres del siglo XVIII—, lo que hace más extraño su olvido, que se inicia con los mismos escritores de las generaciones inmediatas⁶⁸ y se perpetúa hasta nuestros días, pese a los numerosos e interesantes estudios sobre nuestro antiguo régimen y a haber sido el primer Marqués de la Corona uno de los principales factores en la concepción de las directrices y en los intentos de realización práctica de las doctrinas del Despotismo Ilustrado⁶⁹.

Debemos, pues, subrayar el hecho de que la labor de Campomanes y Carrasco no se circunscribe a estudios eruditos, sino que viene determinado por un intento de revisión del legado medieval

68. Sempere y Guarinos que, como Fiscal de la Chancillería de Granada y jurista adscrito al movimiento forense de los Consejos Reales, pudo percibir el volumen de la obra de Carrasco, soslaya su figura en el conocido repertorio de escritores del reinado de Carlos III, aunque no puede dejar de consignar en su *Historia de los Vínculos y Mayorazgos* (Madrid, 1805) el hecho de haberse debido a iniciativa de Carrasco el expediente sobre la Ley de Amortización, que provocó la obra de Campomanes, para la que reserva cálidos elogios; aprovecha, sin embargo, los datos aportados por Carrasco sobre los bienes del estado eclesiástico (págs. 327-29). Tampoco Jovellanos presta atención a Carrasco en su *Informe sobre la Ley Agraria*. El olvido de la figura del Marqués de la Corona se acentúa a lo largo del siglo XIX. Así lo observamos en Antequera, que se limita a decir que en 1764 “uno de los Fiscales de Hacienda” promovió con empeño la formación de una Ley que prohibiera a la Iglesia adquirir bienes, o lo permitiese con tales restricciones que fuesen equivalentes a prohibirlo: *La Desamortización Eclesiástica, considerada en sus diferentes aspectos y relaciones*. Madrid, 1885, pág. 127. Como vemos, ni siquiera cita el nombre del Fiscal en cuestión; mucho se había infravalorado, en efecto, la obra de Carrasco.

69. Ferrer del Río elogia, de pasada, sus esfuerzos en pro de la Ley de Incorporación General y de la de Amortización, y consigna unos párrafos a su actuación en torno a los asuntos de la colonización de Sierra Morena. Ver: *Historia del Reinado de Carlos III en España*. Madrid, 1856. Vol. I, páginas 421-22; vol. III, págs. 38-39, y vol. IV, págs. 463-65. De su intervención en este último punto se ocupa Rousseau, según hemos visto, y brevemente también, Danvila. Cfr. Reinado de Carlos III, en *Historia general de España*, publicada por individuos de la Real Academia de la Historia. Vol. IV, págs. 28-34. La falta de atención de Desdévise du Dezert y la poca que le había prestado Danvila contribuirá aún más al olvido de la figura y la obra del Fiscal Carrasco, cuyo nombre no aparece en obras generales, como la de Ballesteros, que, sin embargo, se ocupa de otros destacados juristas de la época. Recientemente cita a Carrasco, Sarrailh, en una de sus notas, con referencia tan sólo a las cartas que, dirigidas a él por otros personajes contemporáneos, guardó Carrasco y se hallan hoy en la Academia de la Historia, después de haberlas poseído Ferrer del Río. Cfr. *L'Espagne éclairée du XVIII^e siècle*. París, 1954; pág. 321, nota 4. La nueva obra de RICHARD HERR: *The Eighteenth Century Revolution in Spain* (Princeton, 1958), desconoce la figura del Fiscal Carrasco. No así la recientísima que el hispanista francés Defourneaux ha consagrado a la inquieta y sugestiva figura de Pablo de Olavide y a la que aludiremos especialmente al tratar de la intervención de Carrasco en el asunto de la colonización de Sierra Morena. Este autor muestra escasa simpatía hacia Carrasco, a causa de su oposición a Olavide en el antedicho negocio.

que todavía matiza el ambiente que rodea a ambos letrados. Es tan lenta la evolución de las instituciones en el terreno de la historia económica y social que, a falta de una brusca solución de continuidad que no hallamos, entre las centurias de la Edad Media y los tiempos modernos, las bases sociales y económicas de la tardía Edad Media se prolongan, discurriendo con lentitud, hasta fines del siglo XVIII, y en nuestro país hasta la gran conmoción de principios del siglo XIX.

Es posible que el temprano olvido de Carrasco se debiera en parte a su carácter irascible y poco elástico que parece adivinarse en los documentos que hemos manejado y que le llevó a roces y fricciones con destacadas personalidades contemporáneas. Tenemos de ello algunas pruebas. En abril de 1760, tan sólo unos meses después de tomar posesión de su cargo de Fiscal de Millones en el Consejo de Hacienda, se revuelve airado contra Esquilache por haber nombrado éste un abogado para cierto expediente de Asiento de Tabaco de La Habana⁷⁰. Esto no será obstáculo para que el recto y leal espíritu de Carrasco mantenga con el Ministro italiano —de quien fué asiduo colaborador⁷¹— estrecha amistad, después de la aparatosa caída de éste⁷². La fidelidad al amigo demostrada entonces representa, junto con su infatigable laboriosidad, virtud apreciable en el carácter áspero del Marqués de la Corona.

Asimismo, y tras irónico informe sobre los desaciertos del Visitador Pérez Valiente^{72 bis}, será Carrasco el único miembro de la Junta instituída para dictaminar acerca de la colonización de Sierra Morena^{72 ter} que formuló voto particular, no contra el fondo de la consulta elevada al Rey, ni contra las instrucciones que deberían cursarse para un más próspero desarrollo de la interesante empresa, sino contra la persona de Olavide, cuyas condiciones censura, lo que la Junta atribuyó a animosidad personal contra el Superintendente y a embozado ataque contra el Conde de Aranda, en el cénit de su influencia por aquel año de 1770⁷³, quien no se abstuvo de reaccionar contra Carrasco, ironizando sobre la estrecha conciencia y la laborio-

70. Carta de Esquilache a Carrasco de 17 de abril de 1760 (ms.). Biblioteca Real Academia de la Historia. Cartas de D. Francisco Carrasco. Ver apéndice, documento núm. 7.

71. Esquilache remitió al Consejo de Castilla la representación de Carrasco relativa a la Ley de Amortización en 20 de junio de 1764.

72. Según se desprende de las numerosas cartas escritas por Esquilache a Carrasco, y que se conservan, según hemos indicado ya, en la Academia de la Historia.

72 bis. DEFOURNEAUX: Ob. cit., pág. 214. El informe de Corona es de 3 de junio de 1769.

72 ter. Designada por Aranda, formaban parte de ella el Marqués de Montenuovo, D. Juan de Taso, Moñino y el Marqués de la Corona.

73. FERRER DEL RÍO: Ob. cit., vol. III, págs. 38-39.

sidad —indudable— del Fiscal, al poner en conocimiento del Rey el resultado de los trabajos de la Junta ^{73 bis}.

No es de extrañar, por tanto, que con posterioridad a dicha fecha comenzara a oscurecerse la influencia de Carrasco, que el año anterior había llegado a la culminación de su carrera con la concesión del título de Marqués y el nombramiento de Superintendente General de la Renta de Tabaco, con cuyo cargo se relacionaría, probablemente, cierta estancia del Fiscal en Sevilla por aquellas fechas ⁷⁴.

La reciente sugerencia de Defourneaux, que se inclina por ver en la actitud del Marqués de la Corona contra Olavide el eco perceptible de una campaña inspirada por los Capuchinos —en su oposición al Superintendente de los Nuevos Establecimientos de Sierra Morena— y el embajador de Austria, si no por los mismos Jesuitas expulsos, puede contribuir a explicarnos en parte también el rápido olvido de Carrasco. Pero ¿por qué no pensar que la oposición de Corona a Olavide se debía principalmente al simple temor que al celoso Fiscal de Hacienda, buen conocedor de la precaria situación de ésta, le inspiraba la desenvoltura en los gastos —acreditada en su propio patrimonio— del ingenioso limeño?

Aunque formando parte del grupo ilustrado y reformador, Carrasco muestra su afecto hacia la Iglesia, incluso al propugnar, como veremos, la obra desamortizadora, mostrando un respeto hacia Roma no compartido por Campomanes. Creo que podemos distinguir dos directrices, ligadas a un tronco común, dentro del gran círculo de los ilustrados españoles: la plenamente afrancesada, propugnadora de un regalismo radical, y la más moderada, en que participaban aquellos otros ilustrados, ilusionados, asimismo, con las reformas, en que trabajaron con tanto celo como los afrancesados, pero más afectos a la tradición española. A este grupo —eclipsado por el mayor brillo del primero hasta la aparición de Jovellanos— pertenecería el Fiscal Marqués de la Corona.

Después de 1770 y de sus roces con Aranda y Olavide, verá el Marqués de la Corona frustrarse sus anhelos de incorporación general; se resolverá en contra suya el conflicto de competencia jurisdiccional respecto a los pleitos de tanteo, surgido concretamente en el de Cabra del Santo Cristo, y más adelante se acentuará su ocaso con la pérdida del largo pleito contra los Duques del Infantado, en el que con tanto ahinco trabajó. Aunque no le faltarán fuerzas para interponer, en el mismo año de su muerte, recurso de injusticia notoria contra la sentencia de Revista dictada por la Sala de Justicia del

^{73 bis}. DEFOURNEAUXS Ob. cit., pág. 219.

⁷⁴. Precisamente a su regreso se había previsto la inspección a las colonias. Cfr. MANUEL DANVILA: Ob. cit., pág. 28.

Consejo de Hacienda en el antedicho pleito, en sus últimos años dejará escapar algunas manifestaciones de desaliento, hasta el punto de decir que ya no puede “cobrar brío” y que “el Rey y el señor Moñino pueden contar con la necesidad de buscar otro que haga frente a estas obligaciones de la Corona”⁷⁵. No deja de aprovechar esta ocasión para mostrarse receloso respecto a Floridablanca y desconfiar de algunas iniciativas de éste. Pero la muestra más expresa de abatimiento nos la revela el Marqués de la Corona en su carta de 18 de abril de 1788 a don Pedro de Lerena, en la que, al lamentar el desgraciado final del pleito de Infantado, subraya el trastorno que ha hecho en su ánimo este suceso⁷⁶.

No faltarán a Carrasco divergencias con el mismo Campomanes —santón venerado del grupo de los Ilustrados—, como hemos apuntado con anterioridad y seguidamente veremos. No obstante, el prestigio del Fiscal de Castilla le hacía ser más comedido, comedimiento que abandonó bien pronto en el negocio de Cabra del Santo Cristo, cuando Campomanes dejó el asunto en manos del segundo Fiscal, don Santiago de Espinosa, a quien en tono más agrio le subraya sus errores legales, en el escrito que los fiscales de Hacienda le dirigen en abril de 1774, imputándole “notoria equivocación” en la cita de Autos acordados⁷⁷.

También es posible que al olvido e infravaloración de la obra de Carrasco coadyuvara el ya lejano hecho de haber formado parte del grupo colaborador de Esquilache, con el que hemos visto siguió manteniendo leal amistad. Del nuevo Marqués de la Corona inquirirá el Ministro desterrado noticias de la Corte, a través de él insistirá en la reivindicación de su honor y celebrará con Carrasco los progresos en su carrera pública⁷⁸.

Tratemos de ver ahora cómo se desarrollaron las relaciones entre los dos grandes Fiscales de Carlos III, cuyos pensamientos albergaban análogos anhelos reformistas como ardientes propulsores que eran del movimiento ilustrado.

Su acción se nos aparece como paralela —por obedecer a un método común— y complementaria —por ejercerse ante diferentes organismos— en el gran negocio de la incorporación. Campomanes ataca en el Consejo de Castilla señoríos y jurisdicciones poseídos por los nobles; Carrasco forcejea en el de Hacienda por arrancar de manos de esa misma nobleza, las alcabalas y otras rentas. Sin embargo, aunque análoga en el fondo, su posición ante el arduo problema de la incorporación de alhajas, ya observamos en

75. Biblioteca Real Academia de la Historia. Cartas a Don Francisco Carrasco; las notas de Carrasco, sin foliar.

76. Ver apéndice, documento núm. 8.

77. Ver apéndice, documento núm. 10.

78. Esto hará en las cartas de 16 de agosto de 1768 y 15 de julio de 1769.

su momento determinadas divergencias formalistas, que contribuirían, sin duda, a malograr la promulgación de la Ley General patrocinada por el Marqués de la Corona.

No es este el único roce y divergencia que, al socaire de la amistad oficial, que Carrasco en ocasiones troca en admiración⁷⁹, percibimos entre los dos ilustres juristas. Más profundos fueron los disentimientos en el pleito de tanteo del señorío de Cabra del Santo Cristo y ante el recurso de injusticia notoria formulado por Carrasco en el largo pleito sobre las alcabalas de numerosos pueblos de la Casa del Infantado.

El primero de tales conflictos serviría para decidir en forma definitiva la competencia del Real y Supremo Consejo de Castilla en asuntos relativos a tanteos de señoríos jurisdiccionales enajenados por precio⁸⁰. Carrasco sostuvo en tal conflicto jurisdiccional que una de las condiciones contenidas en las Reglas de Factorías, por las que Felipe IV vendió jurisdicciones y vasallos⁸¹, fué que se hiciera saber a los pueblos enajenados que se podían redimir comprando la jurisdicción por sí mismos en plazo determinado y pujando un tanto por ciento del precio de compra, y asimismo que de los pleitos y causas derivados de estas ventas conocería el Consejo de Hacienda. De acuerdo, pues, con las Reglas de Factoría —concluye Carrasco— el tanteo iniciado por la villa de Cabra, que se enajenó al amparo de tales disposiciones, corresponde a la competencia del último Consejo citado.

Frente a Carrasco, Campomanes mantuvo que esa pretendida competencia se restringía a la posible nulidad de la enajenación, que hacía responsable al Real Erario de la restitución de lo percibido, en tanto que en los pleitos de tanteo —como era el de Cabra del Santo Cristo— los pueblos se reintegraban a la Corona sin ningún dispendio de la Hacienda Regia, único motivo en todo caso de la intervención del Consejo de Hacienda⁸².

La polémica entre los Fiscales de los dos Consejos provocaría la actuación del Monarca, que se pronunció en favor del Consejo de Castilla en Real Resolución de 25 de febrero de 1778.

Asimismo, Campomanes manifestaría su discrepancia frente al recurso de injusticia notoria interpuesto por Carrasco, tras la resolución desfavorable a la Corona del pleito con la Casa del Infan-

79. En términos ampliamente laudatorios se expresa Carrasco en los comienzos de su Respuesta Fiscal en el expediente sobre la Ley de Amortización. Cfr. *La Corona: Escritos Fiscales*, pág. 11.

80. Ver apéndice, documentos 9 y 10. La incorporación de los disfrutados por los nobles a causa de merced regia se reconoció siempre como de la exclusiva atribución de las Chancillerías y el Consejo Real.

81. MARQUÉS DEL SALTILLO: *Historia Nobiliaria Española*. Vol. I. Madrid, 1951, págs. 296 y sigs.

82. Cfr. S. Moxó: *Incorporación de Señoríos*, págs. 23-25.

tado, que consumió las últimas energías del Fiscal de Hacienda, para quien la sentencia supuso amarga decepción⁸³. La muerte ahorraría a éste, no obstante, conocer el parecer de su viejo colega, entonces Consejero de Castilla, quién no lo formuló hasta 1793, inclinándose a mantener la firmeza de la sentencia de Revista que, análoga a la de Vista, se había pronunciado por el Consejo de Hacienda en favor de la Casa en 1788⁸⁴.

Quizá estos disentimientos encubrieran cierta rivalidad, que se habría ido creando a través de los años y basada en fricciones difíciles de evitar en dos hombres sumidos en una labor de gobierno muy semejante y adscritos a dos organismos entre los que no dejaban de existir también sus roces, algunas atribuciones mal definidas, como en el caso de la competencia de Cabra del Santo Cristo.

Es muy posible que, en unión de las circunstancias antes expuestas, concurriera en el eclipse de la figura de Carrasco una presunta y encubierta rivalidad con Campomanes, y que la frialdad de éste, no obstante calificarle de "celoso Fiscal" después de su muerte, contribuyera al olvido que iba a cernirse densamente sobre la personalidad del más brillante y destacado Fiscal del Consejo de Hacienda bajo el antiguo régimen. La figura y la obra de Campomanes absorbieron todos los elogios de numerosos panegiristas, contemporáneos y modernos, sin que se reservara un lugar, siquiera fuera secundario, para aquel hombre tenaz y laborioso que cooperó eficazmente con el grupo reformista en la obra de renovación, y en ocasiones significadas cooperó estrechamente con el mismo Pedro Rodríguez Campomanes. Vamos a ocuparnos ahora de la más significativa de tales colaboraciones.

IV. CARRASCO Y EL PROYECTO DE LEY DE AMORTIZACION

Sobre las anteriores discrepancias —tal vez inevitables en la vasta obra que abordaron Campomanes y Carrasco— se alza una orientación común, frente a los graves problemas del país, como no podía dejar de ocurrir entre tan significados prohombres ilustrados, inmersos en la audaz obra de reforma carolina. Esta orientación común se nos muestra reflejada en colaboración entusiasta en el expediente que tuvo por base el célebre proyecto de Ley de Amortización. Sin embargo, por el azar de las circunstancias, tal colaboración contribuiría, a su vez, en el oscurecimiento injustificado de la figura y la obra del primer Marqués de la Corona.

83. Ver apéndice, documento núm. 8.

84. Archivo General de Simancas. Secretaría de Hacienda. Leg. 3.492. Papeles relativos al pleito de alcabalas de Infantado.

La popularidad que pronto adquirió el Tratado de la Regalía de Amortización, de Campomanes, y su correspondiente Alegación Fiscal, han presentado ante la posteridad a su autor como sólo artífice y defensor del proyecto de la Ley de la Amortización⁸⁵ y precursor, en suma, de toda la legislación desamortizadora. Que fué Campomanes quien más apasionadamente y en forma más brillante combatió por su promulgación, no puede caber duda. El mismo Carrasco, franca y noblemente, pondera al comienzo de su informe ante el Consejo de Castilla, la erudición y agudeza de la obra de Campomanes, que su mismo autor le había mostrado y con el que había sostenido "luminosos coloquios" sobre el tema debatido, confesando el Fiscal de Hacienda en dicho informe que seguiría las huellas de su colega del Consejo Real⁸⁶.

Eclipsados los dictámenes de Carrasco, a los que no falta interés⁸⁷, por la brillantez de los escritos de Campomanes, hay que atribuir a Corona, sin embargo, el hecho de la iniciativa⁸⁸. Fué él quien, como Fiscal del Consejo de Hacienda, se dirigió al Rey, en su Representación de 1 de junio de 1764, solicitando la apertura del oportuno expediente —que debería tramitarse, por su naturaleza y trascendencia, en el Consejo de Castilla— con el fin de que, como útil y conveniente al Reino, se ponga límite a la adquisición de Manos Muertas, promulgando a tal efecto la Ley correspondiente.

La Representación de Carrasco, que el Monarca remitió, a través de Esquilache, al Obispo Gobernador del Consejo Real, encabeza el expediente en cuestión, en el cual ordenó el Soberano, en forma expresa, se oyera ante este último Consejo al Fiscal Carrasco, que expondría su dictamen a continuación de los dos Fiscales de Castilla, don Lope de Sierra y Campomanes.

En la mencionada Representación apunta Carrasco los cuatro puntos sobre los que debe centrarse la atención del Consejo Real:

1.º Si, supuesta la observancia del artículo 8 del Concordato con la Corte de Roma de 1737, respecto a las vigentes contribuciones, estima el Consejo necesario o conveniente al menos al Estado,

85. Incluso Sánchez Agesta restringe a Campomanes las alusiones hechas por Floridablanca a los "muy fundados dictámenes" sobre la Ley de Amortización. Ob. cit., pág. 182, nota 134.

86. Respuesta de Don Francisco Carrasco ante el Consejo de Castilla en el expediente sobre el proyecto de Ley de Amortización, de 26 de junio de 1765. *La Corona: Escritos Fiscales*, pág. 11.

87. En la *Colección de las Alegaciones Fiscales*, de Campomanes, recopiladas por Alonso, se insertan los informes de Carrasco en la Alegación de Campomanes sobre Amortización. Cfr. Vol. III, págs. 87-103 y 143-75.

88. Y no deja de recalcarlo el mismo Carrasco al final de su Suplemento a la Respuesta dada por el Fiscal de Hacienda sobre que se ponga límite a las adquisiciones de manos muertas. Lleva fecha este Suplemento de 16 de noviembre de 1765. Incluido en *La Corona: Escritos Fiscales*.

el poner límite en adelante a las adquisiciones de bienes raíces por las Manos Muertas.

2.º Si aún planteada la Unica Contribución que ha de comprender indistintamente —aunque “con cierta refacción”— a todos los bienes de las Manos Muertas, estima el Consejo necesario o conveniente poner límite, en adelante, a sus adquisiciones de bienes raíces.

3.º Si, en caso de estimarlo así, podrá el Rey, usando justa y legítimamente de su potestad temporal, poner este límite, bien sea prohibiendo las adquisiciones o precisando a venderlas a cierto tiempo.

4.º Si, en cualquier concepto, tendrá siempre por conveniente, y por más seguro, para la consistencia y perpetuidad del establecimiento y para la quietud universal de las conciencias, el impetrar Breve de Su Santidad, que en caso necesario lo apruebe ⁸⁹.

Carrasco señala en tal escrito determinados precedentes, llamados a tener consideración en las argumentaciones posteriores, como la instancia de la villa de Camarma de Esteruelas en 1670, acerca de no permitir nuevas adquisiciones de Manos Muertas en su territorio, y sobre la que el Consejo de Hacienda propuso al Rey encargase al Consejo de Castilla el examen de esta cuestión para todo el Reino, motivando una dilatada consulta de este último a Carlos II, favorable a tal prohibición, pero pospuesta a una previa reforma del número de religiosos y conventos ⁹⁰.

Según expone Carrasco, su iniciativa en el Proyecto de Ley de Amortización se debía en gran parte al hecho de haberse enfrentado como Fiscal de Hacienda con la aplicación del Concordato de 1737, el cual contenía una cláusula que preveía —a partir de entonces— el pago de contribución por las Manos Muertas en sus nuevas adquisiciones. Para una más firme ejecución de la antedicha cláusula, se había dictado —a consulta del Consejo— una nueva instrucción para el cobro de tales contribuciones, en cuya aplicación Carrasco había trabajado intensamente ⁹¹. —según él, con fruto ⁹²— durante los años anteriores.

Aunque —como he indicado ya— Carrasco sigue en lo esencial las directrices de Campomanes en sus informes, algunas de sus reflexiones son dignas de especial consideración. Así, al manifestarse

89. *La Corona: Escritos Fiscales*, pág. 7.

90. *Ibidem*, págs. 5-6.

91. Esquilache elogiará su labor en carta de 9 de mayo de 1760 (ms.). *Cartas a Don Francisco Carrasco*. Biblioteca de la Real Academia de la Historia.

92. *La Corona: Escritos Fiscales*, págs. 2-3. Carrasco gusta hacer alarde de su capacidad de trabajo y nos dice haberse sumido en tan ardua misión “sin que intervenga la mano de Agente, Procurador, Abogado, Escribano ni Agente Fiscal”.

sobre la debilidad económica del país —como consumado alcabalista que es— subraya su temor respecto al descenso de los ingresos que la Hacienda experimenta con la sustracción al tráfico de bienes amortizados. “Se extinguen perpetuamente para el Erario —nos dice en la Respuesta de 26 de junio de 1765— las alcabalas y cientos que causarían las ventas sucesivas con la circulación de aquellos bienes”⁹³.

Apunta Carrasco el peligro que para la Hacienda Real suponía la disminución de una renta tan necesaria para el saneamiento del Regio Patrimonio, la alcabala. ¡La alcabala, por cuyo rescate lucha tenazmente en el Consejo, frente a las grandes Casas del Reino!, y más adelante añade que “los Mayorazgos, Memorias y Vínculos cortan también las alcabalas y cientos de los bienes, prohibida como está su enajenación”⁹⁴. Vemos, pues, a Carrasco incorporado a la lucha contra vinculaciones y mayorazgos que con vigor se inicia entonces.

Refuerza su imagen de la debilidad del Reino y del decrecimiento del tráfico mercantil, con su lamentación por el estado de las ciudades castellanas —Alcalá, Guadalajara, Segovia, Medina del Campo—, antaño tan florecientes⁹⁵. Este tema de la despoblación de Castilla también lo esgrimirá, implorante, Campomanes⁹⁶.

El fervor monárquico de Carrasco no cede en intensidad al de otros hombres públicos del Despotismo Ilustrado y acusa con entusiasmo la omnipotencia de la Monarquía en su siglo. Así nos dice en entusiástica exaltación del poder Real que “en ninguna providencia de cuantas miren a la precisa conservación del Estado necesita el Príncipe valerse de otra autoridad, para entender y graduar los males y peligros y poner por sí el remedio”⁹⁷, y más adelante señala con fruición que “la autoridad que de Dios han recibido los Reyes para el gobierno y bien de sus pueblos, la tienen [ahora] más desembarazada”⁹⁸.

Sin embargo, y ésta es la única disparidad circunstancial que mantuvo con Campomanes en este negocio de la Ley de Amortización el Fiscal de Hacienda, que tan radical se había mostrado en materia de incorporaciones, hasta rebasar en algunos puntos la posición de su colega de Castilla, muestra un regalismo más tenue y suave, más moderado que el de este último, propugnando para la promulgación de la Ley que el Rey solicite Breve Pontificio para, con la aprobación del Santo Padre, desvirtuar prevenciones y

93. *Ibidem*, pág. 17.

94. *Ibidem*, pág. 20.

95. Suplemento, núm. 31.

96. *Colección de Alegaciones Fiscales*, vol. III, pág. 124.

97. Respuesta de 26 de junio de 1765. *La Corona: Escritos Fiscales*, página 28.

98. *Ibidem*, pág. 30.

conseguir una pronta y satisfactoria solución. Así apuntó esta conveniencia —como hemos visto— en el último de los cuatro puntos de su Representación inicial.

La posición de Carrasco reflejaba en aquel momento y en esta espinosa cuestión una trayectoria doctrinal que dudaba en pronunciarse sobre la competencia de la sola Autoridad Real en materia de amortización y a la que aludirá más tarde al hablar de “que los Reinos en sus súplicas, los Reyes en sus respuestas y el Consejo en sus consulta” han dado en este punto —de la potestad Real— indicios de duda⁹⁹. Por otra parte, en su misma Respuesta ante el Consejo de Castilla de 26 de junio de 1765, tratará de mostrar su respeto a la Iglesia¹⁰⁰, al decir que “detestaría el error y la impiedad de los que intentaran enriquecer al Fisco con la ruina y depresión de las iglesias y monasterios”¹⁰¹.

Aunque finalmente aceptará la competencia de la Autoridad Real en la materia que previene la Ley de Amortización —que, recalca Carrasco, gravita sobre bienes que no han entrado todavía en el Patrimonio de la Iglesia—, aún insiste al final de su Respuesta antes citada, en que el Rey escriba al Sumo Pontífice, con anterioridad al momento de poner en ejecución la Ley, “en muestra del especialísimo obsequio y veneración que profesa a la Santa Sede”¹⁰². Menéndez Pelayo reconoce la mayor templanza de Carrasco en esta cuestión, al considerar conveniente la aquiescencia del Santo Padre¹⁰³.

Hay que subrayar la defensa de la uniformidad legislativa del país que realiza Carrasco en el Suplemento a su Respuesta Fiscal, fechado en 16 de noviembre de 1765, al replicar al informe del Fiscal don Lope de Sierra, que entendía que aun admitiendo para Castilla la Ley de Amortización, ésta no podría extenderse a Aragón, porque aquí, en contraposición a Castilla, nunca la habían pedido las Cortes. Como experto en cuestiones aragonesas —tras varios años de oidor en la Real Audiencia de Zaragoza—, Carrasco reacciona contra la sugerencia de su colega manifestando cuán dañina sería para la uniformidad del gobierno de los Reinos después de su unión, que se promulgasen leyes diferentes para unos y

99. *La Corona: Escritos Fiscales*, pág. 24. Los ilustrados abandonaron pronto tal duda. Así, Floridablanca defiende —basándose en Campomanes— la sola Autoridad Real en materia de amortización. Cfr. SÁNCHEZ AGESTA: *Ob. cit.*, pág. 182.

100. Respecto a la ortodoxia de los Consejeros de Carlos III, cfr. VICENTE RODRÍGUEZ CASADO: *Iglesia y Estado en el reinado de Carlos III*. Estudios Americanos, vol. I, núm. 1, 1948, págs. 5-57.

101. *La Corona: Escritos Fiscales*, pág. 12.

102. *Ibidem*, pág. 31.

103. *Historia de los Heterodoxos Españoles*. Madrid, ed. 1947, vol. V, página 163.

otros, rompiendo así la fusión y el enlace de los pueblos¹⁰⁴. Se muestra aquí el pensamiento de Corona concorde con la corriente uniformista, en un momento importante para el desarrollo de un patriotismo esencialmente español, capaz de superar el particularista de los antiguos Reinos¹⁰⁵.

El deseo de uniformidad legislativa, como objetivo del pensamiento ilustrado, reflejado en las Instrucciones de Jovellanos a la Junta de Legislación, acaba de ser subrayado por Artola al estudiar los preparativos para la convocatoria de las Cortes de Cádiz^{105 bis}.

Carrasco insertará como apéndice a su Suplemento de 16 de noviembre de 1765 determinados datos comparativos de las tierras y efectos poseídos por las Manos Muertas¹⁰⁶, datos éstos extraídos de las operaciones efectuadas en orden al Proyecto de Unica Contribución, negocio en el que —como en todos cuantos afectaban al sistema financiero del país— intervino también el Marqués de la Corona¹⁰⁷.

Pese a los esfuerzos de Campomanes y Carrasco, no prosperó el negocio en el Consejo de Castilla, y una vez visto y votado el asunto se acordó la consulta a S. M. en sentido negativo y contrario al establecimiento de la propuesta Ley de Amortización, aunque con el voto particular favorable a la misma del Conde de Aranda, don Pedro Colón de Larreátegui, don Miguel de Nava, el Conde de Troncoso, don Pedro Ruiz Ejea y don Luis del Valle Salazar¹⁰⁸. Sin embargo, aún Carrasco insistirá con su tenacidad habitual, recibiendo respuesta de Muzquiz, en 21 de julio de 1767, en la que manifiesta que el Rey se da cuenta de la importancia del expediente de Amortización y espera para su resolución que llegue el tiempo oportuno¹⁰⁹. Esto concuerda con lo que dice Rodríguez Casado al estudiar las relaciones entre la Iglesia y el Estado en tiempo de Carlos III, respecto a que en ninguno de los problemas importantes abordados actuó el Monarca con más cautela que en el referente a los bienes de eclesiásticos¹¹⁰.

104. Suplemento, núms. 3-14.

105. Cfr. C. SÁNCHEZ ALBORNOZ: *España, un enigma histórico*. Buenos Aires, 1956. Vol. II, págs. 484-85.

105 bis. *Los orígenes de la España Contemporánea*. Madrid, 1959, vol. I, páginas 266-68.

106. Los recoge Rodríguez Casado. Ob. cit., pág. 38, nota 52.

107. Oficio de Muzquiz al Marqués de la Corona de 19 de junio de 1771 (ms.). En cartas a Don Francisco Carrasco. Biblioteca de la Real Academia de la Historia.

108. PEDRO RODRÍGUEZ CAMPOMANES: *Colección de Alegaciones Fiscales*. Vol. III, págs. 180-181.

109. Cartas a Don Francisco Carrasco (ms.). Biblioteca de la Academia de la Historia.

110. Ob. cit., pág. 34. En otro lugar se habla de la tendencia suavemente desamortizadora de Carlos III, pág. 37.

V. LA EDAD MEDIA EN CARRASCO

Tres son los temas medievales que Carrasco estudia en sus alegaciones con el mayor detenimiento: 1.º, el privilegio real, en su contenido interno; 2.º, la alcabala; 3.º, el señorío y la jurisdicción señorial.

En tanto que los Fiscales del Consejo de Castilla se enfrentan con problemas de la más varia naturaleza —lo que en el caso de Campomanes contribuye a una mayor exaltación de su obra— que se amontonan heterogéneamente en la mesa del primer Fiscal del Reino, el mayor tecnicismo del Consejo de Hacienda, limitado al estudio de las cuestiones fiscales y financieras hace posible una mayor especialización, singularmente si, como en el caso de Carrasco, se desempeña no sólo el cargo de Fiscal durante más de treinta años, sino la dirección de un Negociado concreto y especializado, como lo fué el de incorporación de rentas.

No es extraño, pues, que, confluyendo en su ánimo un espíritu estudioso y una extraordinaria e infatigable capacidad de trabajo, el examen reiterado de muy diversos expedientes de reversión de rentas le sirviera para profundizar en los orígenes y naturaleza de éstas, y muy concretamente de la alcabala, por cuya incorporación litigó con más ahinco y de la que subraya él mismo su importancia al denominarla, en forma un tanto barroca, “piedra preciosa de la Corona”.¹¹¹

Antes de penetrar en el estudio de las cuestiones antes apuntadas, hagamos, sin embargo, una breve indicación acerca de los juristas que más influyeron en la elaboración de la doctrina de Carrasco.

A) *La influencia de Larrea.*

Las principales fuentes en que se inspiran las alegaciones de Carrasco se encuentran en los escritos de sus propios antecesores en la Fiscalía de los Consejos Reales. No desdeña la autoridad de otros juristas, economistas y alcabalistas varios, como Dormer, La sarte, Girona o Gutiérrez; pero es la doctrina de los Fiscales de Hacienda más destacados de los siglos anteriores aquella que el Marqués de la Corona estudia con detenimiento singular y no descuida ensalzar la obra de los que tiene por insignes predecesores. Así hace concretamente con don Gilemón de la Mota¹¹², don Juan

111. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Infantado, núm. 149.

112. Ejerció este Fiscal su cargo en el reinado de Felipe III e intervino en el importante pleito sobre exención de alcabalas de la ciudad de Antequera.—A. H. N. Consejos, leg. 24.617, pieza principal.

Molina, don Juan de Mena y don Juan Bautista Larrea, en la famosa Alegación sobre las alcabalas de Palazuelo de Bedija ¹¹³.

Pero fué, sin duda alguna, el último de los juristas mencionados quien influyó más decisivamente en la obra de Carrasco, salpicada de citas de este Fiscal del siglo xvii. Larrea fué la figura central del movimiento incorporacionista en el reinado de Felipe IV, que dedicó muy especial atención a la reivindicación de alcabalas, malograda con frecuencia en su objetivo final, por el hábito de la transacción o composición pecuniaria con el titular demandado ¹¹⁴.

Su destacada labor, recogida en la Colección de Alegaciones Fiscales ¹¹⁵, constituye fuente inapreciable para los partidarios de la incorporación en el siglo xviii y, asimismo, de interés singular para el conocimiento de los orígenes y esencia de diversas instituciones procedentes de la Edad Media.

Contra lo que pudiera esperarse, conocido el ardor con que los hombres del Despotismo Ilustrado defienden los derechos regalianos del Monarca, Larrea se manifiesta en ocasiones más radical que el Marqués de la Corona. Así vemos cómo en el examen del contenido jurídico del Privilegio Real de concesión de señoríos o rentas, que realizan ambos Fiscales, Larrea considera excluido del mismo a la alcabala si no se la menciona expresamente ¹¹⁶, en tanto que Carrasco, pese a su prevención contra los particulares poseedores de este impuesto, admite —como veremos— la idoneidad de ciertas fórmulas para legitimar la percepción de alcabalas por sus titulares ¹¹⁷.

B) *Examen de los diplomas reales.*

La vía más propia y utilizada para demandar las rentas segregadas del Patrimonio Regio fué el examen de los títulos y privile-

113. Núm. 5.

114. Así se transigieron, entre otras, las siguientes alcabalas demandadas ante el Consejo: las de los Valles de Toranzo, Valde-Iguña, Nuelma y Condado de Castañeda, contra el Marqués de Aguilar; las de Castrogeriz y Astudillo, contra el Marqués de Camarasa; las del Ducado de Nájera; las de la Villa de Palma, contra su Conde; las de la Villa de Baena, contra el Duque de Sessa; las de Siruela, Roa y su tierra, contra el Conde de Siruela; las de Castil de Bayuela y otras; contra la Marquesa de Montesclaros; las de Bailén y Marchena, contra el Duque de Arcos; las de Coca, Castrejón, Alaejos y otras, contra el Duque de Veragua; las del Ducado de Escalona, contra el Marqués de Villena, y, en fin, las alcabalas de Arnedo, contra el Condestable de Castilla, cuyo pleito dió origen a una de las más brillantes alegaciones del Fiscal Larrea. Cfr. Francisco Carrasco: Alegación de Palazuelo de Bedija, núm. 5, nota.

115. *Allegationum Fiscalium*. Editio secunda, Lugduni, MDCLI. La Alegación en el pleito de Arnedo, antes citada, figura con el número 13.

116. Ob. cit. Alegación 13, núms. 17 y 34, y Alegación 14; núm. 17.

117. Alegación Infantado, núms. 132-34.

gios en que los particulares basaban su posesión. Como quiera que los Fiscales del Consejo rechazaban como idóneo cualquier documento que no fuera el privilegio real, legítimo y auténtico, de concesión de la alhaja-debatida, el estudio de tales privilegios reales se efectuaba con singular interés. Este interés lo subraya el mismo Carrasco, cuando, dirigiéndose a las Casas demandadas por razón de alcabalas, afirma que ha planteado el problema de la reversión de esta renta por el camino más trillado: la falta de privilegio ¹¹⁸.

Son los caracteres internos del documento los que llaman fundamentalmente la atención de los Fiscales del Consejo de Hacienda y, concretamente, de don Francisco Carrasco. Dos son los puntos concretos en que se centra con predilección su estudio: el relativo a la fecha, entre las fórmulas finales del privilegio, y el que concierne a su estudio jurídico y de fondo.

Carrasco afirma que interpone sus demandas contra diversas Casas nobiliarias por uno de estos tres motivos: 1.º, porque los privilegios presentados como justificativos de alcabalas, expresamente las exceptúan; 2.º, por carencia de privilegio de alcabala o siquiera apariencia del mismo; 3.º, porque el privilegio que se presenta ante el Consejo no podía comprender las alcabalas, ya que entonces no las poseía la Corona ¹¹⁹.

Carrasco consideraba, pues, requisito necesario para que el diploma controvertido en el Consejo fuera hábil para legitimar la posesión de alcabalas, que la merced hubiera sido otorgada después de haberse implantado en Castilla el impuesto alcabalatorio ¹²⁰.

Esto nos hace comprender fácilmente la importancia otorgada a la fecha del privilegio, que destaca por su trascendencia entre las fórmulas finales del mismo, puesto que toda merced sería improcedente para legitimar cualquier posesión de alcabalas si su fecha era anterior al reinado de Alfonso XI y, concretamente, al año 1342, que fué adoptado por los Fiscales del Consejo de Hacienda como punto de partida de la imposición a que aludimos.

De esta forma, un privilegio no podía considerarse comprensivo de una renta o imposición si, cuando fué redactado, tal contribución no existía en el reino. Varios fueron los documentos presentados por los poseedores de alcabalas, que fueron atacados como improcedentes por Carrasco, por ser de fecha anterior a la creación del tributo más discutido en Castilla, sin perjuicio de que en los mismos pudiera encontrar otros motivos de repulsa. Ejemplo de lo que acabamos de afirmar lo constituyeron los casos de Villarejo

118. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Palanzuelo de Bedija. Introducción núm. 7.

119. *Ibidem*, núm. 8.

120. *Ibidem*, cap. I, núm. 5.

de la Peñuela, Lemos y Palazuelo de Bedija, cuyas alcabalas fueron demandadas por Carrasco ¹²¹.

En este último pleito se presentó como decisivo, por el Conde de Grajal —poseedor de tales alcabalas—, un diploma de Fernando IV, de 1304, en virtud del cual este Monarca concede la Villa de Palazuelo de Bedija a Francisca Pérez, Camarera de la Reina Doña Constanza. Enfrentándose con tal documento, Corona mantiene que “en esta merced no pudieron comprenderse las alcabalas, porque en aquel tiempo no estaban impuestas ni aún concedidas temporalmente por los reinos” ¹²².

Sin embargo, la aportación más positiva de Carrasco en el alborar de nuestro medievalismo científico fueron sus estudios sobre el contenido jurídico y de fondo del privilegio. Para los informes forenses como para las construcciones históricas, no sólo es necesario examinar la autenticidad de un privilegio, sino también saber interpretar su contenido.

De esta forma, al hacer el estudio de la aludida merced de Fernando IV a Francisca Pérez, Carrasco alude como principio rector para llegar a una exacta interpretación del privilegio real, a la diferencia entre el cuerpo de la donación y la extensión de la merced, manteniendo que una cosa es el dicho cuerpo del privilegio comprensivo de aquella parte del documento, en que el Monarca se dirige directamente a la donataria, y otra la extensión del mismo, en la que da cuenta al Concejo de Palazuelo de Bedija de la donación hecha en favor de la mencionada camarera de la Reina, sugiriendo el Fiscal tan avanzada distinción para sostener que cuando se nota contradicción ¹²³ entre las palabras consignadas en ambas partes de un documento, su correcta interpretación consiste en guiarse por

121. Ver apéndice documentos núms. 4 y 5. Publiqué la demanda fiscal de Carrasco en el pleito sobre incorporación de las alcabalas de Palazuelo de Bedija, en *Incorporación de Señoríos a la Corona*, págs. 135-136.

122. He abordado lo relativo al examen de las fórmulas del documento y de su contenido jurídico y de fondo, con una amplitud mayor en *El Privilegio Real y los Orígenes del Medievalismo Científico en España*. Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, tomo LXIV, 1, 1958, págs. 29-53. La cita concreta de Carrasco que transcribo, en la pág. 38.

123. Como aparentemente surgía en la dicha donación de Palazuelo, ya que en el cuerpo de la concesión, cuando el rey habla con Francisca Pérez, la donataria, después de enumerar por su nombre los varios tributos, rentas y derechos que el rey la concede, concluye con la siguiente fórmula: “y con todos los pechos y derechos que yo y he y debo haber”, mientras que en la extensión de la concesión, al dirigirse Fernando IV al Consejo de la villa donada en señorío, aumenta una frase en la fórmula antedicha, que queda redactada de esta forma: “y con todos los pechos y derechos que yo y he debo haber en cualquiera manera que acaescan bien y cumplidamente, según que a mí habían de recudir e non a otro alguno”. El defensor del conde de Grajal buscaba en la frase subrayada la concesión de las alcabalas venideras. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Palazuelo. Adición 1.^a, núm. 16.

las del cuerpo de la merced y no por las insertadas en la extensión del privilegio¹²⁴, puesto que no es extraño que en esta parte se añadan algunas palabras "como expresión de estilo"¹²⁵.

Carrasco, en esta exposición de sus normas para la interpretación de los documentos regios, añade que las palabras de la concesión constituyen el alma de la merced, y todas aquellas palabras que dimanen del Rey no han de recibir interpretación ni variación a causa de otras que, para el cumplimiento y toma de posesión de dicha merced, se extienden en los despachos y privilegios por los notarios; antes bien, toda variedad que entre unas y otras se encuentre debe interpretarse en favor de las palabras de la concesión, sin que esto quiera decir que el ilustre Fiscal, cuyo pensamiento examinamos, excluya el hecho de que ciertas palabras insertadas en el cuerpo de un privilegio puedan interpretarse por otras extrañas al mismo¹²⁶.

Se detiene muy concretamente Carrasco en examinar qué documentos deben considerarse comprensivos de alcabalas y en qué otros, por el contrario, deben entenderse éstas excluidas. En ambos la voluntad del Monarca que concede el privilegio, y única fuente originaria de derechos, se manifiesta en las palabras empleadas en cada merced, por lo que podemos efectuar la siguiente clasificación:

- 1.º Privilegios en que se consignan expresamente las alcabalas. No se presenta dificultad para considerarlos como legítimos, una vez acreditada su autenticidad.
- 2.º Privilegios en que se consignan fórmulas que pueden ser consideradas como interpretativas de la voluntad del donante en conceder alcabalas. Aquí es donde Carrasco profundiza más, considerando necesario para que se consideren comprendidas las alcabalas en documentos en que no se mencionan expresamente que éstos contengan algunas de las sexpresiones siguientes:
 - a) La literal de rentas reales;
 - b) Que en el privilegio se halle merced de señorío, con "todos los tributos debidos a Nos y a nuestra Corona Real";
 - c) Que en el privilegio se halle la fórmula "con todas las rentas, pechos y derechos que en cualquier manera pertenezcan a nuestra Corona Real";
 - d) Que se contenga la fórmula "con todas las rentas,

124. *Ibíd.*, núm. 14.

125. *Ibíd.*, núm. 16.

126. FRANCISCO CARRASCO: Alegación en el pleito con la Casa de Villena, sobre las alcabalas de Serón, Tixola, Tolox y Monda, núm. 70.

pechos y derechos en cualquier manera pertenezcan a Nos como Rey y Señor natural”;

- e) Que se consignent las rentas, pechos y derechos simplemente, però reteniendo para la Corona las tercias, los pedidos o cualquier otra renta real, en cuyo caso la misma separación que se hace de la renta que se exceptúa parece que retiene en la gracia todas las demás rentas reales, aunque no se nombren.

No es, sin embargo, título legítimo la retención o reserva en la merced de la jurisdicción suprema y de los mineros de oro y plata que consituyen la reserva más frecuente en las antiguas mercedes, pues nada de esto es renta real ¹²⁷.

- 3.º Privilegios con la fórmula simple y general de “rentas, pechos y derechos”. Carrasco considera que tal fórmula no legitima la posesión de alcabalas, pues sólo engloba las rentas dominicales y no las reales. El título que contiene una mera concesión de señorío no constituye sino un vicio para la posesión de alcabalas ¹²⁸.

Carrasco aborda también el arduo problema del valor de las confirmaciones. Para nuestro Fiscal, la confirmación de documentos de concesión de bienes de la Corona no puede otorgar mayor derecho que el que tenía la Casa poseedora en virtud de los títulos de que se vale para obtener tal confirmación ¹²⁹, desconfiando, por otra parte, de las confirmaciones generales de lugares y rentas ¹³⁰.

Problema con el que tiene que enfrentarse con reiteración Carrasco es el que afecta a la amplitud de las peculiares confirmaciones de la Junta de Incorporación creada por Felipe V en 21 de noviembre de 1706. El Fiscal de Hacienda que ataca con frecuencia la actuación de dicha Junta ¹³¹ manifiesta concretamente que las cédulas de confirmación emitidas a su consulta no podían en modo alguno suplir defectos del privilegio primitivo, aunque fuera bajo el pretexto de servicios o de lealtad de las Casas beneficiarias ¹³².

En consonancia con lo expuesto, Corona mantiene que la cé-

127. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Infantado, núms. 132-134.

128. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Palazuelo. Adición 1.ª, núm. 31. He abordado más extensamente estas cuestiones en mi estudio últimamente citado, págs. 45-48.

129. A. H. N. Consejos, leg. 34.921. Papeles relativos al pleito sobre las alcabalas del estado de Lemos. Respuesta del Fiscal Carrasco, fols. 39-41 (ms.).

130. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Infantado, núm. 20 y sigs.

131. *Ibidem*, núm. 91.

132. *Ibidem*, núms. 81-97, y Alegación Palazuelo, cap. IV, núm. 16.

dula de confirmación despachada a consulta de la Junta de Incorporación a la Casa de Grajal y relativa a las alcabalas de la villa de Palazuelo de Bedija, no la da título suficiente para continuar en su percepción, ni tampoco mejora en ningún aspecto el instrumento presentado como privilegio ¹³³.

C) *Estudio de la alcabala.*

Vamos a distinguir tres aspectos en el estudio que hace Carrasco del impuesto conocido con el nombre de alcabala: el relativo al origen de este tributo; el que gira en torno a su concepto y esencia, y el que aborda el problema de su naturaleza.—

a) Origen de la alcabala.

La dificultad en concretar la fecha originaria de este impuesto la percibió bien Carrasco al afirmar: “ha sido misterio de Estado el callar en todas sus colecciones el origen, causas y calidades con que se concedieron, aumentaron y prorrogaron las alcabalas” ¹³⁴.

Siguiendo la doctrina clásica, concordante en este punto con el interés fiscal de otorgar la menor antigüedad posible al impuesto, para considerar como posesión ilegítima la de aquellas alcabalas percibidas por los Nobles con anterioridad a la fecha admitida, Carrasco y los demás Fiscales de Hacienda sostienen repetidamente la creación de la alcabala por Alfonso XI en el cerco de Algeciras, y concretamente en 1342.

Sin embargo, no dejará el Fiscal de Millones de estudiar los documentos anteriores a tal fecha, presentados por los defensores de las Casas demandadas y que consignan el término “alcavala”. Así examina la donación hecha por Doña Jimena a la Iglesia Catedral de Valencia en 21 de mayo de 1101 ¹³⁵, la cual comprendía, entre otras cosas, las alcabalas máximas y mínimas, llegando a sugerir que tales alcabalas fueran un efecto decimable, como hornos, frutos y molinos, a que hace referencia el mismo documento ¹³⁶.

A la vista de éste y otros documentos similares, trata de coordinarse en la mente del Fiscal una argumentación jurídico-práctica al servicio de una causa que considera justa —la reversión a la Corona de ciertos derechos de alcabalas percibidos ilegítimamente por particulares—, con determinadas conclusiones científicas desde el punto de vista histórico a que trata de llegar este jurista tras un

133. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Palazuelo, cap. IV, núms. 16 y siguientes.

134. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Infantado, núm. 109.

135. Los letrados defensores de las Casas extrajeron este documento de la Crónica de Yepes. Lo inserta Menéndez Pidal en su *España del Cid*. Madrid, 1947, vol. II, págs. 870-71.

136. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Palazuelo, cap. I, núm. 16.

estudio detenido de textos narrativos, legislativos y documentales de nuestras Edades Media y Moderna.

Pese a su reiterada posición respecto al comienzo del impuesto alcabalatorio en 1342, los documentos anteriores que contienen la palabra "alcavala" hacen meditar a Carrasco, y el mismo Fiscal consagra la importancia de este ciclo preliminar de la alcabala, al referirse a las gabelas que con este nombre se perciben en Gibraltar, Niebla o Medina Sidonia, con la exacta denominación de "alcabalas municipales"¹³⁷, aunque más adelante se aferre a la tesis de que gozan de naturaleza distinta la mencionada "alcabala municipal" y la implantada por Alfonso XI en la campaña de Algeciras. Aquélla —dice Corona— no podemos averiguar concretamente en qué consiste, mientras que ésta gravita sobre las ventas y permutas¹³⁸.

Intimamente relacionado con el origen de la alcabala se halla lo concerniente a la consolidación y perpetuidad de este impuesto. Carrasco —coincidiendo con el común sentir de Fiscales y Defensores que actúan ante el Consejo de Hacienda— mantiene el carácter temporal de la alcabala en 1342, lo que llevó consigo que cesara la percepción del tributo al ser conquistada la plaza de Algeciras en 27 de marzo de 1344¹³⁹.

Con posterioridad a esa fecha, y en 1 de mayo de 1345, se repitió la concesión hecha al Monarca por los Reinos, según expone Carrasco¹⁴⁰, que se basa en un documento de Alfonso XI de 8 de junio de 1345, relacionado con el privilegio de exención de alcabalas a los habitantes de Medina Sidonia, y en el que habla de "las alcavalas de cada uno de vuestros lugares estos seis años que nos agora fueron otorgadas"¹⁴¹, lo que concuerda con lo establecido en el ordenamiento de las Cortes de Burgos de 1345 (n.º II), en que el propio Monarca se refiere "a lo que nos pidieron merced, que pues este servicio de esta alcavala nos otorgan todos los del nuestro Señorío por seis años, que tuviésemos por bien que en el tiempo que esta alcavala durase que no hayan otros pechos, ni pedidos, ni moneda forera, salvo la moneda de siete en siete años y fonsadera"¹⁴². Las Cortes de Alcalá de la misma fecha recogen tam-

137. FRANCISCO CARRASCO: Alegación en el pleito de Astorga, núm. 19.

138. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Palazuelo, cap. I, núm. 22. Me ocupo ampliamente de esta cuestión en mi trabajo *En torno al origen y consolidación de la alcabala*, próximo a aparecer.

139. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Astorga, núm. 44, y Alegación Palazuelo. Adición 1.ª, núm. 5.

140. Alegación Astorga, núm. 45.

141. Memorial del pleito sobre las alcabalas de la Casa de Astorga. Adición núm. 5.

142. *Cortes de los antiguos Reinos de León y Castilla*, publicada por la Real Academia de la Historia. Madrid, 1861-1905, vol. I, pág. 488.

bién el otorgamiento de la alcabala por seis años para mantener Algeciras ¹⁴³.

El Fiscal Carrasco continúa manteniendo el hecho de la temporalidad de las alcabalas bajo Pedro I, al afirmar que se hizo a este Monarca nueva concesión del impuesto con vistas a la guerra entablada contra Pedro IV de Aragón ¹⁴⁴, añadiendo que con la dinastía de Trastámara debió de perpetuarse la alcabala, puesto que con carácter de impuesto permanente la encontró establecida la Reina Católica ¹⁴⁵.

b) Concepto y esencia de la alcabala.

La alcabala es un derecho que como parte del precio de una cosa vendida o cambiada se paga a Su Majestad o a otro en su nombre ¹⁴⁶. Esta definición del Licenciado Pagán, defensor de las Casas de Villena y Astorga, es aceptada por el Fiscal Carrasco ¹⁴⁷ y nos muestra el aspecto de cuota impositiva que, como veremos, era percibida, bien por la Corona, bien por las clases privilegiadas en aquellos lugares donde sus miembros llevarán a cabo en su propio provecho el cobro de esta contribución, la cual venía a engrosar sus ingresos ordinarios, aumentando notablemente su fuerza económica.

Asimismo esta definición dada por Pagán subraya el aspecto de gravamen que afectaba al comercio, que recalca Carrasco al afirmar que la imposición recaía exclusivamente sobre las ventas y permutas ¹⁴⁸, lo que tiene como consecuencia que deje ilesos tanto los frutos de los fundos como los productos de la industria que no llegan a comerciarse ¹⁴⁹.

Lo fundamental para nosotros en este punto es consignar, como hace Corona, que las alcabalas constituían una imposición teñida de un carácter nuevo dentro del sistema financiero castellano en la baja Edad Media, debido a su condición de universalidad. La alcabala alcanza a hidalgos y pecheros, no tan sólo a éstos como otras imposiciones, derramas y servicios ¹⁵⁰. Por otra parte, la alcabala constituye —hacendísticamente— un impuesto de carácter indirecto, nacido como otros de esta índole en la fase del feudalismo final ¹⁵¹.

143. *Ibidem*, págs. 482-83.

144. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Astorga, núm. 47.

145. *Ibidem*, núm. 74.

146. A. H. N. Osuna, leg. 2.242 (primera parte). ANTONIO PAGÁN: Suplemento a las Defensas de la Señora Marquesa de Villena, sobre las alcavalas y tercias de sus villas de Serón y Tixola, Tolox y Monda, núms. 79 y 80.

147. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Astorga, núm. 88.

148. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Palazuelo, cap. I, núm. 8.

149. RAMÓN CARANDE: *Ob. cit.*, 222.

150. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Palazuelo, cap. I, núm. 7.

151. ANGEL FERRARI: *Castilla dividida en dominios, según el Libro de las Behetrías*. Discurso leído ante la Real Academia de la Historia el día 25 de mayo de 1958, pág. 17.

Examinando la alcabala en relación con los conceptos de renta, pecho y derecho, el Marqués de la Corona —siguiendo a Larrea— mantiene que aquélla es un tributo en nada conforme ni parecido a pechos, pedidos ni servicios ¹⁵². En varios parajes de su obra reitera su posición de que las alcabalas no son pechos ¹⁵³. Admite Carrasco que los servicios eran en efecto pechos, frente a las alcabalas, que por el contrario no lo han sido nunca ¹⁵⁴, como lo prueba el que jamás “se echaban por la tierra” ¹⁵⁵.

Frente a los pechos, a los que Carrasco asimila los servicios y pedidos, las alcabalas presentan su característica fundamental de generalidad o universalidad. Así puede decir el Fiscal, en su Alegación contra la Casa del Infantado, que por su magnitud y calidad y porque comprendía a hidalgos y ricos-hombres, la alcabala se hizo más sensible para el Reino y de más monta para el Monarca que todos los tributos juntos ¹⁵⁶.

En lo que respecta al englobamiento de la alcabala en el concepto de “derechos”, el Marqués de la Corona admite que, en su sentido gramatical, tal palabra es capaz de comprender cuanto pertenezca y pueda pertenecer al Rey en un pueblo, de cualquier naturaleza que sea ¹⁵⁷. Pero no es desde este punto de vista desde el que interesa examinar si el término en cuestión abarca las alcabalas, sino en el de un conjunto de prestaciones designadas con este vocablo en los privilegios o mercedes. Ante esto Carrasco añade que el término “derechos” no comprende las alcabalas, sino otras imposiciones de que se hallan exentos los hidalgos ¹⁵⁸, con lo que el Fiscal de Hacienda vuelve a suscitar el carácter de universalidad cualificativo de la alcabala para sustraer de nuevo a este impuesto del concepto general envuelto en el término “derechos”.

Si efectivamente los Fiscales del Consejo han precisado más que anteriores historiadores y cronistas en la cuestión relativa a si la alcabala puede ser considerada un pecho o derecho más, se debe, como afirma Carrasco, a que aquéllos no se vieron en la precisión de matizar la propiedad y fuerza de las voces legales, por lo que emplean indiferentemente cualquiera de las voces generales o particulares, aunque no sea la cabal y propia para explicar lo que es la alcabala ¹⁵⁹.

Estos representantes de la Real Hacienda no quieren incurrir

152. Alegación Palazuelo, cap. I, núm. 7.

153. *Ibidem*, núm. 3, y Alegación Astorga, núm. 111.

154. Alegación Palazuelo. Adición 1.^a, núm. 9.

155. *Ibidem*, cap. I, núm. 8, y Adición 1.^a, núm. 9. Así la Recopilación —Ley IV, tít. XIV, Lib. VI— habla de haberse “hechado los servicios”, y repartido en los Reinos.

156. Núm. 149, también en Alegación Astorga, núm. 42.

157. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Astorga, núm. 93.

158. *Ibidem*, núm. 72.

159. *Ibidem*, núm. 89.

en falta de precisión, y desde Juan Bautista Larrea tratan de aquilatar el concepto de alcabala y procurar su legítimo encuadramiento en el sistema impositivo español.

Si acabamos de ver que las alcabalas, a juicio de los Fiscales, no deben ser consideradas como pechos, entendida esta palabra en el sentido generalizador de tributos que pudieran llamarse comunes, ¿se hallarán comprendidas las alcabalas bajo la palabra "rentas", consignada en la fórmula ya examinada de los privilegios?

Carrasco precisa la adscripción de la alcabala, no al término general de rentas, sino al más preciso de rentas reales¹⁶⁰, considerando en tal sentido a nuestro impuesto como una renta real muy cualificada¹⁶¹.

c) Naturaleza de la alcabala.

En lo que concierne a la naturaleza de la alcabala, Carrasco, menos radical que otros Fiscales, sostiene su carácter de efecto alienable por los Soberanos, y así, al examinar el caso litigioso que tiene pendiente con la Casa de Villena en cuanto a las alcabalas de los pueblos de Tolox y Monda, no intenta suscitar la duda respecto al poder que la Corona tiene para enajenar tales impuestos, sino tan sólo se permite dudar de la existencia de la voluntad regia en la enajenación de las alcabalas de dichas Villas¹⁶². Si bien añade que los Reyes tendían a mostrar especial cuidado en no desmembrar esta renta de la Corona, observándose palpablemente este deseo regio en las cláusulas de reserva insertas en los diplomas y en los testamentos de Isabel la Católica y sus sucesores de la Casa de Austria¹⁶³.

Problema distinto y más arduo era aquel que gravitaba sobre la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la alcabala. En este punto, el Marqués de la Corona, aunque considera a la prescripción inmemorial buen título para las rentas señoriales o dominicales¹⁶⁴, afirma que en lo que se refiere en los tributos en general no basta la posesión, aunque sea inmemorial, puesto que se hallan en situación análoga a este respecto los tributos reales y la jurisdicción suprema¹⁶⁵, lo que concuerda con lo manifestado con anterioridad por el Fiscal, cuando en su demanda sobre las alcabalas de Palazuelo de Bedija afirmaba "sin que tampoco pueda aprovechar la posesión aun cuando fuese inmemorial, por resistir a la Ley del Reino que requiere privilegio especial sentado en los Libros de lo Salvado"¹⁶⁶.

160. Alegación Infantado, núm. 132.

161. Alegación Astorga, núm. 93.

162. Alegación Villena, núm. 71.

163. *Ibidem*, núms. 72-73.

164. Alegación Infantado, núm. 145.

165. Alegación Villena, núms. 63-64.

166. A. H. N. Consejos, leg. 34.318. Papeles relativos al pleito sobre

Frente a una "justa inmemorial" posible para la adquisición de otros derechos, como peajes, portazgos, rodas, castellerías, servicio y montazgo, la alcabala, por su especial configuración de regalía "sui géneris", no es prescriptible¹⁶⁷. En este sentido se halla concebido el Testamento de Carlos I al decir que las alcabalas, como anexas a la Corona, no se pueden apartar de ella por ningún transcurso de tiempo¹⁶⁸.

En la doctrina sentada por los Fiscales más destacados que intervinieron en materia de alcabalas ante el Consejo de Hacienda en los siglos xvii y xviii, don Juan Bautista Larrea y don Francisco Carrasco, se esboza toda una teoría de la posesión inmemorial en orden a la interpretación de un privilegio y la forma en que se complementan posesión y justo título.

Dicha teoría puede basarse en los siguientes puntos:

1.º "Cuando la posesión se conforma con el título, aquélla se justifica con éste y el título se corrobora con ella"¹⁶⁹.

2.º Si la observancia o uso es diverso o contradictorio no puede ser en ningún aspecto aprovechable y útil; para la interpretación del documento, la costumbre debe ser uniforme¹⁷⁰.

3.º Cuando se excede del título o no se conforma con el mismo, la posesión le injustifica, y en aquella parte en que se extralimita del documento, el privilegio no se corrobora con la posesión abusiva¹⁷¹; en este caso se descubre usurpación en la posesión y ésta no puede dar firmeza al título, sino que se invalida con él. La observancia adversa y contraria al privilegio constituye una usurpación que infringe la merced misma¹⁷². Este es el caso de la posesión de las alcabalas de Palazuelo de Bedija, disfrutadas primeramente por la Condesa de Santa Marta y más adelante por los Condes de Grajal, ya que había una transgresión del privilegio que exhibe la Casa al no comprender éste las alcabalas por no percibirse en el Reino de Castilla en aquella fecha. Asimismo, la posesión de las alcabalas de Serón y Tixola por parte de la Casa de Villena, y la de las de Arenas, el Prado y Alamín por parte de la Casa del Infantado, son posesiones contra título, puesto que el mismo privilegio excluía las alcabalas de la donación.

4.º Cuando las palabras del título son ambiguas y natural y legalmente capaces de dos inteligencias, la posesión inmemorial o la

la incorporación de las alcabalas de Palazuelo de Bedija.—Demanda del Fiscal D. Francisco Carrasco de la Torre, fols. 1 y 2 (ms.).

167. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Astorga, núm. 62.

168. La mencionada cláusula testamentaria de Carlos I se halla recogida por Carrasco en su Alegación de Palazuelo de Bedija, fol. 12, nota 9.

169. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Palazuelo, cap. III, núm. 2; también LARREA: Ob. cit. Alegación 92, núms. 1 y 9.

170. JUAN BAUTISTA LARREA: Ob. cit. Alegación 92, núm. 5.

171. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Palazuelo, cap. III, núm. 2.

172. JUAN BAUTISTA LARREA: Ob. cit. Alegación 92, núm. 10.

larga continuada con las circunstancias que requiere el derecho, servirá para la interpretación del título ¹⁷³.

Carrasco añade que, en todo caso, la posesión inmemorial podría admitirse para corroborar algún documento y para interpretar, comprobar y fijar su validez, su virtud y su comprensión ¹⁷⁴.

Existen circunstancias en que la posesión se halla especialmente viciada. ¿Cuándo, pues, se hallará viciada la inmemorial? Cuando el título que trata de interpretar contenga una cláusula restrictiva del derecho a percibir alcabalas por el donatario, como sucede en los relativos a los pueblos de las Casas de Villena e Infantado que acabamos de citar; esta es la viciosa posesión impeditiva de la inmemorial e incapaz de producir efecto alguno, y no la que tiene sólo contra sí el ser desasistida por el derecho, pues esta dificultad puede, por el contrario, ser "purificada" por una posesión más o menos larga ¹⁷⁵.

Si seguimos a Carrasco, observamos que tienen virtud para producir su correspondientes efectos en orden a la prescripción adquisitiva:

- 1.º Las posesiones comunes no resistidas por derecho.
- 2.º Las posesiones largas y antiguas cuando sólo hay resistencia leve del derecho, como la servidumbre.
- 3.º Las inmemoriales cuando la resistencia es grave, como las exenciones de diezmos y tributos semejantes.
- 4.º Las inmemoriales no disconformes con el privilegio, aun cuando haya resistencia grave, como el hecho de percibir diezmos de la Iglesia un seglar o los tributos regios un vasallo ¹⁷⁶.

Frente a la doctrina expuesta comúnmente por los defensores de las Casas y basada en la admisión de la posesión inmemorial como prueba de título existente, aunque posiblemente extraviado, la posición de los Fiscales del Consejo, en especial de Corona, es en este punto clara y terminante: nuestro Fiscal sintetiza el pensamiento de sus colegas al manifestar que la posesión inmemorial no envuelve título ni indicio de haberlo habido ¹⁷⁷.

C) *En torno al señorío y la jurisdicción señorial.*

Para el estudio de la jurisdicción señorial, Carrasco parte de la distinción entre un señorío inferior o ínfimo y un señorío superior

173. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Palazuelo, cap. III, núm. 2.

174. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Infantado, núm. 73.

175. FRANCISCO CARRASCO: Suplemento a la Alegación Fiscal sobre alcabalas de la Casa de Villena, 2.ª parte, núm. 8.

176. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Palazuelo, cap. III, núm. 6.

177. Suplemento a la Alegación Fiscal sobre alcabalas de la Casa de Villena, núm. 29 de la segunda parte, relativa a las alcabalas de Serón y Tixola.

o real¹⁷⁸. Ambos pueden coexistir, claramente diferenciados, sobre una villa o lugar.

Ahora bien, partiendo de esta base, ¿cuál es ese señorío inferior o ínfimo? Aquel que es objeto de una donación comprensiva de la jurisdicción (salvada siempre la jurisdicción suprema), rentas, pechos y derechos. Este señorío del feudo, ciudad o lugar otorgados por el Monarca lleva necesariamente anejos ciertos derechos, ya que sin ellos "no hay ni puede haber señorío y jurisdicción de pueblos"¹⁷⁹.

Estos derechos pueden concretarse fundamentalmente en la jurisdicción civil y criminal inferior, con las prerrogativas a ella anexas¹⁸⁰ y pertenecientes, en los derechos señoriales y en los pechos y rentas dominicales que se desprenden "ex natura" de la merced del señorío en la que se entienden comprendidos¹⁸¹; estos pechos son debidos al señorío inferior en reconocimiento de vasallaje¹⁸².

Al señorío real pertenecè en primer lugar la Jurisdicción Suprema (Mayoría de la Justicia), o sea, "la Justicia que el Rey ha por la mayoría o Señorío Real, que es por cumplir la justicia, si los señores menores la menguaren"¹⁸³. Como de los derechos nacen las rentas¹⁸⁴, pertenecen a este Señorío Superior los tributos y rentas reales "que, como correspondientes al Señorío Real o al de la Corona, son piedras que se engastan en ella"¹⁸⁵.

Estas rentas reales son anejas a este Señorío Superior, al que pertenecen "ex natura rei"¹⁸⁶ y en principio no pueden transmitirse a los señores de villas y lugares, a través de privilegios comprensivos de fórmulas de carácter general.

De acuerdo con su concepción del Señorío Real Superior, todas las rentas reales son, asimismo, regalías de la Corona como dimanantes del antedicho Señorío Superior. El hecho de considerar a la alcabala como regalía de la Corona se halla bien definido en la doctrina del Fiscal de Hacienda, según la cual este impuesto no es sino una renta real, y como tal, una regalía anexa y perteneciente a esta clase de señorío¹⁸⁷.

En cuanto a la amplitud y modalidades de la jurisdicción señorial —facultad ésta de la justicia en poder de los señores en la mayor parte de los señoríos españoles del siglo XVIII, que en este sen-

178. Alegación Infantado, núm. 138.

179. *Ibidem*, núm. 141.

180. La Justicia llevaba consigo otros poderes importantes. Ver F. L. GANSHOF: *Qu'est ce que la Feodalité?* Bruxelles, 1947, pág. 177.

181. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Infantado, núms. 137-138.

182. *Ibidem*, núm. 143.

183. Ley II, título XXVII del Ordenamiento de Alcalá.

184. FRANCISCO CARRASCO: Alegación Infantado, núm. 142.

185. *Ibidem*, núm. 138.

186. *Ibidem*, núm. 138.

187. *Ibidem*, núm. 147, en relación con el 142.

tido reciben el nombre generalizado de señoríos jurisdiccionales—, que tampoco deja de abordar Carrasco¹⁸⁸, suscita éste el problema de la distinción entre la jurisdicción omnímoda y la alfonsina, que adquieren los señores valencianos con sólo “recoger” quince vasallos, en consonancia con la disposición de Alfonso IV de Aragón “De jurisdictione omnium iudicum”, promulgada en Valencia en 1328. Para el Fiscal de Millones, tal diferencia era substancial en tiempos anteriores, ya que a los señores que poseían la alfonsina les estaba vedado imponer penas corporales o afflictivas, pero no en el reinado de Carlos III, en que ni en Castilla ni en Valencia se pueden imponer tales penas sin confirmación de los Tribunales Superiores de Distrito.

VI. LOS SUCESESORES DE CARRASCO

El impulso dado por Carrasco a las incorporaciones no se agota con la desaparición del gran Fiscal de Hacienda. Aunque en forma menos brillante, han dejado huellas de su labor en el mismo sentido, con anterioridad a la invasión francesa, don Jacinto Moreno Montalvo y don Antonio de Alarcón Lozano¹⁸⁹ —que coincidieron y colaboraron con el propio Marqués de la Corona en la Fiscalía del Consejo—, don José de Ibarra¹⁹⁰ y don Pedro Flórez Quevedo, quien acometió con empuje la incorporación de señoríos cuando fué atribuída al Consejo de Hacienda la competencia general en esta clase de negocios, por el Decreto de nueva planta de 11 de febrero de 1803¹⁹¹.

Con posterioridad a la guerra de la Independencia, destacaron don Pedro de Silves, que prosiguió el pleito iniciado por Carrasco

188. Se refiere a esta cuestión en su “Demostración de la Equidad y Liberalidad con que recompensó el Rey al Duque de Argete, Conde de las Torres, la Albufera de Valencia, incorporada a su Corona, y de los beneficios permanentes que ha traído a la causa pública esta incorporación. Por el Fiscal de este Negociado, Marqués de la Corona, de los Consejos de S. M. de Castilla y Hacienda”, núms. 69-77.—Esta Alegación lleva fecha de 7 de enero de 1773 y está incluída en LA CORONA: *Escritos Fiscales*.

189. Intervinieron ambos Fiscales en el pleito sobre las alcabalas y tercias de Cigales. A. H. N. Consejos, leg. 34.444. Papeles relativos a dicho pleito, fols. 32-33 y 81-82 (ms.).

190. Intervino en el pleito sobre la reversión del señorío de Picón. Se hace constar expresamente en el Memorial ajustado y cotejado con asistencia y citación de las partes del pleito que siguen los señores Fiscales D. Antonio de Alarcón Lozano y D. José de Ibarra, el Concejo, Justicia y Regimiento de la villa de Picón, provincia de la Mancha, con el Marqués de Torremejía, dueño de la expresada villa, sobre incorporación a la Real Corona de la misma villa, sus rentas reales y derechos jurisdiccionales. Madrid, 1795. A. H. N. Consejos, leg. 34.509.

191. Cfr. S. Moxó: *Incorporación de señoríos a la Corona*, páginas 97-100.

sobre las alcabalas del Estado de Lemos¹⁹², don José Rafael de Villapol¹⁹³, don José Vázquez Ballesteros¹⁹⁴ y, especialmente, don Pedro Sáinz de Andino¹⁹⁵, que publicaba en 1833 una importante Alegación, donde se percibe el influjo de Carrasco, en otro pleito iniciado también por el Marqués de la Corona y que se veía entonces en instancia extraordinaria de Revista; me refiero al lento e interminable litigio sobre las alcabalas de Arenas y otros lugares, que se habían desgajado, muchos años antes, del pleito general sobre alcabalas entre la Real Hacienda y la Casa del Infantado¹⁹⁶.

SALVADOR DE MOXÓ

APENDICE DOCUMENTAL

I

ASIENTO DE INGRESO DE DON FRANCISCO CARRASCO EN EL COLEGIO DE SAN AMBROSIO DE ALCALÁ DE HENARES.

Vicerrector Collegis Divi Ambrosii istius Universitatis, recipiatis in vestrum, collegam Dn. Franciscum Carrasco y La Torre, Oppidi Chinchón, Diocesis Toletane, per nos legitime electum, inquadam Collegiatura Lógica: Illumque provideatis de omnibus necessariis secundum Statuta Santi Domini Nostri Cardinalis Fundatoris.

Datto in hoc Máximo Divi Ildephonsi Collegio, die vero décima séptima mensis octobris; Anno Domini millesimo septuagentésimo vigésimo séptimo.

Licenciatus Don Stephanus Ferdinandus de Alas Cienfuegos.

De mandato Domini Rectoris.

Don Francisco del Valle Rubín de Celis.

A. H. N. Universidades, Libro 945, folio 160 (ms).

192. A. H. N. Consejos, leg. 34.921.

193. Intervino en el pleito sobre las alcabalas de Villada y Villavencio del estado de Távora. El Memorial de este pleito se halla en el A. H. N. Osuna, leg. 2.514.

194. Intervino, entre otros, en el célebre pleito de las alcabalas de Arenas, el Prado y Alamín. Memorial ajustado, en el A. H. N. Osuna, leg. 2.462.

195. Jesús Rubio ha estudiado la figura de este jurista en los postreros años del absolutismo. Cfr. *Sáinz de Andino y la Codificación Mercantil*. Madrid, 1950.

196: Alegación por el derecho de la Real Hacienda en los Autos pendientes en el Supremo Consejo de ella, entre su Fiscal más antiguo, el ilustrísimo Sr. D. Pedro Sáinz de Andino, Ministro Onorario de la Real Cámara, y el Excmo. Sr. Duque del Infantado, Grande de España de primera clase y Consejero de Estado, sobre reivindicación por parte de la Real Hacienda de las alcabalas de las villas del Prado, Arenas y Alamín y demás pueblos y despoblados de su territorio. Madrid, 1833.

II

TRASLADO DEL DESPACHO EN QUE SE OTORGA EL TÍTULO DE MARQUÉS DE LA CORONA A DON FRANCISCO CARRASCO (ms).

Don Carlos, etc., por quanto en atención al celo y actividad con que me servis vos Don Francisco Carrasco Ministro de mi Consejo y Fiscal del de Hacienda en Sala de Millones y al hacierto con que haveis des-
empeñado varias, e importantes comisiones de mi servicio que he pue-
to a vuestro cuidado. Por Decreto señalado de mi real mano de veinte
y ocho de junio próximo pasado he venido en conzederos merced de
título de Castilla, para vos, vuestros herederos y sucesores, con deno-
minación de la Corona. Por tanto, y porque haveis elegido el de Mar-
qués por más honraros y sublimar vuestra persona y casa, por la pre-
sente mi voluntad es que aora y de aquí adelante vos el dicho Don
Francisco Carrasco y vuestros herederos y sucesores perpetuamente
cada uno en su tiempo os podais llamar e intitular, llameis e intitu-
leis, llamen e intitulen, y os hago e intitulo Marqués de la Corona.

Y por esta mi carta encargo al serenísimo príncipe Don Carlos
Antonio mi muy caro y amado hijo y mando a los infantes, prelados,
duques, condes, ricos hombres, priores de las Ordenes, comendadores
y subcomendadores, alcaydes de los castillos y casas fuertes y llanas,
y a los de el mi Consejo presidentes y oydores de mis Audiencias, al-
caldes, alguaciles de mi Casa y Corte y Chancillerias, y a todos los
Consejeros, corregidores, asistente, gobernadores, alcaldes mayores y
ordinaños, alguaciles, merinos, prebostes, y otros qualesquier mis jue-
ces, justicias y personas de qualquier estado, condición preminencia o
dignidad que sean mis vasallos, subditos y naturales, así a los que ahora
son, como adelante fueren, y a cada uno y qualquiera de ellos, que os
hayan y tengan, llamen e intitulen, así a vos el referido Don Francisco
Carrasco, como a cada uno de los dichos vuestros herederos y suceso-
res en su respectivo tiempo Marques de la Corona. Y os guarden y
hagan guardar todas las honras, franquezas, libertades, excepciones,
preeminencias, prerrogativas, gracias, mercedes, y demás ceremonias que
se guardan y deben guardar a los otros marqueses destos mis reynos
tode vien y cumplidamente sin faltaros cosa alguna.

Y porque según las órdenes dadas por el señor rey Don Phelipe
quarto que esté en gloria, a las personas a quien se diere título de
marqueses, o conde, ha de preceder el de vizconde y quedar suprimi-
do: Por despacho del día y de la fecha de este, os he dado título
de Vizconde del Arco, el qual en consecuencia de las dichas ordenes,
queda roto y chancelado en mi secretaria de la Cámara de Gracia y
Justicia y Estado de Castilla, y notado y prevenido lo combeniente en
el Asiento del Libro, para que no valga ni tenga efecto ni se de por
pérdido, duplicado ni en otra forma en tiempo alguno.

Y si de este mi Despacho y de la Gracia y merced en el contenida vos el expresado Don Francisco Carrasco o qualquiera de los dichos vuestros herederos y sucesores, ahora o en qualquier tiempo quisieredes, o quisieren mi carta de privilegio y confirmación: Mando a mis concertadores, y escrivanos mayores de los privilegios y confirmaciones, y a mi maiordomo, chanciller y notarios mayores y a los otros oficiales que estan a la tabla de mis sellos que os la den, libren, pasen, y sellen la más fuerte, firme y bastante que les pidieredes, y menester hubieredes.

Y de esta mi carta se ha de tomar la razón por las Contadurias Generales de valores y Distribución de mi Real Hacienda, a que está agregada la de la media anata, y los libros del Registro General de Mercedes: expresando en la de Valores haverse pagado, o quedan asegurado el derecho de la media anata con declaración de lo que importare; sin cuya formalidad, mando sea de ningún valor y no se admita ni tenga cumplimiento esta merced en los tribunales dentro y fuera de la Corte.

Dada en Madrid a diez y ocho de julio de mil setecientos sesenta y nueve.

Yo el Rey.—Yo Don Joseph Ignacio de Goyeneche secretario del Rey nuestro señor le hize escribir por su mandado.—El conde de Aranda.—Don Francisco Joseph de las Infantas.—Don Pedro Rodríguez Campomanes.

Tomose razón en las Contadurias Generales de Valores y Distribución de la Real Hacienda. Y en la de Valores consta a pliego 44 de la Comisaria de la Camara de este año haverse pagado al derecho de la media anata 843.750 maravedis de vellon por la merced de Titulo de Castilla que se conzede por este Despacho.—Madrid 21 de julio de 1769.—Don Salvador de Quevejaru.—Don Christoval Tavoada y Ulloa. (Rubricado.)

A. G. S. Dirección General del Tesoro, Inventario 3.º, leg. 28.

III

RESPUESTA DE LOS FISCALES DEL CONSEJO DE HACIENDA EN EL EXPEDIENTE DE ALCABALAS DE FUENTES TORRALBA Y TORREQUEBRADILLA (ms).

Los Fiscales, en vista de los Memoriales dados a S. M. por el Conde de Torralba y Tálara, Marqués de Fuentes, remitidos a esta Sala para que oyendo a los Fiscales y a la parte, consulte lo que se le ofreciere y teniendo presentes los antecedentes de este negocio: Dicen, que habiéndose comunicado al Conde, para que en su cumplimiento expusiese los motivos que dice tiene para impedir la incorporación de las alcavalas que goza en su villa de Fuentes y las de Torrequebradilla y Torralba,

lo ha hecho con pedimento, pretendiendo se consulte a S. M. que las referidas alcavalas de la villa de Fuentes le han pertenecido y pertenecen en pleno dominio y que no están sujetas a incorporación en la Real Corona; y que las de las otras dos villas no de otro modo se deben incorporar que satisfaciendo las cantidades porque las recibió en empeño de la Real Hacienda y que en el interin se le debe mantener en la posesión de ellas, a cuyo fin exhibe los privilegios originales de la pertenencia de unas y otras.

Sobre esta incorporación hacen presente los Fiscales y resulta del Expediente, que habiendo pedido el Señor Marqués de Someruelos, Juez comisionado para estos negocios, informarse la Contaduría General de Valores de la enajenación de estas alcavalas, y precio líquido que percibió por ellas la Real Hacienda y debía reintegrarse al dueño en caso de incorporación, lo hizo con referencia de los propios títulos que exhibe el Conde, y héchose justificación de los valores de las tres villas y sus precios salen a 1.745 maravedís el millar, que corresponde a 57 reales y 10 maravedís por ciento.

En vista de tan notaria utilidad a la Real Hacienda, pidió el Fiscal se consulte a S. M. este desempeño, lo que así se executó en Consulta de 20 de febrero del año próximo pasado, y por Real Resolución tomada de ella se conformó S. M. en que se incorporasen estas alcavalas, en cuya virtud se dieron las órdenes convenientes a los Señores Directores para que se tomase posesión de estas alcavalas por la Real Hacienda, y el Intendente de Sevilla las diese a sus administradores, y que el Conde presentase los privilegios y justificase si eran bienes libres o pertenecientes a Mayorazgo; y la facultad competente para percibir su valor con apercibimiento de depositarlo en la Diputación de los cinco Gremios de esta villa, en cuyo estado se remitieron al Consejo los Memoriales del Conde, y mandó no se suspendiera por este recurso lo resuelto por S. M. en la citada Consulta, y dieron los Despachos prevenidos a los Señores Directores.

La justicia original con que se ha procedido a la incorporación de estas alcavalas, resulta notoriamente, atendiendo á que por lo que respecta a las de las villas de Torrequebradilla y Torralba fueron vendidas en empeño al quitar, con que habiendo querido S. M., en virtud del pacto desempeñarlas, ha usado de su derecho, y así lo confiesa el Conde, sin que pueda tener fundado recelo, para que no se le entregue el precio legítimo que por ellas percibió la Real Hacienda, como se ha practicado con cuántas se han incorporado y a este fin se mandó en estas que acudieran a justificar si eran libres o de mayorazgo, y la facultad para percibir su legítimo valor.

En cuanto a las alcavalas de la villa de Fuentes, que pretende el Conde se declare pertenecerle en pleno dominio y que se consulte a S. M. no están sujetas a incorporarse a la Real Corona, es una pretensión opuesta a Ley, y a la potestad y voluntad del Príncipe, explicada repe-

tidamente a Consultas del Consejo para la observancia de aquélla, mediante que después del Real Decreto de 18 de noviembre de 1732 incorporado, como Auto Acordado, en la novísima Recopilación en que se mandó desempeñar y redimir alcavalas y rentas enagenadas de la Corona con títulos perpetuos de ventas, volviendo a los dueños los primitivos precios, se puso término a las opiniones de los Autores y así esta sirve ya de ley y máxima en la Real Hacienda que se ha mandado observar por repetidas Reales Ordenes y en su virtud se han redimido muchas alcavalas perpetuas, volviendo a los dueños sus primitivos precios, sin embargo, de haberse opuesto algunos, fundados en la perpetuidad de su compra y especialmente en las alcavalas del Marqués de Estepa, en que a la fundamentada Consulta de 12 de febrero de 1761 con que se conformó S. M. mandó se procediese ala incorporación de las alcavalas de esta naturaleza, y que a esta casa y otras de su clase se las recibiesen todas, aunque tuviesen baja en el rédito regular; por lo que en este punto no puede subsistir duda, ni controversia, y menos el Marqués de Fuentes impedir una incorporación resuelta ya por S. M. en la citada Consulta del Consejo de 12 de febrero, executada con pleno conocimiento y arreglo a las anteriores Reales Resoluciones.

Por todo lo cual es denegable en Justicia la pretensión del Conde, como así lo piden los Fiscales y que se consulte a S. M. para que resuelva lo que sea de su Real Agrado.

Madrid y enero 7 de 1763.

(Dos Rúbricas)

A. H. N. Consejos, leg. 34.516, pieza 5.a, folio 10-11v.

IV

DEMANDA DEL FISCAL DON FRANCISCO CARRASCO SOLICITANDO LA INCORPORACIÓN A LA CORONA DE LAS ALCABALAS DEL ESTADO DE LEMOS INTERPUESTA EN 7 DE OCTUBRE DE 1761 (ms).

M. P. S.

Don Francisco Carrasco de la Torre, Fiscal del Consejo en Sala de Millones: Dice, que entre los expedientes que se le han pasado por Su Señoría concernientes al Negociado de Incorporación, es uno principado por el Conde de Lemos y continuado por su sucesora la señora Maruesa de Aytona, sobre confirmación de las jurisdicciones y derechos de alcabalas que percibe en sus estados de la Puebla de Brullón y su tierra; en el de Monforte de Lemos y sus partidos, y en las villas de Sarriá, Castro, Otero del Rey y sus tierras, y reconocidos sus instrumentos aparece notoriamente que los derechos de alcabalas de la villa de Monforte de Lemos y sus partidos y las de Sarriá y sus tierras per-

tenecen a la Real Hacienda, la que funda su derecho a la percepción de estos derechos mientras no presente título o privilegio de ellos; lo que no ha hecho la Condesa de Lemos.

Que el de la merced del Sr. Rey don Alfonso Onceno, hecha en el año de 1332 es anterior a la imposición temporal de las alcabalas. Y la merced del Sr. Rey don Pedro el Cuarto (*sic*) a don Fernando de Castro del Condado de Trastamara, Lemos y Sarriá, es verdad patente en la Historia que no tuvo efecto porque como en aquel tiempo estaba ya proclamado Rey en Castilla su hermano, y el Sr. Enrique 2.º había hecho anticipadamente la misma merced al famoso Beltrán Claquín. Que aunque pacífico poseedor del Reino premió a esta caudillo con mayores títulos y señoríos, no resulta que aquel Príncipe restituyese, ni rehabilitase el Condado a don Fernando de Castro, antes bien es hecho igualmente notorio en la Historia, que hizo merced del Condado de Trastamara a don Pedro de Castilla, su sobrino, con cuya hija casó don Pedro Alvarez Osorio, creado por señalados servicios Conde de Lemos por el señor Enrique 4.º en cuya sucesión parece haber continuado el estado.

Que aunque la merced del Sr. Rey don Pedro hubiera tenido su efecto, tampoco es comprensiva de las alcabalas, pues solo se extendía a las rentas y derechos que hubiesen tenido el mismo Sr. Enrique 2.º siendo Infante y Conde de Trastamara, y los demás que hubiesen tenido los Condados de Lemos y de Sarriá y mientras no hiciera ver que gozaban pacíficamente las alcabalas, no podrían entenderse comprendidas en la merced. Que aún en ella se reservaban señaladamente para la Corona, entre otros derechos y rentas, las tercias y las décimas, y que en aquel tiempo eran décimas las alcabalas. Que los demás papeles que presenta como amparos no lo son para que sufra la Real Hacienda más dilatado despojo de unos derechos que legítimamente le pertenecen y se le detentan. Por todo lo cual,

A V. A. suplica se sirva de declarar que las alcabalas de la villa de Monforte de Lemos con sus doce aldeas, partidos y cotos, y de las villas de Sarriá, Castro, Otero del Rey y sus tierras tocan y pertenecen a la Real Hacienda, mandando se incorporen a ella para que por sus administradores se recauden y administren; condenando a la Sra. Condesa de Lemos actual poseedora de ellas a que las deje libres y desembarazadas; sobre que pone el Fiscal la Demanda más correspondiente en Justicia que pide, y para ello.

(Rubricado)

Otrosí pide el Fiscal pase este expediente a Sala de Justicia para que por ella se dé el curso correspondiente a esta Demanda, que es Justicia que pide; ut supra.

(Rubricado)

V

DEMANDA DEL FISCAL DON FRANCISCO CARRASCO, CONTRA LOS SUCEORES EN DETERMINADOS BIENES DE LA CASA DE LOS ALMIRANTES DE CASTILLA, CON EL FIN DE QUE SE INCORPOREN A LA CORONA LAS ALCABALAS DE DIVERSOS PUEBLOS DE ESTA CASA (ms).

M. P. S.

Don Francisco Carrasco de la Torre, Fiscal del Consejo en Sala de Millones y de los Negocios de Incorporación: Dice, que del pleito seguido contra el Sr. Duque de Alba sobre que se incorporasen a la Corona, las alcavalas que poseía en las villas de Medina de Río seco, Castro monte y otros lugares que se especifican en las Reales Cédulas de Confirmación de los años de 1736 y 737, aparece no haber tenido título los anteriores poseedores para percibir estos derechos, pues el único presentado se redujo a las expresadas cédulas por las que se liberta a las alcavalas de los expresados lugares del Decreto de incorporación, para que las gozase el Duque Don Pascual Henríquez de Cabrera, sin perjuicio del derecho de la Real Hacienda en posesión y propiedad ni dar por esta confirmación más fuerza y valor a los instrumentos presentados que el que en sí tuviesen, ni adquirir mayor derecho a estas alcavalas que el que antes tenían.

Que Comprendiéndose en las citadas Reales Cédulas como pertenecientes al mismo estado de Medina de Río seco, las alcavalas del lugar de Bercianos, jurisdicción de la Laguna de Negrillos en la provincia de León; las de la villa de Villalón de Campos, Villalán de Campos y las de Villacreces de Campos, en la provincia de Valladolid, partido de Río seco; las del lugar de Bercianos de Valverde las de Bercianos de Bidriales y las del lugar del Sotillo en la misma provincia; las de las villas o despoblados de Villavicencio, Ballanta, Adullas y Villasón en la provincia de Burgos; cuyas alcavalas con el motivo del pleito seguido en el Consejo de Castilla en el año pasado de 754, entró el Conde de Benavente y la Duquesa de Alva, sobre la Tenuta del estado de Medina de Río seco (en que se declaró a favor del Conde en los bienes, rentas, jurisdicciones y derechos comprendidos en fundación que hizo el primer Almirante y su mujer en el año de 1426, y a la Duquesa de Alva los del fundado por el segundo Almirante en el de 1473) entró a poseer el citado Conde de Benavente, y por su muerte los poseyó el Conde de Luna, su hermano, como poseedor que se le declaró del propio estado, y por su muerte se ha encargado por el Consejo de Castilla la administración del propio estado y bienes al Marqués de Malpica, quién como tal está poseyendo las alcavalas de las expresadas villas, lugares y despoblados y las demás que no se declararon a favor de la Casa de Alba.

Y respecto a constar notoriamente en el pleito seguido por el Fiscal

con el Sr. Duque de Alva actual, sobre las alcavalas restantes del mismo estado, no haber título legítimo de concesión de la Corona, sentado en los Libros de lo Salvado como previene la Ley del Reino, y antes bien por el primitivo privilegio del Sr. Rey Don Juan el Segundo de 4 de octubre de 1421, se reservaron expresamente para la Corona las alcavalas, sin que la confirmación que hizo el propio Señor Rey le diese otro nuevo derecho porque fué una confirmación de todas las cosas y cada una de ellas en la antecedente merced suso incorporada; por lo que es notorio el derecho fiscal para recuperarlas sin desembolso alguno, mayormente cuando el Marqués de Malpica, actual poseedor no pueda presentar otro título, pues el referido Duque don Pascual confesó en el año de 736 que no lo tenía, dando por pretexto que el Almirante don Juan Tomás tuvo los papeles sin formalidad en lugar húmedo, y que antes pudieron perecer en el incendio que en el año de 615 padeció la Casa del Almirante don Juan Alonso; en cuyos términos debe hacerse la incorporación de unos derechos que notoriamente conste poseerse sin título en grave perjuicio del derecho de la Real Hacienda que funda de derecho para reivindicar su propiedad.

En esta atención, y reservando el Fiscal el derecho correspondiente a la Real Hacienda para pedir la incorporación de las alcavalas de los cinco lugares del Condado de Collé, Bósmediano, Felechas, Llama y Grandoso en la provincia de León que actualmente pose don Fernando de Prado, Marqués de Villel; las de los dos lugares de Ercina y Sobrepeña en la misma provincia, que pose el Conde de Altamira; las de la villa de Villavicencio de los Caballeros que pose el Marqués de Távara, las de Escobar de Campos, provincia de Valladolid, que pose el Marqués de Grajal; las del lugar de Bercianos en la provincia de Zamora, que posee el Marqués de Alcañizas; las de la villa de Villada en la provincia de Palencia que posee el Marqués de Távara; las de la villa de Perales en la propia provincia que posee el Convento de Religiosas de Santa Ana de la ciudad de Valladolid; las del lugar del Sotillo en la misma, y valle de Buedo que posee el Duque de Frías, y las de la villa de Villarta y Quintana en la provincia de Burgos, partido de Logroño, que posee el Duque de Nájera, según los informes que han dado al Fiscal los Intendentes y Subdelegados que presenta; cuyos pueblos correspondieron al propio estado de Medina de Ríoseco, y actualmente aparecen estar en terceros poseedores: por tanto,

A V. A. se sirva declarar que las alcavalas de las expresadas villas, lugares y despoblados y todas las demás que posea como parte del estado que se adjudicó al Conde de Benavente en el en el pleito de Tenuta que siguió con la Duquesa de Alva, tocan y pertenecen a la Real Hacienda, mandando se incorporen a ella, condenando al Marqués de Malpica su actual poseedor a que las deje libres y desembrazadas y que para su percepción y cobranza se den las órdenes convenientes a los Señores Directores, y a los Intendentes de las respectivas provincias,

sobre que pone demanda en forma con la protexta ordinaria para hacerle saber esta demanda, mediante estar ausente en la villa de Bilbao, se libre el emplazamiento correspondiente cometido a las Justicias de la expresada villa, y en todo pide justicia para ello.

(Signado y Rubricado)

A. H. N. Consejos, leg. 34.748.—Papeles relativos al pleito sobre las alcabalas de Castromonte y otros pueblos del Estado de Medina de Rioseco, folios 8-10.

VI

RESFUESTA FISCAL DE DON FRANCISCO CARRASCO EN EL PLEITO SOBRE INCORPORACIÓN A LA CORONA DEL SEÑORÍO DE PICÓN (ms).

El Fiscal, respondiendo al traslado del escrito últimamente presentado por el Marqués de Torremejía, dice, que, sin embargo, de cuanto en él se expone en vista de la justificación que se ha hecho por su parte, el Consejo se ha de servir consultar la incorporación de la villa de Picón, según se ha pedido por el Fiscal; porque bien instruido el Consejo de los informes que se han pedido y se han remitido por el Intendente de la Mancha, que resultan del mismo expediente, reconocerá la utilidad y conveniencia de esta incorporación a la Corona y que será con exuberancia y con mayores ventajas que de las alcabalas, respecto de lo que producían al Marqués las alhajas que se expresan por menor en el título de compra, que de todo ello hizo a la Corona Luis Alfonso de Estrada, su causante, perpetuamente y por juro de heredad en tres cuentos, 231.625 maravedís, que desembolsó, según aparece de la escritura que otorgó con la parte de la Real Hacienda en 8 de octubre de 1564; precio tan moderado que era menos de una tercera parte de los valores que hoy percibía el Marqués y quiere oscurecer con una información que ha hecho diminuta de lo que han producido y producen estas alhajas, por no estar comprendidos muchos de los derechos que se enajenaron por la Corona y por solo lo que se ha supuesto voluntariamente por su administrador en unas cuentas formadas a la mano de un quinquenio y que no constan formalmente tomadas, ni aprovechadas por el Marques.

Que el Fiscal, que es a quien toca mirar por la utilidad y conveniencia de la Incorporación de las alhajas enajenadas de la Corona halla utilidad necesaria y aún con exuberancia para pedir la Incorporación de todas las alhajas, enajenadas de la Corona por las justificaciones que se han practicado y remitido por el Intendente de la Mancha, pues habiéndose hecho formal liquidación del capítulo desembolsado por el comprador Luis Alfonso de Estrada y de los valores de todas las rentas que producían y percibía el Marqués por el último quinquenio en que se pidieron, hacía ver el Contador de este Negociado la conocida exuberancia y conveniencia que de esta incorporación precisamente se

seguía a la Corona, reintegrando el Marqués de aquel capital desembolsado, por producir 35 reales y 18 maravedís por ciento, sin haber incluido en su liquidación la jurisdicción, ni el molino que llaman de Gaytanejo, que también deberá ser comprendido en la Incorporación mediante serlo en la misma compra, aunque después lo hayan enajenado los causantes del Marqués.

Que siendo como es tan útil y conveniente esta incorporación como queda justificado y de unas Alhajas que en su origen fueron de la Corona y de su propia dotación, no debía retardarse su incorporación porque saliesen de la Corona para más aumento de la Orden de Calatrava y Mesa Maestral, pues desembradas de ellas en virtud de Bulas Apostólicas, y dada la correspondiente recompensa al Comendador y a la Mesa Maestral con rentas propias también del dote de la Corona, fueron reunidas nuevamente a ella, de donde como de su primer centro volvieron a salir por vente Real que de ellas hizo la Majestad del Señor Felipe 2.^o a favor de los causantes del Marqués con las cláusulas comunes de todas las demás ventas de Alhajas de la Corona en que se ha ejercitado constantemente el derecho de incorporación, sujetándolas a las órdenes del Negociado y del Valimiento de todo lo enajenado de la Corona, según se manifiesta del informe de la misma Secretaría de Incorporación y Resolución de S. M. tomada en la Consulta sobre la incorporación de las Escribanías del Consejo de las Ordenes de que se vale el Marqués y en que quedó preservado el derecho que tiene la Corona para pedir la incorporación de estas y otras semejantes Alhajas desembradas de las Ordenes Militares y vendidas por la Corona, debiendo proceder más manifiestamente en este caso por la expresa disposición que en su Testamento hizo el mismo Rey Felipe 2.^o hacia que se reintegrase a los compradores de estas Alhajas en los precios que hubiesen dado por ellas.

Por todo lo cual, el Consejo debe acordar la Consulta de esta incorporación, según y como el Fiscal tiene pedido.

(Rubricado)

A. H. N. Consejos, leg. 34.509, pieza encabezada con la fecha de 1771, folios 125-26.

VII

CARTA DE ESQUILACHE A CARRASCO, 17 ABRIL 1760 (ins).

Muy señor mio: Por ningún caso ha sido mi ánimo ofender las regalías del empleo que V. S. sirve ni la opinión de la persona con la providencia de nombrar abogado que arregle y siga, debajo de las órdenes de V. S. y de su compañero, el expediente del Asunto de Tabaco de la Habana.

Yo al mismo tiempo que conozco el honor y actividad de los Fiscales, especialmente de V. S. comprehendo que los muchos negocios a que

tienen que atender les embaraza el seguirlos con aquel tiempo y oficiosidad de que se valen los particulares para persuadir sus Derechos y por esto he creído que poner un abogado a las órdenes de V. S. podía servirles para juntar todos los instrumentos y materiales pertenecientes al negocio, poner en claro todos los hechos y en caso necesario instruir de ellos a los jueces según VV. SS. lo dispusiesen así como lo ejecutan los particulares, reservándose V. S. para estudiar los fundamentos legales con que deben defender en el Tribunal los Derechos de S. M. y observar el modo con que votan los jueces.

Esta fué mi intención y me hallo tan distante de ofender la opinión de V. S. que pienso que se repartan entre V. S. y su compañero todos los negocios de las tres Salas para que no se experimente dilación en su curso y cuando vaya a Madrid explicaré a V. S. los motivos que pueden sincerar la providencia de que se queja, asegurándole que cada día me hallo más satisfecho de que el Rey hubiese elegido a V. S. para este empleo por las pruebas que está dando de su integridad, de su celo, de su actividad y literatura y que con este concepto me hallará V. S. dispuesto a servirle en cuanto ocurra.

Nuestro Señor guarde a V. S. muchos años como deseo.

Aranjuez, 17 de abril de 1760.

Besa la mano de V. S. su más seguro servidor.

EL MARQUÉS DE ESQUILACHE

Sr. D. Francisco Carrasco.

Biblioteca de la Real Academia de la Historia. Incluida en el legajo titulado: Cartas a Don Francisco Carrasco.

VIII

ESCRITO DE DON FRANCISCO CARRASCO A DON PEDRO DE LERENA DÁNDOLE CUENTA DEL RESULTADO ADVERSO PARA LA CORONA, EN EL PLEITO SOBRE ALCABALAS CON LA CASA DEL INFANTADO (ms).

Excmo. Sr.:

Como acostumbro dar parte de los buenos sucesos que he tenido en mis Demandas de alcabalas debo darle también del desgraciado y no esperado que he tenido en las alcabalas de varios estados de la Casa del Infantado que acaba de perder el Rey, las más en revistas y algunas en vista de que voy a suplicar.

No puedo ponderar a V. E. la confusión y el desmayo que me causa esta pérdidaa quando, contemplo que las razones que asistían al Rey en los demás pleitos de esta especie que ha ganado, concurrían juntas y con mayor fuerza en este que ha perdido.

Cerca de treinta son las Demandas de esta clase que tengo años ha substanciadas, y me tiemblan las carnes para la elección de las que han de verse primero.

Temo que han de ser muy pocas las que yo vea según el trastorno que ha hecho en mi ánimo este suceso.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Abril 18 de 1788.

Excmo. Sr.

MARQUÉS DE LA CORONA (Rúbrica)

Excmo. Sr. D. Pedro Lerena.

A. G. S. Secretaría de Hacienda, leg. 402, pieza 4.a.

IX

ESCRITO DEL MARQUÉS DE LA CORONA A CAMPOMANES DE 22 DE MARZO DE 1774 EN RELACIÓN CON EL CONFLICTO DE COMPETENCIA EN EL PLEITO DE TANTEO DE CABRA DEL SANTO CRISTO (ms).

Muy señor mío: De las condiciones o Reglas de Factoría con que el Señor Rey Don Felipe quarto vendió las jurisdicciones y vasallos de las ciudades y villas realengas y sus aldeas fué una.

Que el Consejo de Hacienda hiciése saber a los lugares o aldeas que estuviesen sujetas a ciudades o villas para que si quisiesen comprar así mismos, lo pudiesen hacer y si las ciudades Cabezas de Partido quisieran eximirse lo hicieran pujando a lo menos un dos por ciento de lo que montara el precio de la compra y esto se había de hacer en el término de cuarenta días y pasados, había de quedar perfecta la venta en el particular comprador y al lugar no le había de quedar ningún Derecho a la compra de su jurisdicción; pero por especial gracia de S. M. se concedió a la villa o lugar cuya venta se hubiese hecho, se le diese su jurisdicción por él, tanto si con efecto lo depositase dentro de sesenta días siguientes al de la notificación que se les hiciese, y no haciéndolo, pasados quedase por éste la venta y al lugar no le había de quedar Derecho para eximirse ni tantearse ni usar de esta gracia.

Que de los pleitos y causas que por razón de estas ventas se ofreciesen a los compradores se había de conocer y conociese privativamente en el Consejo de Hacienda, con inhibición al de Castilla, Sala de Contencioso y de Millones, Audiencias y Tribunales, saliendo el Fiscal a la causa en favor de los compradores.

Bajo de estas reglas y otras contenidas en las expresadas Cédulas de Factoría de 24 de febrero de 1659 se tomó asiento y concierto que fué aprobado por Real Cédula de 18 de maio del propio año con don José San Vitores de la Portilla Caballero del Orden de Alcántara, gentil Hombre de Boca de S. M. sobre la venta que se le hizo de la villa de Cabra, llamada del Santo Cristo en el término y jurisdicción de la ciudad de Ubeda, para él y sus sucesores con las demás cláusulas regulares; y librándose Provisión acudió la villa al Consejo de Castilla y ganó despacho para que no se diese cumplimiento a los librados por

el Consejo de Hacienda para dar la posesión, fundándose en que la ciudad de Ubeda tenía Privilegio para que no eximiesen ninguno de los lugares de su jurisdicción.

Y formado competencia, vista en Sala de ellas se declaró por Auto de 6 de mayo de 1659 tocar el conocimiento de este negocio y causa al Consejo de Hacienda donde se remitió y en su virtud tuvo efecto la posesión y con inserción de todo se expidió Real Privilegio en 43 de diciembre de 1667.

En 17 de mayo del año próximo pasado acudió a este Consejo don Martín de Molina, Marqués de la Rambla, expresando ser actual poseedor del vínculo que fundó el nominado don José San Vitores en que incluyó la expresada villa de Cabra, que por ésta se había acudido al Consejo de Castilla en 2 de febrero del propio año, poniéndole demanda de tanteo y se había librado Despacho de Emplazamiento de que presentó testimonio, y sobre que no le competía este Derecho según el Real Privilegio de venta, por estar pasados ciento cuatro años tampoco se le podía oír sobre este asunto en Tribunal alguno, pues tocaba privativamente a este Consejo y pidió se tomase la más pronta providencia que evitase la prosecución de la Demanda en el Consejo de Castilla.

Mandóse que informase la Contaduría General de Valores, y habiéndolo ejecutado en relación del Asiento y condiciones que contiene la venta en la conformidad referida y puestóse por las escribanías de Cámara, certificación de los pleitos y expedientes que se han seguido y están pendientes en este Consejo de Hacienda sobre tanteo de jurisdicciones de Pueblos vendidos por Reglas de Factoría de que resulta haberse seguido y estar pendientes diferentes pleitos sobre el tanteo de varias rentas hechas por Reglas de Factoría a diferentes particulares, y señaladamente que habiéndose formado Concurso de Acreedores ante la Justicia de la Ciudad de Córdoba a los bienes de don Diego Nicolás de Aguaro, dueño de la villa y jurisdicción de Santa Ella y vendídose en pública subastación para satisfacer a sus acreedores acudió la villa pretendiendo el tanteo, depositando el precio cuya admisión contradujo el comprador y pendiente esta instancia ante la referida Justicia ordinaria, acudió la villa al Consejo de Hacienda expresando tocarle privativamente el conocimiento de esta materia y no poder perjudicarle haber hecho el recurso a la jurisdicción ordinaria, y uvo la pretensión de que se remitiesen los Autos originales hechos sobre el tanteo con copia del remate, y en su vista se declarase haber lugar al tanteo, y mandados remitir los Autos, el Alcalde Mayor de Córdoba suspendió dar cumplimiento al Despacho por decir tener que representar al Consejo de Castilla, y por el señor Fiscal de él, se formó competencia que se hubo por formada y a instancia del de Hacienda se puso certificación de haberse celebrado esta venta por reglas de Factoría y hecha consulta a S. M., la Junta de Competencias en 31 de julio de 1734 se declaró que a consecuencia de la primera venta expedida por el Consejo

de Hacienda y según aquel principio y reglas, el punto único de si había lugar o no al retracto sin trascender a los demás del concurso pendiente en la Chancillería de Granada, y Alcalde Mayor de Córdoba tocaba al Consejo de Hacienda a donde debían remitirse a deducir sus Derechos de cuya real resolución dió certificación en 4 de abril de 1732 don Miguel Fernández Munilla, escribano de Gobierno del Consejo y se continuó en el de Hacienda donde se declaró por executoria el tanteo en favor de la villa.

Y visto todo en el Consejo pleno con lo expuesto por los Fiscales acordó en 15 del corriente que para ocurrir si fuese posible a las dilaciones y contingencias de nueva competencia con el Consejo de Castilla volviese a los Fiscales el expediente para que tratando y conferenciando el asunto con el señor Fiscal de Castilla a quien correspondiese procuráremos evitarla con la que ya estaba decidida y dejar desembarazada la jurisdicción del Consejo de Hacienda, inhibiéndose aquél.

En cuyo cumplimiento paso a V. S. I. este oficio con el deseo de que instruido de los motivos en que se fundó el conocimiento privativo que corresponde al Consejo de Hacienda en el tanteo intentado en ese de Castilla por la villa de Cabra con los Autos que mi agente Fiscal don Vicente Pardo lleva, y franqueará a V. S. I. si los necesitase acordemos el modo de que este asunto tenga curso en este Tribunal a que corresponde.

Nuestro Señor guarde a V. S. I. muchos años. Madrid, mayo 22 de 1774.
Besa la mano de V. S. I. su más seguro y afectísimo servidor.

MARQUÉS DE LA CORONA

Sr. D. Pedro Rodríguez de Campomanes.

A. H. N. Consejos, leg. 35.562, folios 139-44.

X

ESCRITO DEL MARQUÉS DE LA CORONA Y DON JACINTO MORENO MONTALVO AL FISCAL DEL CONSEJO DE CASTILLA DON SANTIAGO IGNACIO DE ESPINOSA EN RELACIÓN CON EL CONFLICTO DE COMPETENCIA EN EL PLEITO DE CABRA DEL SANTO CRISTO 1776 (ms).

Muy señor mío: Para satisfacer el oficio de V. S. de 9 de febrero próximo pasado sobre la competencia del conocimiento de la Demanda de tanteo de la Jurisdicción que en Sala de Mil y Quinientas parece ha puesto la villa de Cabra al Marqués de la Rambla, a quien por privilegio de compra por Reglas de Factoría pertenecía, hemos solicitado así los autos de la competencia que V. S. nos cita de la villa de Valladolid, sobre tanteo de sus alcabalas con el Duque de Nájera en que se declaró por S. M. en 10 de septiembre de 1734, que el conocimiento

pertenecía, con calidad de por ahora, al Consejo de Castilla que era resolución posterior y contraria a la de 31 de julio del mismo año sobre tanteo de la Jurisdicción de Santa Ella, en que se declaró pertenecer el conocimiento a este Consejo a donde se remitieron los autos y con efecto en él se ejecutoriaron, como también otros diferentes exemplares, de lo que resulta.

Que aunque en la competencia de Villoslada con el Duque de Nájera se resolvió como V. I. propone, también consta que héchose recurso a S. M. por la villa, se declaró posteriormente en 10 de diciembre del mismo año, que, sin embargo, de lo determinado en la competencia a favor de Castilla, mandó y declaró S. M. que el pleito se determinase y finalizase en este de Hacienda y con efecto se sustanció en la instancia de revista y por executoria de 10 de diciembre de 1732, se reformó la de vista y absolvió a la Duquesa de Arcos como madre y tutora del Duque su hijo, actual Duque de Nájera, y al defensor del Concurso de este estado, de la demanda de tanteo puesta por la villa.

Que también consta que habiendo introducido en el año de 642, la villa de Riebles en el Consejo de Castilla demanda de tanteo de su Jurisdicción al dueño de ella y dándole traslado, respondió no debía contestar por tocar su conocimiento a este de Hacienda a quien se debió remitir el pleito formando competencia, y consentido la villa en la remisión, visto por Auto de 18 de julio del mismo año se remitió con efecto al de Hacienda y en él se ejecutorió.

Que en el año de 695 pusieron demanda en el Consejo de Hacienda, las villas de Montejaque y Benoaxán al Marqués de las Cuevas del Becerro, sobre tanteo de sus Jurisdicciones y por el señor Fiscal del Consejo se formó competencia, y visto por Sala de ellas, por Auto de 18 de septiembre de 696 se remitió el pleito a este Consejo para su conocimiento, donde se ejecutorió.

Que en el año de 703 por la villa de Aravaca se puso igual demanda de tanteo de esa Jurisdicción al dueño de ella en Sala de Mil y Quinientas, a quien se le mandó presentase el Privilegio y venta, dándole traslado que con efecto le presentó, constandingo se le vendió por Reglas de Factoría, separándola de esta villa de Madrid. Y formó artículo de no contestar, que se despreció por aquella Sala, lo que dió motivo al Fiscal de este Consejo para formar competencia y vista en Sala de Competencias se proveyó Auto en 23 de febrero de 704 remitiendo el conocimiento de este negocio al Consejo de Hacienda, y con efecto en él se feneció y ejecutorió.

Que en 10 de febrero de 746, la villa de Tabernas por Reglas de Factoría compró su Jurisdicción eximiéndose de la de la ciudad de Almería, se opuso ésta y por el señor Fiscal de Castilla se formó competencia con el motivo de haber la villa seguido el mismo juicio en Sala de Justicia el año de 647, y obtenido la ciudad executoria a su favor, y consultándose por la Sala de Competencias a S. M. se resolvió

y declaró ser juez privativo el Consejo de Hacienda para conocer de este pleito y que se prosiguiese y feneciera en él, como así se executó.

Que asimismo consta haberse seguido en todos tiempos otros muchos pleitos sobre tanteo de Jurisdicciones y alcabalas en el Consejo de Hacienda, sin habersele disputado el conocimiento ni formado competencia y todo fundado en las Reglas de Factoría, por las que mandó S. M. que todos los pleitos que se moviesen a los compradores, así sobre estas ventas y sus incidentes, fuese privativo el conocimiento del Consejo de Hacienda con inhibición a la Real Sala de Competencias y demás tribunales, sin que encontremos variedad de exemplares como V. I. propone, ni nos haga ver uno en que la Sala de Mil y Quinientas con noticia de este Consejo, haya conocido y seguido negocio de esta calidad, no obstante, la multitud que en general se refieren, y que en pocos se formó competencia que no está decidida, cuando lo contrario resulta de los exemplares que con toda distinción van en este propuestos, y creemos depondrá V. S. la nota que expresa de que en ninguna de las competencias se ha hecho asunto de las Reglas de Factoría, pues todo el fundamento de los Fiscales de Hacienda en los pedimentos de su formación no ha sido otro que este.

Sin que consideremos adaptable al asunto presente, la competencia que V. S. nos refiere en la Real Audiencia de Mallorca con su Intendente sobre el conocimiento de los Autos sobre partición y división de los bienes que quedaron por muerte de Salvador Rafael entre sus herederos, de que pretendía conocer el Intendente por ser bienes censuales del directo dominio alodial del Real Fisco, pues justamente se resolvió que el conocimiento le correspondía a la Justicia ordinaria, porque allí se trataba de interés particular entre partes y el que el todo de los bienes estuviese en un heredero o en otro nada perjudicaba el dominio alodial que el Fisco tenía a cobrar la pensión, y rehaberlos por incorporación cuando le sea útil y conveniente, pues este derecho compete al Fisco en cualquier tiempo, siempre que la Alhaja tuvo su egresión de la Corona y solo para evitar disputas se hizo al Rey la representación que remitió al Consejo de Castilla y V. I. cita para establecer regla fija que evite todo embarazo.

Y esto no tiene concernencia alguna a las ventas hechas por Reglas de Factoría, pues en todas notamos se insertan como lo están literalmente en el Privilegio original despachado en 31 de diciembre de 667, a favor de los causantes del Marqués de la Rambla, que ha presentado.

Y siendo así una de sus condiciones conforme a la regla, conceder el tanteo a los pueblos vendidos, acudiendo a proponerle en el término de treinta días en el Consejo de Hacienda, sin que pasados fuesen oídos y admitidos, denegándoles cualesquier recurso de tanteo, ni puja, razón ni causa, y que a su defensa salga el Fiscal de Hacienda; y entrado este capítulo a la vente de la villa de Cabra inserto en su privilegio, por lo mismo que V. I. dice, reconocerá el fundamento con

que solicitamos la inhibición de la Sala de Mil y Quinientas, remitiéndose la demanda de tanteo de la villa a este Consejo, pues si habiendo introducido la villa el tanteo en los treinta días, correspondía al Consejo de Hacienda su conocimiento, proponiéndole ahora después de cien años, en que le obsta la condición que se intenta infringir, corresponde con superior criterio el conocimiento al Consejo de Hacienda y los Fiscales deben salir a su defensa y observancia, pues lo contrario retraería a los compradores con perjuicio del Fisco, además que tratándose de estos negocios en Castilla no era fácil llegase a los Fiscales de Hacienda la noticia, y reconocer si era útil a la Corona para promoverla.

Que cuando esto necesitase otro mayor apoyo lo hallará V. S. en el Real Decreto de 29 de enero de 1774, que se refiere a los autos Acordados en la remisión, después del título 7.º, libro 9, en que mandó el señor Rey don Felipe 5.º que el Consejo de Hacienda tuviese omnimoda y privativa jurisdicción ordinaria, con mero, mixto imperio en todo lo dependiente e incidente de Hacienda, civil y criminal con independencia de todos los demás Consejos, Chancillerías, Audiencias y Tribunales, y también tendrá presente el Real Decreto expedido en Buen Retiro a 23 de marzo de 1763, recopilado en el Ropia de rentas al folio 577 y con lo que queda satisfecho a los Autos Acordados 38 y 39 del título 4.º libro 2.º de los recopilados, porque las ventas de jurisdicciones y alcabalas hechas por Reglas de Factoría toca su conocimiento por ellas al Consejo de Hacienda, y no solo no se executaron contra las Condiciones de Millones, sino antes bien con consentimiento del Reino junto en Cortes, como V. S. lo reconoce y expresa.

Que el Auto 87 del mismo título y libro (que V. S. con notoria equivocación cita ser el 17) no tiene conexión con este caso en cuestión, pues fué su disposición para las antiquísimas causas de la visita del Consejo de Hacienda que se extinguiesen sin más y determinasen las de alguna entidad que mereciesen determinación; por todo lo cual expresamos que reflexionando V. S. todo lo expuesto quedará hecho cargo de que no podemos receder de nuestro oficio ni consentir siga el pleito de este tanteo en Sala de Mil y Quinientas en perjuicio del privativo conocimiento que siempre ha tenido y declarado en tantas competencias resueltas a favor del Consejo de Hacienda en fuerza de lo estipulado con los compradores, conforme a las Reglas de Factoría.

Nuestro Señor guarde a V. S. muchos años como deseamos. Madrid [en blanco] de abril de 1776.

Besan la mano de V. S. sus más seguros servidores.

MARQUÉS DE LA CORONA

JACINTO MORENO MONTALVO

Sr. D. Santiago Ignacio de Espinosa.

XI

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA, INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA RECAÍDA EN FAVOR DE LA CASA DEL INFANTADO EN PLEITO DE ALCABALAS EN 1788 (ms).

Excmo. Sr.:

En cuatro del mes de diciembre de 1761, puse demanda de incorporación a la Corona de las alcabalas que la Duquesa del Infantado poseía en los lugares de Gatón, Moliellas, Herrin y su castillo de Villa Vega con el monte llamado Santa María, las de la Villa de Guardo, sus términos y lugares, las del Condado del Real de Manzanares, sus villas y lugares las de Buitrago, Ita y sus agregados, las del Estado de Saldaña, y todas las demás que por menor se expresan en una Real Cédula librada a consulta de la Junta de Incorporación en 15 de mayo de 1711, por no tener como no tiene, la Casa de Infantado título ni privilegio específico de egresión de la Corona, sentado en los Libros de lo Salvado como era preciso con arreglo a la Ley del Reino.

A pesar de la vigilancia del Fiscal, y del manifiesto derecho y justicia que asiste a la Real Hacienda, y se hizo patente en los Autos, recayó en ellos sentencia de revista en 7 de abril de 1788 confirmatoria de la de vista de 26 de mayo de 1779 (*sic*) por la que se absolvió a la Casa de Infantado de la demanda puesta por el Fiscal.

Este fatal éxito no esperado por el Fiscal en un pleito en que veía clara la justicia del Real Fisco, le hizo pensar en el uso de los remedios extraordinarios que el Derecho concede a las partes agraviadas.

Estos son los recursos de segunda suplicación a S. M. en Sala de Mil y Quinientas, y el de injusticia notoria, cuyo conocimiento corresponde al Consejo de Castilla.

Para el primero halló cerrada la puerta en la prohibición que contiene la ley 4, número 5, título 2, libro 9 de la Recopilación para la admisión de este grado en los pleitos fiscales de la Real Hacienda, como es de ver en el contexto de dicha ley que es el siguiente: «Y porque los pleitos fiscales de la Real Hacienda tienen conforme a derecho jueces que privativamente pueden y deben conocer de ellos; y así es justo y conviene que ante los dichos jueces se fenezcan y acaben los dichos pleitos y negocios, los cuales si fueren tan grandes y de tan gran calidad que en las revistas en algún caso me parezca agregar jueces, se hará cuando conviniere: y mando que ahora y de aquí adelante en ningún pleito, ni negocio de la Real Hacienda no pueda haber ni haya grado de Mil Quinientas; y que todos los dichos y negocios se acaben y fenezcan en todo punto, y en todas instancias en los dichos Tribunales de la Real Hacienda sin falta de ellos, sin embargo de cualquier leyes y ordenanzas, uso y costumbres, aunque sea la inmemorial, la que haya en contrario.

No sucede así con el segundo de injusticia notoria, para el cual no hay terminante prohibición como para el primero: Pues los Autos Acordados 6 y 7, título 20, libro 4.º de la Recopilación, que son los que dan la regla para este recurso, no excluyen de él a los asuntos de la naturaleza que el presente

Pero como por la disposición de dichos autos acordados deben introducirse los expresados recursos por punto general en las respectivas Salas del Consejo de Castilla; y por otra parte el contexto de la citada ley, título 2.º, libro 9º de la Recopilación previene que los citados pleitos Fiscales de la Real Hacienda se acaben y fenezcan de todo punto y en todas instancias en los Tribunales de la Real Hacienda, le ocurrió al presente Fiscal la duda de a que Tribunal de los dos ha de acudir a introducir el recurso de injusticia notoria que lleva propuesto, pues no teniendo como no tiene noticia alguna el Fiscal de que se haya introducido hasta aquí recurso alguno de esta naturaleza por la parte del Real Fisco, se hace necesario recaiga Real Declaración que dirima la duda propuesta.

Y para proceder con acierto en un asunto de tanta gravedad e importancia para la Real Hacienda como lo es el presente, me ha parecido conveniente hacerlo presente a V. E. para que poniendo en noticia de S. M. atendidos los fundamentos expuestos, se digna resolver el Tribunal que ha de conocer sobre este pleito en el recurso de injusticia notoria que el Fiscal entiende que debe instruir, por la notoria injusticia que dicha sentencia contiene contra el derecho del Fiscal: y de lo que S. M. se dignare resolver se comuniquen la Real Orden correspondiente.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid y Febrero 23 de 1791.

Excmo. Sr.

EL MARQUÉS DE LA CORONA (Rubricado)

Excmo. Sr. D. Pedro de Lerena.

A G. S. Secretaría de Hacienda, leg. 492, pieza 4.a.

VII

«PRIMORDIA CIVITATIS»

Al estudio de los *primordia civitatis* se dedica una de las obras más importantes del último decenio tanto por el vasto panorama histórico que contempla como por la profundidad de la investigación y la riqueza de resultados ¹. Verdadera obra de madurez que marca la fase culminante de una vida totalmente consagrada al estudio y a la investigación histórica de uno de los más preclaros romanistas actuales, que modestamente se define a sí mismo como *un studioso appassionato cui ha sorriso la speranza di poter recare—nonostante, «l'aetas iam ingravescens»—un suo contributo alla soluzione di alcuni problemi fondamentali della storia del diritto pubblico romano.*

La obra, que constituye un imprescindible medio de trabajo y será la base de nuevos estudios y polémicas, une a la completa y esauriente información una admirable claridad y sencillez de exposición.

Especial importancia tiene la introducción, en la que el profesor DE FRANCISCI expone magistralmente su modo de concebir e interpretar la Historia y sus conclusiones en torno al método histórico. Decididamente abandona la doctrina del evolucionismo y positivismo sociológico que siguió en la primera fase de sus ideas metodológicas ², afirmando que no sigue el causalismo positivista ni las teorías afines que hacían depender el proceso histórico exclusiva y casi mecánicamente de los factores históricos y elementos constitutivos. Fiel a la dirección adoptada en la segunda fase de su pensamiento, que se orienta hacia contenidos espirituales ³, afirma que la historia debe considerarse como una creación del espíritu, que no es una abstracción filosófica—como en la concepción hegeliana del espíritu objetivo y teorías afines—, sino el espíritu subjetivo

1. DE FRANCISCI, P.: *Primordia civitatis*. Pontificium Institutum utriusque iuris. Studia et Documenta. Romae Apollinaris, 1959, 785 p.

2. Vid. DE FRANCISCI: *I presupposti teoretici e il metodo nella storia giuridica*, en «Riv. italiana di Sociologia», 20 (1916), 46 ss.; *Dottrina e storia nella educazione giuridica*, en RIFD, 3 (1923), y *Storia del diritto romano*, vol. I, Roma, 1926, cap. I.

3. DE FRANCISCI: *Spirito della civiltà romana*. Roma, 1940; *Idee per un rinnovamento della scienza del diritto*, en «Ann. di diritto comparato», 1940, p. 11 ss.; *Punti di orientamento per lo studio del diritto*, en RISG, N. S. 3 (1949), 69 ss. (trad. española de J. Iglesias, Barcelona, 1951); *Arcana Imperii*, 4 vol., Milano, 1947-48.

«aquello que vive en cada uno de los hombres, que es patrimonio de cada uno y que en cada uno se manifiesta con varia potencia, y que constituye la personalidad»⁴. La autonomía de este espíritu subjetivo es fruto de una conquista continua y progresiva y está condicionada por una serie de limitaciones interiores, dependientes de sus propias posibilidades y actitudes, y exteriores formadas por el ambiente físico y social en que actúa. De este contraste entre la autonomía que tiende a afirmarse y la condicionalidad que se opone al espíritu se deriva un «continuo flujo y reflujo de corrientes generadoras de un dinamismo que el historiador debe esforzarse en recoger, comprender y representar»⁵. En este dinamismo la función del espíritu es de un *agere* o de un *pati* o, con frecuencia, de las dos cosas a la vez, y la prevalencia del *agere* sobre el *pati* depende de la potencia del espíritu o de la vitalidad o resistencia de la condicionalidad, pero en todo caso, el verdadero actor es el espíritu humano. De esta concepción de la historia como una lenta y fatigosa conquista actuada por el espíritu subjetivo en lucha con las condiciones interiores y exteriores se deriva la consecuencia de que debemos abstenernos de atribuir a los primitivos nuestras dimensiones y posiciones psicológicas y nuestros procedimientos lógicos. Para reconstruir la íntima estructura de las instituciones primitivas es necesario liberarse de presupuestos conceptuales y de nuestros esquemas lógicos y doctrinales. Es necesario abandonar la visión histórica de MOMMSEN, demasiado abstracta y unitaria, y prescindir en todo lo posible del complejo de conceptos, categorías y esquemas que constituyen el fundamento de la Dogmática moderna⁶. Todo ordenamiento jurídico no es más que un aspecto particular del orden (político, económico, religioso) que asume una determinada sociedad en una de las fases de su evolución histórica; es decir, es la expresión parcial de la civilización⁷. Por ello no es posible entender la lógica interna y el espíritu de un ordenamiento si no se tienen en cuenta los momentos nomogenéticos, es decir, las creencias, ideas, sentimientos, necesidades económicas, etc., de la sociedad en la que el ordenamiento jurídico nace. DE FRANCISCI afronta los problemas de orígenes con el convencimiento de que no es posible comprender la naturaleza de las instituciones, como se presentan en su fase de mayor desarrollo, si no se consigue descubrir la ocasión y las formas en que nacen. El historiador no debe detenerse en la descripción

4. *Primordia civitatis*, p. 3 s.

5. *Primordia civitatis*, p. 4.

6. *Primordia civitatis*, p. 7 ss.

7. *Primordia civitatis*, p. 12.

y explicación de manifestaciones u objetivaciones macroscópicas (sucesos, obras e instituciones), y debe buscarle su genuino significado. Por ello, declara el autor, ha debido valerse de las conclusiones de diversas disciplinas como la paleografía y la arqueología, la lingüística, la filología y la historia de las religiones. Para reducir las oscuridades y colmar las lagunas señala diversos procedimientos y medios: el análisis de las supervivencias, el método comparativo y el procedimiento basado en la correlación entre los diversos momentos y elementos constitutivos de una civilización y una determinada fase de su evolución. A los ojos de DE FRANCISCI «la historia aparece como una grande partitura que sólo puede ser entendida por quien proceda al análisis de los temas y de los motivos que poseen en ella un valor «poietico», y se adueñe de los movimientos y de los ritmos y estudie los desarrollos y las combinaciones»⁸. Nos hemos detenido expresamente en la exposición de estas conclusiones en torno al método, por tratarse de un autor que ha dedicado tantas brillantes aportaciones a los problemas metodológicos⁹.

Fiel a las directrices trazadas, DE FRANCISCI reconstruye el ambiente físico, político, económico y religioso de la región en la que surge la comunidad romana, tratando de individualizar los momentos nomogenéticos que dan origen a las instituciones y ordenamientos jurídicos. Estudia para ello los distintos cambios sufridos por la región en las diversas eras geológicas y las sucesivas corrientes etnográficas y culturales que dan origen a la primera civilización lacial que surge como un complejo sincretismo de culturas. Sitúa las primitivas formas de asentamiento de la península itálica en el *vicus*, o agrupación de cabañas, y en el *pagus*, territorio donde se desenvuelve la vida del *vicus*. La familia romana se presenta como un grupo parental constituido por los descendientes de un *pater* que, es, ante todo, jefe religioso, sacerdote del grupo. Dentro del *pagus* existirían agrupaciones de familias asociadas en un grupo superior, la *gens*. El fundamento de la *gens*, de formación anterior al *regnum*, reside en la solidaridad natural que nace de una lejana parentela y de la comunidad de intereses, tradiciones, costumbres y creencias que unen a los grupos familiares. La *gens* que ejercía una señoría preeminente sobre el *pagus* debía poseer ya no sólo una organización parental y

8. «Mi investigación ha sido una búsqueda de temas y de motivos, de sus desarrollos y combinaciones para encontrar el valor poietico por ellos asumido en el devenir del proceso histórico.» *Primordia civitatis*, p. 19.

9. Vid. las citadas en *Studi in onore di P. De Francisci*, I, Milano, 1956, p. XXIII ss.

religiosa, sino también una embrionaria organización política con ordenamiento y órganos propios. La *gens* aparece así como una *consorteria di tipo cavalleresco* en la que un grupo de señores, los *gentiles*, domina un conjunto de vasallos, *clientes*, que les prestan sus servicios en la paz y en la guerra ¹⁰.

El tema central de esta valiosa aportación, al que el autor dedica preferentemente su atención, es el del origen y formación del concepto de poder. Ya en sus obras anteriores, especialmente en *Arcana Imperii*, donde se estudian las estructuras políticas del Oriente mediterráneo, Grecia y Roma, DE FRANCISCI exponía sus conocidas concepciones sobre la potestad que nace de la autoridad o carismas personal y sobre la potestad fundada en la validez y autoridad de un ordenamiento, que constituyen los dos paradigmas del pensamiento del Maestro. En los *Primordia* desarrolla su concepción del poder derivado de la potencia o autoridad personal a través de un exhaustivo estudio de la primitiva mentalidad romana. Divide su exposición en dos partes: la creencia en la potencia y de la creencia en la potencia al concepto de poder. En la primera parte estudia las concepciones mágico-dinamísticas y mágico-animísticas de los primitivos romanos. Siguiendo a DE MARTINO, afirma que el drama existencial del hombre primitivo está constituido por dos momentos: el riesgo que siente de la fragilidad de la propia existencia frente a las potencias que por todas partes le asedian, y la resistencia y defensa que trata de oponer, en varias formas, para sobrevivir. Este mundo mágico es considerado por el primitivo no como un objeto, sino como algo en el que él mismo quiere participar, tratando de dominar las fuerzas o potencias mediante un combate que se centra en la conducta mágica. En esta concepción dinamística del mundo, que constituye la base de la concepción mágica, toda cosa o persona en la que se observa o se cree observar alguna especial manifestación es considerada como un centro de potencia. Portadoras de potencias se consideran también las palabras y las acciones. A esta primera fase dinamística sucede una segunda en la que domina la concepción mágico-animística que se introduce cuando se comienza a distinguir entre una potencia concebida impersonalmente y una potencia considerada bajo forma personal. La potencia, en esta nueva fase, viene atribuida a seres espirituales, frente a los cuales el hombre asume la posición de un humilde cliente esforzándose en obtener de ellos, mediante súplicas, ritos y sacrificios, ventajas para la vida presente y futura. Como prueba de que la fase religiosa-jurídica de la comunidad romana fué precedida de una fase dinamístico-

10. *Primordia civitatis*, p. 25-197.

animística, DE FRANCISCI ofrece a la consideración de los escépticos y críticos una serie decisiva de indicios y pruebas. Detenidamente examina el mundo romano de los *numina* o potencias (el espacio celeste, la luz, la tierra, los árboles, los animales, las piedras, el agua viva, el fuego, las armas y los miembros del cuerpo humano) y las supervivencias mágico-animísticas en los ritos romanos privados y religiosos y en el calendario ¹¹.

En la segunda parte, estudia como de la idea de la potencia concreta y personal se pasó al concepto de poder. Observa que los magistrados se calificaban como *potentiores* y el *rex sacrorum* como *potentissimus*, y cómo algunos términos que con posterioridad se usan para indicar el concepto de poder abstracto se basan en la idea primitiva de la potencia personal y concreta: así *potestas*, *imperium*, *auctoritas*, *maiestas* y *fides*. Esta primitiva idea de potencia sobrevive también en conceptos jurídicos de derecho preclásico y clásico, como el de *manus*, la condición del *nexus* y *obligatus* e, incluso, el concepto de *ius*. El origen común de los diversos aspectos del poder en la creencia en la potencia se revela sobre todo en las características de la unidad originaria y la instrasmisibilidad del poder. El paso del concreto poder al poder abstracto se produce cuando las concepciones mágico-animísticas se sustituyen por concepciones religiosas. La cualidad impersonal y abstracta del poder que puede encontrarse en varios individuos se revela entonces por las ceremonias religiosas de la *inauguratio*. A través de la consideración de las distintas funciones en que se manifiesta la potencia se llega gradualmente a la determinación de las diversas formas de poder y, sucesivamente, a una definición y clasificación de los diversos conceptos ¹². A las cualificaciones particulares fundadas sobre la función, como *potestas*, *auctoritas*, *imperium*, *maiestas*, *coercitio*, *iurisdictio*, *manus* y *mancipium*, vinieron a corresponder otros tantos conceptos de contenido y valor jurídico, cuya diferenciación no fué nunca precisa ni su aplicación rigurosa.

En correspondencia a estas dos concepciones del poder, concreto y abstracto, están las dos primeras fases del *regnum*. La primera fase es la del *rex-ductor*. En esta primera etapa, se efectuaría la primera liga de agrupaciones urbanas, regidas por la autoridad de los *patres* y guiadas por la influencia y poder de los colegios sacerdotales (augures y pontífices) que se actúa como consecuencia de la común y voluntaria subordinación de los *patres* al jefe, fundada en la creencia en sus cualidades ca-

11. *Primordia civitatis*, p. 199-360.

12. *Primordia civitatis*, p. 361-406.

rismáticas. El paso de las pequeñas aldeas autónomas a una más amplia comunidad unitaria pudo suceder o por la fusión de las distintas agrupaciones o por la atracción ejercitada por un núcleo más fuerte sobre los más débiles o por la extensión del territorio del *vicus* a otras zonas circunstantes. Los jefes de los grupos familiares de las aldeas primitivas se reunirían para las comunes ceremonias religiosas, y después para examinar problemas prácticos de interés general. En la primera etapa de formación de la comunidad los grupos, en sus necesarias expansiones territoriales, elegirían para las acciones de guerra un jefe militar o *ductor* que se impone por su propia potencia personal y que arrastra tras de sí al *comitatus*, del que obtiene obediencia y devoción. La originariedad del poder romano sólo puede explicarse teniendo presente el espíritu de la relación *ductor-comitatus* que es típico de las sociedades primitivas dominadas por creencias mágicas. El primer núcleo comunitario que había alcanzado un notable grado de fuerza y cohesión bajo la guía del *ductor*, se impone a otros grupos vecinos y los inducen u obligan a someterse al mismo jefe. Cuando disminuía o cesaba su potencia personal, el *rex ductor* era sustituido por otro más fuerte y en el caso de que no existiese un sustituto adecuado recobraban su potencia los jefes de los grupos menores que asumían durante el *interregnum* la dirección de la vida de la comunidad bajo la guía de los grandes sacerdotes ¹³.

En la segunda fase del *rex-inauguratus*, el carisma personal viene sustituido por el carisma institucional, como consecuencia de las transformaciones de las concepciones mágico-religiosas y de las condiciones políticas. La situación de crisis que provocaba la caída del *ductor* hacía sentir la necesidad de asegurar al ordenamiento una continuidad y estabilidad que la relación *ductor-comitatus* no ofrecía. Para encontrar el modo de garantizar a la comunidad una serie de jefes en los que se asegurase la existencia inmanente de la potencia necesaria para regir la comunidad, se recurre a la voluntad divina, que se manifiesta mediante la *inauguratio*. El *rex* es el jefe único que dirige toda la vida de la comunidad y su poder es originario e ilimitado, pero no es absoluto porque se considera subordinado al *fas* o voluntad de los dioses y su acción encuentra un límite en las *mores maiorum* o conjunto de principios orgánicos que regían la sociedad primitiva y, especialmente, la estructura y la vida de los grupos menores ¹⁴.

La comunidad romana, después de la absorción del *collis*

13. *Primordia civitatis*, p. 427-510

14. *Primordia civitatis*, p. 511-559.

en la comunidad palatina, alcanza su propio orden orgánico al final del siglo VII o en los primeros decenios del VI. En el vértice de este orden se encuentra el *rex*, titular del *auspicium maius* y jefe religioso, civil y militar. Como sumo sacerdote, dirige y ordena todos los cultos; asistido del *consilium patris*, da unidad y cohesión a la comunidad, distribuyéndola en tribus y curias, y convoca al pueblo; reprime los actos que pueden poner en peligro la *pax deorum* e interviene para limitar la primitiva autodefensa y para imponer un rito a las partes. En estas funciones, el *rex* debe atender a la experiencia y autoridad de los grandes colegios religiosos de augures y pontífices, delega algunas funciones de culto y crea auxiliares extraordinarios para los asuntos políticos, militares y judiciales. La extensión de este poder real y la multiplicidad de funciones que comprende impide dar un concepto técnico-jurídico del poder del rey, por lo que el autor renuncia a servirse de términos que responden a ideas abstractas que son fruto de una imperfecta y tardía especulación de la época republicana ¹⁵.

A la monarquía latina sucede una segunda fase de predominio etrusco. La monarquía etrusca se caracteriza por una duplicidad de organización social y política: duplicidad de creencias y cultos, duplicidad de ordenamientos—junto a la nueva organización en tribus territoriales y clases servianas se mantiene la antigua de tribus gentilicias y curias—. Existe una división entre los pertenecientes a las antiguas tribus, como los *patres* y los colegios sacerdotales, y los nuevos elementos de la población que es expresión de la distinción económico-social entre la clase de los antiguos terratenientes y propietarios y la nueva clase de los comerciantes y artesanos. Pese a los esfuerzos niveladores de la monarquía etrusca, la vieja clase dominante sigue constituyendo un poderoso bloque político, social y religioso que juega un papel decisivo en la caída de la monarquía etrusca y en la creación de la república. Durante la república seguirá la oposición y lucha entre la vieja clase que defiende su posición de predominio y la nueva clase que aspira a la equiparación política ¹⁶.

DE FRANCISCI termina su obra con un brillante final que titula «hacia la *civitas* republicana». En esta época asume un nuevo valor en el ambiente social y en la vida política el concepto de *populus*, que sirve para indicar el conjunto de los pertenecientes a la comunidad, y la nueva concepción de *civitas* que indica, en un primer momento, la pertenencia a una misma comunidad política y, sucesivamente, la comunidad po-

15. *Primordia civitatis*, p. 561-623.

16. *Primordia civitatis*, p. 625-734.

lítica como ente colectivo. La razón y fundamento de la magistratura colegial de los dos pretores debe buscarse en la duplicación de las legiones: en el período de crisis de la monarquía se recurría a la división del ejército en dos grandes repartos bajo el mando de dos comandantes. En cuanto al problema de la rivalidad entre patricios y plebeyos, el autor afirma que surgió por razones sociales y económicas y sólo, sucesivamente, se convirtió en antítesis política.

En este resumen hemos procurado recoger las líneas generales de una obra llamada a tener una vasta resonancia en el ámbito científico. Son muchos los particulares problemas tratados—especial mención merece el *excursus* sobre la creación de los magistrados—y copiosísima la bibliografía recogida. Puede decirse que el profesor DE FRANCISCI no ha regateado esfuerzo alguno en ofrecer los datos y pruebas en que basa su tesis. Las críticas a esta obra seguirán la línea ya iniciada de rechazar la explicación de los factores mágicos y espirituales como elementos primordiales de las instituciones públicas originarias¹⁸. En este sentido, creemos que las argumentaciones del autor no podrán dejar de ser consideradas como persuasivas, ya que la ingente documentación que aduce no admite objeción. Mayores reservas pueden oponerse, en cambio, al esquema, tal vez demasiado simplista, del *rex-ductor* y al paso del carisma personal del *ductor* al carisma institucional del *rex inauguratus*. Es difícil establecer el período en el que el poder del *rex* comienza a fundarse en un ordenamiento que en forma rudimentaria pudo existir desde época originaria. De todos modos, es necesario explicar el paso del carisma institucional del *rex inauguratus* al carisma institucional que tiene su fundamento en la autoridad de las leyes u ordenamiento jurídico impersonal, y que, según la concepción de DE FRANCISCI, encuentra aplicación en la época republicana. El problema del origen del poder puede ser planteado desde otros puntos de vista, pero cualesquiera éstos sean deberán siempre partir de la mentalidad primitiva que tan decisivamente ilumina el ilustre Maestro. La mayor importancia de la obra, quizá esté en la definitiva victoria que logra contra el escepticismo que venía dominando en torno a los problemas de orígenes y en que constituye una luminosa lección del riguroso método científico con el que estos problemas deben ser tratados.

M. GARCÍA GARRIDO

17. *Primordia civitatis*, p. 735-785.

18. Puede verse la contestación de DE FRANCISCI a las críticas y objeciones de algunos de sus contradictores, como DE MARTINO y VOGLI, en la p. 214 ss., n. 58.

BIBLIOGRAFIA

ABADAL I DE VINYALS, Ramón d': *A propos du legs visigothique en Espagne* en «Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo», V, *Caratteri del Secolo VII in Occidente*, tomo secondo, Spoleto, 1958, págs. 541-85.

La relación del ilustre historiador catalán en la quinta semana de estudios del «Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo», celebrada en Spoleto del 23 al 29 de abril de 1957, consta de dos partes: la segunda responde propiamente al título bajo el que se anuncia la totalidad de la lección, y ofrece una síntesis magistral de lo que puede denominarse el legado visigótico, es decir, las consecuencias que para la historia de la civilización española tuvo el establecimiento del pueblo visigodo en tierras de nuestra Península. La primera parte, que encuadra y ambienta debidamente a la segunda, estudia el hecho de las migraciones y asentamientos y las circunstancias históricas que las condicionaron y determinaron su propio carácter.

Al comenzar la exposición de la segunda parte del trabajo, el señor Abada hace unas interesantes y agudas observaciones que precisan la amplitud y el alcance que tiene para él el concepto de «legado» visigodo. Entiende por tal el conjunto de valores, de instituciones y de realizaciones que, en la civilización posterior de España, deben a los Visigodos su origen y su esencia, hasta el punto de que sería razonable presumir que no hubieran alcanzado realidad entre nosotros de no haberse dado la presencia del pueblo visigótico en tierras de España. Esta noción de «legado» le lleva a excluir de él una serie de realizaciones, que vulgarmente se califican de visigóticas, y que surgieron en los tiempos del *Regnum Gothorum*, como producciones de la población indígena española, influenciadas en todo caso por corrientes culturales de origen distinto del gótico: arte, liturgia, escritura visigóticas, etc.

El señor Abadal ofrece luego una inteligente y luminosa puesta al día de las cuestiones más debatidas en torno a otros posibles aspectos del legado germánico en la realidad histórica de España: el derecho, la épica, las instituciones político-sociales, etc. Muy oportuna y orientadora debió resultar para los estudiosos extranjeros reunidos en Spoleto, que no siempre se hallan perfectamente informados acerca de los problemas peculiares del Medioevo español, esta magnífica síntesis, paradigma de pulcritud y justeza, del presente «status quaestionis» y de las

posturas mantenidas por algunos de nuestros más insignes historiadores, especialmente Menéndez Pidal, Sánchez Albornoz y García-Gallo. Pero el señor Abadal no se limita a exponer teorías y opiniones ajenas, sino que las glosa y valora, y expresa también su propio juicio. Todos esos problemas, el autor se los ha planteado ampliamente, han sido para él materia de serena y dilatada reflexión. Fruto de ella es una madura convicción, que constituye el fundamento de sus propias opiniones y criterios: el legado popular germánico fué nulo o por lo menos irrelevante; el efectivo, el único legado visigótico fué el que dejó la «élite» aristocrática, el grupo cerrado político militar, con definida personalidad étnica y social, que constituyó la clase dirigente y conservó firmemente entre sus manos el poder político y el militar.

A la luz de estos criterios enjuicia y sopesa el señor Abadal las mas importantes facetas del posible legado visigótico. Coincide sustancialmente con las opiniones negativas de García-Gallo acerca del pretendido germanismo del Derecho popular español de la Edad Media. Disiente de Sánchez Albornoz, en la consideración del influjo de la huella germánica en la configuración de la personalidad de Castilla y en la misma esencia espiritual y talante vital del pueblo castellano. Estima en cambio que se conservaron vivas durante el «Regnum Gothorum» ciertas instituciones jurídicas que eran peculiares de la aristocracia, como la regulación especial de la dote y el duelo judicial y, sobre todo, los lazos de fidelidad y libre vinculación personal, que según ha probado Sánchez Albornoz, estructuran el prefeudalismo visigótico y son el origen de las relaciones de vasallaje castellano-leonés de los siglos siguientes. El señor Abadal se inclina también en favor de la opinión de Menéndez Pidal, de la influencia gótica en la épica medieval castellana, de la invisible cadena tradicional que une los *carmina prisca* de los godos a las canciones de gesta, y hace notar que era precisamente dentro del círculo cerrado de la aristocracia gótica donde se atestigua la supervivencia de una épica germánica, aquellos *carmina maiorum*, cuyo canto al son de la cítara recomienda San Isidoro como medio de formación de los jóvenes nobles. Existe, por último, un postrer legado y éste de primordial importancia, que no puede ser discutido a los visigodos: la formación de la unidad política de España. Pero Abadal observa que esta empresa fué, también, la obra del coherente grupo de la nobleza goda, bajo la dirección de la monarquía, que pudo lograr esa unidad que el propio país, escindido aún por las diversidades regionales profundas señaladas por Gibert, era todavía de por sí incapaz de conseguir.

Podrán compartirse o no los criterios expuestos o, al menos, formularse ciertas reservas a algunas de sus premisas y conclusiones; es la servidumbre de todo historiador y más todavía cuando trata de investigar e interpretar los hechos de un período tan oscuro para los hombres de hoy, como es la España visigoda. Pero en todo caso nadie dejará de rendir tributo al profundo saber, a la penetrante intuición, a la superior inteligencia que trasciende de cada una de estas páginas.

Sin embargo, estimamos todavía más luminosa y original la primera parte de la relación del señor Abadal, que de intento hemos dejado para comentar aquí en último lugar.

Trata esta primera parte—como señalábamos antes—del carácter y circunstancias de las inmigraciones visigóticas en España. Abadal arranca del hecho de la distinción entre dos inmigraciones claramente diferenciadas: una de carácter popular, que colonizó la meseta castellana y otra de naturaleza político-militar, que se extendió, a la larga, por toda la Península.

La inmigración popular debió producirse masivamente en la última década del siglo v. Las escuetas noticias del *Cronicon cesaraugustano* hacen referencia a ella con reiteración: «Gothi in Hispanias ingressi sunt», se dice del año 494; y en el año 497: «Gothi intra Hispanias sedes acceperunt». La rebelión de Burdunellus en 496, que también menciona la Crónica, y su derrota por los godos el año siguiente parece una episdica reacción de hispanos indígenas, provocada por la gran oleada migratoria de los godos. Los descubrimientos arqueológicos confirman y aclaran las noticias de la Crónica. Las necrópolis visigóticas excavadas permiten afirmar el establecimiento compacto de una población visigoda en una zona de la meseta castellana centrada en la región de Segovia y extendiéndose radialmente en derredor. Se trataría de una población de modesta condición social, de pobre nivel de vida y dedicada al trabajo de la tierra.

El señor Abadal no cree, sin embargo, que esta migración y asentamiento populares se produjeron íntegramente en el breve período comprendido entre los años 494 y 497. En efecto, lindando con la zona delimitada por las necrópolis se encuentran los *Campi Gothorum*. Esta comarca había sido, desde mediados del siglo v, campo de batalla de los ejércitos visigodos, enviados a instancias de Roma para combatir y contener a los Suevos, en su calidad de federados del Imperio. Allí permanecieron estacionados ya por cuenta propia, montando la guardia a lo largo del *limes* suevo. La presencia de estas guarniciones fijas produciría una corriente migratoria desde el Reino Tolosano hacia las tierras altas de la meseta castellana. Última oleada de este flujo de población gótica debió ser la inmigración del 494-97, que por sus extraordinarias proporciones merecería ser señalada por los cronistas y determinar el levantamiento de Burdunellus.

¿Cuál fué la suerte corrida por estas poblaciones góticas de la Meseta? Abadal procura seguir sus huellas con el auxilio de la filología. La zona de la meseta donde se concentraban los establecimientos godos fué de las que quedaron despobladas como consecuencia de la invasión musulmana, de las «razzias» de Alfonso I y de otras circunstancias históricas que coadyuvaron a ello. Los pobladores godos se hallarían entre aquellos cristianos que Alfonso I—según dice la *Crónica de Alfonso III*—«secum ad patriam duxit». Este despoblamiento explica la falta en España de topónimos con la desinencia *ing.* que hacía pensar a Gamillscheg

en una no existencia de establecimientos góticos, pero que a juicio de Abadal prueba tan solo su desaparición al abandonarlos sus habitantes, pero en modo alguno que no hubieran existido antes.

No serían, a juicio de Abadal, las montañas costeras habitadas por cántabros y vascones el lugar de refugio de las poblaciones góticas que evacuaron la meseta. Esa es la razón por la que estima que no pudieron luego tener parte en el nacimiento y repoblación de Castilla. Los datos de la filología indican, por el contrario, que las rutas de su emigración se orientaron hacia el Noroeste, hacia una región que comprende básicamente Galicia y el Norte de Portugal, es decir, las tierras comprendidas con anterioridad dentro de los límites del antiguo Reino Suevo. Allí han localizado Sachs y Gamillscheg hasta ochenta topónimos formados sobre la base del apelativo «Godos». Allí se hallan también la inmensa mayoría de los dos mil topónimos que tienen como radical un nombre de persona de origen germánico y en general gótico, que se han identificado en la Península. Los mencionados filólogos afirman que esos topónimos, dado su estado de romanización lingüística, deben proceder de una colonización cronológicamente posterior a la invasión de los Arabes. Esos datos son indicio, concluye el señor Abadal, de que los Godos llegados en los siglos VIII y IX a Galicia y Norte de Portugal, pese a la pérdida de muchas de sus peculiaridades originarias durante los siglos transcurridos en la Meseta, conservarían aún la necesaria cohesión y el suficiente carácter nacional para que los indígenas pudieran todavía designar, con nombres alusivos a su origen étnico, sus nuevos establecimientos.

La segunda inmigración, a juicio de Abadal perfectamente diferenciada de la primera, es la de una oligarquía político-militar. Entrada en España en forma de ejército, durante el reinado de Eurico, para dominar la Tarraconense, completó su establecimiento en el país y se extendió por toda la Península cuando los Francos victoriosos consumaron la ruina del Reino de Tolosa.

Esta oligarquía la forma un vasto núcleo de magnates, está constituida por un número limitado de familias, que se arrojan el poder político, el militar, el administrativo y hasta el judicial. Esta sociedad cerrada, con propia condición jurídica, que cristaliza en una superestructura nacional, monopoliza con exclusión del resto de la población—incluso de los pobres godos de la Meseta—la personalidad política. Sus miembros son los que juran individualmente fidelidad personal al rey. Ellos son los que personifican la «patria». A ellos solos se alude cuando se habla de «regnum», de «populus», de «gens Gothorum». Ellos son, en fin, los «omnes Gothi de regnum Spaniae» que, según Fredegario, consumaron la deposición de Suíntila y exaltaron a Sisenendo hasta el ápice del Poder. Ni aún siquiera la misma invasión musulmana eliminó del todo la situación privilegiada de esta oligarquía visigoda, ya que muchas de estas familias conservaron los cargos condales bajo la dominación árabe y los ocuparon de nuevo cuando la liberación. Y menos

todavía se borró la idea de la diferenciación y superioridad de los Godos, como lo muestra la moda popular en los siglos IX y X de emplear nombres personales visigóticos, el mantenimiento de la distinción entre Godos y Romanos en fórmulas medievales y la costumbre, conservada en algunas comarcas castellanas, de emplear el calificativo de «godos» para designar a las personas de condición social superior.

Dentro de los individuos que integraban esta oligarquía, y al margen de los séquitos de sayones y servidores que los rodeaban, el señor Abadal establece una distinción entre dos categorías. Basándose en el texto de Fredegario que diferencian los «primates» de los «mediocres», el Autor estima que bajo aquel primer apelativo se comprendería a los magnates palatinos y a los que desempeñaban los cargos de la administración territorial del país. Los «mediocres» se identificarían con los «gardingos», que sin ejercer autoridad estarían, sin embargo, ligados al rey por su juramento de fidelidad, asemejándose a los «vassi dominici» de los tiempos carolingios.

El mismo texto de Fredegario da pie al señor Abadal para formular, a puro título de hipótesis, una evaluación aproximada del número de familias que componían la oligarquía aristocrática visigoda a mediados del siglo VII. La gran purga política de Chindasvinto—cuyo recuerdo seguía aún vivo cien años después, hasta el punto de que el *Anónimo de Córdoba* escribe que ese monarca reinó, «demoliens Gothos»—es citada numéricamente por Fredegario. Dice esta Crónica que Chindasvinto hizo matar a doscientos «primates» godos y a quinientos «mediocres». Suponiendo que esta represión terrible hubiera eliminado a los jefes de las familias nobles que constituían la facción política de la oposición, podría pensarse en un número doble, de cuatrocientas familias de «seniores» o «primates», cálculo que parece verosímil a la luz de las evaluaciones que hace el autor sobre la base de las cifras de firmantes de las actas del XIII Concilio de Toledo. Si la proporción de «gardingos»—«mediocres»—víctimas de la represión fué de 5 a 2 con respecto a los «primates», cabría también pensar que las familias de estos últimos fuesen aproximadamente un millar y alrededor de mil quinientas, por tanto, el total de familias componentes de la oligarquía visigoda. En individuos, tal vez de siete a diez mil personas, sin contar los séquitos de sayones y servidores.

Este es, en sus líneas fundamentales, el contenido de la relación del señor Abadal. Es comprensible que en el curso de su lectura surjan interrogantes en el ánimo del estudioso, se le planteen problemas, se sienta, sobre todo, no poder dialogar con el autor para escuchar de viva voz su respuesta a nuestras preguntas, para ser ilustrados por él sobre tantas cuestiones como a cada paso sugiere. Deliberadamente nos abstenemos de formular cualquier observación personal a lo largo de esta reseña, ya que correría entonces el riesgo de hacerse demasiado extensa y, además, porque estimamos que es tal el valor del presente trabajo, que el mejor servicio que cabe hacer a los lectores del «Anuario» es:

procurar informarles con la mayor fidelidad posible, para que cada uno pueda reflexionar, meditar por su cuenta sobre él. Y no se extrañe el lector de que un estudio de reducida extensión haya merecido tan dilatada noticia. En Historia, como en cualquier otra ciencia, no es la extensión ni el peso, sino la inteligencia buen criterio para juzgar el valor de un trabajo. Y el del señor Abadal tiene, a nuestro juicio, un mérito excepcional, que es muy raro encontrar en los que versan sobre un período histórico tan oscuro como el estudiado: es un trabajo que ayuda eficazmente no ya a conocer, sino a algo mucho más difícil, esto es, a comprender la España visigoda.

JOSÉ ORLANDIS

AMELOTTI, M.: *La prescrizione delle azioni in Diritto romano* (Milán, 1958). VII + 290 págs.

La institución de la prescripción de acciones tiene tanta importancia práctica como falta de una elaboración de los jurisprudentes. El autor estudia todos los diversos tipos de supeditación a plazo en el ejercicio de las acciones del procedimiento formulario y la generalización que se opera, por influencia de la *praescriptio* inmobiliaria (que se hace adquisitiva y se asimila a la usucapión), en el procedimiento cognitorio, hasta las importantes reformas introducidas en la materia por la legislación imperial de época Teodosiana.

A. O.

BROGGINI, G.: *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters* (Colonia-Graz, 1957). X + 255 págs.

Libro rico de ideas, que plantea una problemática central para la historia del procedimiento romano. Partiendo de la originaria autonomía del *arbiter*, llamado a intervenir en litigios entre grupos distintos, el autor centra su estudio en la significación de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. A ese tipo procesal habría que reconducir la introducción de la bipartición del proceso, con su abstención del magistrado respecto a la resolución mediante sentencia. Pero si la *postulatio iudicis* habría continuado simplemente la sanción de reclamaciones de un *certum*, la *arbitri postulatio* habría cubierto la sanción de las reclamaciones de un *incertum*. Por ello mismo, el *arbiter* debía acudir a los criterios de la *bona fides* y la *aequitas*. De este modo, aquel tipo de *legis actio*, no sólo habría servido de puente para la introducción del procedimiento formulario, sino que, en la forma de *arbitri postulatio*, habría sido el precedente de los *arbitria bonae fidei* (sin necesidad de

presuponer una fase de aplicación a los negocios de *bona fides* formalizados por *sponsiones* recíprocas). Esta tesis, naturalmente, mermaría bastante el valor de la información Gayana acerca del campo de aplicación de la *l. a. p. i. a. postulationem* y acerca del papel decisivo de la *lex Aebutia* para la introducción del procedimiento formulario. Un libro que dará ocasión sin duda para fecundas discusiones científicas.

A. O.

CONCHA MARTÍNEZ, I. de la: *Confirmación de las alcabalas a la Casa de Alba*. Publicaciones de la Casa de Alba. Madrid, 1959.

Tomando como base el Catastro del Marqués de la Ensenada—riquísimo fondo documental que reposa en los archivos, esperando la llegada de un equipo de investigadores, que aprovechen la multitud de datos en él contenidos, respecto a los múltiples aspectos de la política borbónica en España—, nos presenta Ignacio de la Concha unas enjundiosas páginas que, dedicadas al problema de las alcabalas en el Ducado de Alba, plantean cuestiones cuya solución afecta directamente a la doctrina señorial.

La incorporación de las alcabalas a la Corona, se planteó como un aspecto más de la política «revisora» con que los borbones pretendieron modernizar las estructuras patrias, en un intento de enderezar una situación que por momentos conducía al caos.

Por RR. CC. de 21-II-1706, 27-IV y 3-XII-1708 llevó a efecto Felipe V la incorporación temporal de la «alcaualas» en función de la calamitosa situación creada por la guerra civil.

No obstante, las referidas disposiciones dejaron una puerta abierta a la esperanza, por cuanto al ordenar la presentación de los documentos originales, que hubieran dado lugar a la percepción de los mencionados tributos, daban a entender que su misión era más bien revisora que aniquiladora.

La dificultad radicaba, para la Casa de Alba, en la desaparición de los documentos originales, motivada, según sus titulares, por el saqueo que pocos años antes habían hecho los aliados de sus archivos.

En esta situación, los Duques pretendieron justificar su derecho por otras pruebas que, sin embargo, no obtuvieron ningún resultado positivo, aun cuando se incluyeran posteriormente en la Real Cédula que en 1748 confirmó las alcabalas; el cambio de actitud—afirma nuestro autor—se debió a la oferta de un servicio pecuniario propuesto como compensación por la Duquesa al monarca, razón fundamental que hizo cobrar todo su valor a los argumentos, antes tan vanamente argüidos.

Para pagar el servicio prestado se concertó la vuelta a la Corona del Estado de Los Pedroches, concedido, en 1660, a D. Luis de Haro por los servicios prestados a la patria en la firma de la paz de los Pirineos,

con independencia de las ventas realizadas por Felipe IV en 1726 y 27 buscando remedio a la calamitosa situación padecida por la Hacienda Real.

No existe duda en torno a las facultades enajenadas por la corona en la cesión, «jurisdicción zivil y criminal, alta y baja, mero y mixto imperio, señorío y vasallaje, penas de cámara y sangre, calumnias, mostrencos, escriuanías, rentas jurisdiccionales...», es decir, todas las facultades propias del señorío en la época analizada. No obstante, una peculiaridad interesantísima, destaca Ignacio de la Concha, en la cédula que analizamos: la concesión de los «oficios de permisión y tolerancia», verdadera incógnita en un campo, que gracias a la iniciativa individual comienza a esclarecerse.

Como hipótesis, se apunta en la obra que comentamos la posibilidad de encontrarnos ante un desbordamiento de los últimos vestigios de la autonomía ciudadana en favor de los Duques.

Es este, un punto, realmente interesante y parece merecer también una especial atención en la mente del profesor salmantino, ocupado afanosa, aunque infructuosamente, hasta ahora, en buscar la documentación original suscrita para la cesión de Los Pedroches a don Luis de Haro.

A pesar de ello, la hipótesis enunciada tiene visos de realidad, puesto que a partir del momento en que los habitantes de Los Pedroches vuelven a depender de la corona, se apresuran a solicitar del monarca una serie de derechos que se les niegan después de realizada una investigación sobre su vigencia en la época señorial.

«Bien pudiera ser—señala el profesor De la Concha—que lo solicitado por los vasallos en el momento de reincorporarse al realengo, no sea otra cosa que volver a la misma situación en que se encontraban antes de su conversión al señorío. Por ello, el rey se cuida muy bien de atribuirse todo lo que los señores han disfrutado, incluso—y así lo manifiesta—, la jurisdicción y los oficios aludidos.»

El proceso termina—concluye Ignacio de la Concha—con una solución favorable a la Casa de Alba, sí; pero a través de una compensación, que debilitando su autoridad, aparece como claro preludio de las medidas de 1811, 23 y 37.

El interés más acusado de este trabajo radica en que, enfocado sobre un prisma tan concreto como lo indica su título, plantea aspectos generales de las relaciones entre la corona y los señoríos, problema que en la actualidad, y precisamente en la época borbónica, preocupa a su autor.

M. B.

DEMPF, Aloys: *Ética de la Edad Media*. Editorial Gredos, Madrid, 1959; 208 páginas. Versión castellana de J. Pérez Riesco.

El original de la obra, ahora traducida en la Biblioteca Hispánica de Filosofía, vió la luz en su idioma original en el ya distante año de 1927. Esta misma perspectiva temporal nos permite valorar la gran importancia de la visión de su autor, que permanece válida a pesar del tiempo transcurrido, aunque tampoco es fácil comprender que no hubiera sido vertida ya anteriormente al castellano.

El intento de Aloys Dempf, que no puede ser contemplado tampoco fuera de ese gran movimiento revisionista que conmovió la Europa del primer tercio del siglo actual, ha apuntado certeramente a exponer biográficamente la evolución del pensamiento éticista del medievo, pero contiene también la afirmación, no por implícita menos consciente, de que el desarrollo de la ética medieval tiene un valor ejemplar y tal vez conductor de un pensamiento ético vigorosamente actualizable.

Implícitamente, el sistema de la ética medieval aparece en contraposición armoniosa, aun considerado bajo su fluencia histórica, con el confusionismo ideológico moderno. Pero explícitamente aparece contrapuesto con los elementos integrados en la síntesis medieval, o sea, frente a la ética cristiana, tal como aparece desde los tiempos apostólicos y patristicos. Las creaciones medievales valoran en todo su peso específico estos datos tradicionales. Tal vez pensó Aloys Dempf, y casi llega a decirlo, que las construcciones sistemáticas medievales no son otra cosa que intentos de configurar arquitectónicamente las líneas de fuerza tradicionales, bajo un equilibrio ponderado y céntrico. Se percibe cómo los conocimientos éticos se estructuran bajo la pretensión de perfeccionar la naturaleza humana hasta subirla a las más altas cumbres místicas de lo sobrenatural. Al estadio heroico de la moralidad nobiliaria sucede el humanísimo tipo vital que Santo Tomás configura juntamente natural y sobrenatural, social y religioso. Más tarde, los místicos introducen bajo la simbología mística el sentimiento de la individualidad humana, que ofrece un radical entronque a una consideración ética absoluta. Más tarde, el nominalismo no puede abarcar ya unitariamente los fenómenos de la vida moral, y peca de voluntarismo. Es el momento en que la estructuración propiamente medieval de la vida se desvanece, con el resultado de quedar libres las fuerzas individuales del querer ético, que apuntan ya decididamente las diversas soluciones que desarrollará la ética moderna. Por ello, la crisis medieval, anterior al Renacimiento, es mucho más importante que este último fenómeno, porque constituye los puntos de apoyo esenciales de la empresa intelectual moderna. Mas a costa de perder aquella armonización integral que, en base de vivencias germánicas tradicionales depuradas por el cristianismo, presentaba una doctrina acerca de las corporaciones morales y de su mundo espiritual que no ha podido volver a ser reconstruido so-

bre cualquier base, con valor tan universalmente admitido como fué la configuración medieval de la vida humana.

El sistema del presente libro se presenta en tres partes, de las cuales la última ocupa relativamente pequeña extensión.

Se examinan, en primer lugar, las bases ideológicas de la ética medieval. La ética del evangelio viene estudiada en tres apartados muy bien diferenciados: la ética de los evangelios sinópticos, la ética del evangelio de San Juan, y la ética de las epístolas de San Pablo. Aparece así el personalismo compendiado en la pretensión de la «vida nueva» predicada por Cristo, la sublimada consideración de la interiorización humana de la vida divina que conduce a una vida personal perfecta, donde el reino ético se contempla correspondiéndose en varios planos: la moralidad de Dios, en Cristo y en los hombres renacidos, y, por último, el intento paulino de promover el adelanto ético del hombre sacado de su legalidad natural para ser introducido de nuevo en su conciencia plenaria de vida asimiladora y superadora de toda legalidad, para apoderarse de la verdad más absoluta y convertirse en las fuerzas espirituales regidas por el nuevo sentimiento de la justicia de justificación, encuadrándose el sujeto en un cuerpo místico de genuina comunidad vital y esencial respecto al prójimo y respecto a Dios mediante Cristo.

La mezcla de religiosidad y de gnosis clásica hizo necesario estructurar de algún modo teorías de ética cristiana. Esta orientación intelectualista es considerada por el autor en tres aspectos: los sistemas éticos eclesiásticos, la obra ingente de San Agustín y los sistemas ascéticos y místicos.

Dentro ya de la Edad Media propiamente dicha, se estudia la ordenación objetiva de la vida en dicho período histórico, la configuración de sistemas simbólico-eclesiásticos, tales como los producidos por S. Anselmo, Hugo de San Víctor y San Bernardo de Claraval, que llegan a una sublimación teórica de las vivencias religiosas. Por el contrario, la tendencia intelectualista de Abelardo apunta hacia la absorción racionalista de la religión en la consideración ética propiamente dicha. A mediados del siglo XII refunde las tendencias anteriores Pedro Lombardo. San Buenaventura desarrolla ulteriormente la línea mística que a través de su orden franciscana daría aliento a las construcciones de Escoto y de Ockam.

Del intelectualismo de Abelardo, instrumentado en la filosofía aristotélica, derivan los sistemas que Aloys Dempf califica de teleológicos: Alejandro de Hales, San Alberto Magno y, en especial, Santo Tomás de Aquino. El sistema tomista aportó decisivamente al contenido ético de la religión cristiana una nueva forma científica, ante la cual, incluso la enorme aportación de la concepción simbólica del mundo, pareció meramente precientífica.

Todos los esfuerzos de la ciencia ética medieval aunados lograron por fin madurar la personalidad ética moderna, desarrollada en el fran-

ciscanismo y, ya en el siglo XIV, en la tendencia mística alemana a partir del dominico—e intelectualista—Eckehart. Más tarde, como gran precursor de la filosofía moderna de la Escuela Española y de los ensayistas y filósofos franceses subsiguientes al Renacimiento, Nicolás de Cusa, que pretendió aunar el nominalismo decadente para sacar de él un nuevo realismo, y buscar un equilibrio entre la *intuitio* y la *ratio* como elementos decisivos en la futura ciencia moral.

A. SÁNCHEZ DE LA TORRE

ENDEMANN, W.: *Der Begriff der Delegatio im klassischen römischen Recht* (Marburgo, 1959). 68 págs.

Casi contemporáneamente al estudio de Haerberlin, *Die Kausalbeziehungen bei der Delegatio* (en *SZ* 1957, 100-154), el autor de esta tesis marburguesa (bajo la dirección del profesor Kiessling) ha sometido el mismo tema a un examen detenido, centrándolo igualmente en torno a la relevancia de la causa en este negocio fundamentalmente abstracto que es la *delegatio*. Esto demuestra cómo el tema ofrece todavía una problemática interesante, que debe ser considerada con criterio histórico-crítico, y así lo hace el autor, aunque se muestra bastante comedido, y aun diría tímido, en la crítica de interpolaciones.

En sendos capítulos empieza el autor por estudiar los distintos sentidos de *delegare* y su concepto técnico en el campo de las obligaciones. En un tercero, analiza las relaciones que componen este negocio trilateral; a saber, la de delegante-delegado, la de delegado-delegatario y la de delegante-delegatario. En el capítulo cuarto, trata del efecto liberatorio, según el aforismo jurídico *qui delegat solvit*. En el más amplio, el quinto, es donde se estudia el problema central de los efectos de la falta de causa. Finalmente, un breve capítulo sexto precisa las diferencias entre la *delegatio* y otros supuestos similares: contrato a favor de tercero, mandato, *receptum argentarii*, *adiectus solutionis gratia*.

Aunque el autor insiste en la flexibilidad anti-dogmática, con que la jurisprudencia romana trató este negocio, de donde las notables oscilaciones terminológicas, reconoce que la *delegatio* se funda normalmente en un *iussum* del delegante dirigido a la vez al delegado, para que dé o prometa al delegatario, y a éste, para que lo acepte. Por lo general, dice el autor, la delegación es abstracta, lo que se debería al interés de asegurar mejor la posición del delegatario, siendo así que sólo excepcionalmente la falta de relación causante puede influir en la relación creada a favor del delegatario.

Se trata de un como pago doble abreviado: el delegante se libera a través del acto del delegado, en virtud de una construcción jurídica que ve en aquel acto del delegado al delegatario una operación indirecta del mismo delegante («Durchgangstheorie»): como si él mismo recibiera.

del delegado y diera al delegatario. Por su parte, el delegado se libera de su deuda frente al delegante por una analogía con la *datio in solutum*. Naturalmente, en el supuesto (según el autor, minoritario) de delegación novatoria, la extinción se produce como efecto propio de la novación.

El estudio es serio y no rehuye los distintos puntos de vista posibles, y el autor debe ser felicitado por su esfuerzo. Sin embargo, el tema es por sí mismo complejo. Y la inseguridad crítica frente a algunos textos lo hace aún más difícil. Una crítica detallada de todas las posiciones e interpretaciones del autor equivaldría a componer una nueva monografía. Así, me limitaré a esbozar algunas observaciones generales como simple sugerencia para facilitar la crítica por el mismo lector.

En primer lugar, el *iussum* de la delegación puede ser *dandi* (*credendi o solvendi*) o *promittendi*. En el primer caso no se puede hablar de abstracción: el delegado presta o paga un *certum* que el delegatario recibe como del delegante, y éste adquiere la *condictio* contra el delegatario o se libera de él. Naturalmente, si no hay un verdadero *iussum*, la *datio* hecha por el delegado es válida, pero no puede surgir un *creditum* a favor del delegante, sino sólo del delegado que realmente prestó (y de ahí mi escepticismo ante la «*condictio Iuventiana*» de Dig. 12,1,32, donde, por lo demás, no hay préstamo, sino promesa de préstamo). Por otro lado, si se paga *indebitum*, entonces la *condictio* (*c. indebiti*) sigue siendo a favor del delegante, pues fué él quien pagó, a través del delegado.

En estos mismos casos de *delegatio dandi*, el delegado, si era deudor del delegante, queda liberado, pues su *datio* al delegatario, cobrador autorizado, funciona como *solutio* frente al acreedor delegante, aun en el caso de que su *datio* sea crediticia respecto al delegatario.

Así pues, en los casos de *iussum dandi* no hay por qué plantearse la distinción abstracto-causal. Si, en cambio, cuando se trata de un *iussum promittendi*. Aquí no hay, de momento, *datio*, aunque seguirá luego como cumplimiento, sino una promesa estipulatoria. Ahora, la *stipulatio*, por su misma forma, es siempre abstracta, sólo que, si es novatoria, se refiere expresamente a un *idem debitum*, y por eso funciona como modo de extinguir las obligaciones: por la incompatibilidad de dos obligaciones con idéntico objeto; ya sea la novada una deuda del delegante respecto al delegatario (novación pasiva por cambio de deudor o *expromissio*), ya sea la novada una deuda del delegado respecto al delegante (novación por cambio de acreedor, o activa). Cuando preexisten relaciones obligacionales entre el delegante y el delegatario, por una parte, y entre el delegado y el delegante, por otra, la novación no puede operar en los dos sentidos a la vez (como ya dice acertadamente el autor).

Los textos no son siempre muy explícitos, pero, en mi opinión, cuando se habla de un *iussum promittendi* a un deudor o en favor de un acreedor, se piensa siempre en una promesa novatoria (novación activa o

pasiva). Pero la novación no es posible, no sólo en los casos aludidos en que no puede ser doble, sino tampoco cuando el delegante trata de donar (o constituir dote) a un delegatario (donatario o marido) por medio de una persona que no es su deudor (o no lo es en aquello que se dona). En estos casos es claro que, aunque el negocio que intercede sea una donación (o dote prometida), la estipulación misma no depende de otra relación anterior (como ocurre, en cambio, en la estipulación novatoria), sino que es válida por sí misma.

Por tanto, la contraposición delegación causal y abstracta me parece que impide una recta comprensión del problema. La estipulación por *delegatio* es siempre abstracta, porque es *stipulatio*, y siempre causal porque obedece a un *iussum*, acto unilateral, pero conocido por las partes y del que dependen los efectos específicos de la *delegatio*. Vale más hablar, dentro siempre de las *delegationes promittendi*, de delegación novatoria o no novatoria.

Todavía, si el deudor que promete como delegado se libera y ello no se debe a una novación de su deuda, esto no me parece constituir un caso de *datio in solutum*, sino de aquella categoría más amplia de actos liberatorios que podemos llamar *satisfactiones*. Una *datio in solutum* no hay, pues no se da *in aliud pro alio*, ni siquiera hay propiamente *datio*; cuando la promesa es cumplida, en cambio, se da una verdadera *solutio*, en todo igual a la de los casos de *iussum dandi* anteriormente referidos.

Por último, el separar tan tajantemente el *iussum* del *mandatum*, no sólo va en contra del lenguaje de la jurisprudencia, que maneja ambos términos un poco indiferentemente (y no hay que olvidar que la *delegatio solvendi* no exige un *iussum* conocido por el acreedor que cobra, pues la *solutio* puede ser siempre realizada por un tercero), sino que crea ciertas dificultades en aquellos casos en los que a un delegado pueda convenir una *actio mandati contraria*, para resarcir al delegado perjudicado por el *iussum*. Los límites entre una y otra figura pueden resultar algo oscilantes. Cuando Ticio manda a Cayo que preste a Sempronio, decimos que esto es un mandato (*m. pecuniae credendae* o «cuálificado»), y que el mandatario mutuante dispone de la *actio contraria* si no cobra de Sempronio. Pero si Cayo es deudor de Ticio y éste le manda que preste a Sempronio precisamente aquello que le debe, entonces tenemos un *iussum credendi*: el mandatario quedará liberado de su deuda y el mandante se hará directamente mutuante. Hará falta para ello que Sempronio conozca el *iussum*, pero ese mismo conocimiento no impediría la construcción del negocio como *mandatum* en el caso de que Cayo no fuera deudor de Ticio. Así también, cuando el delegado no es deudor del delegante y, por tanto, no puede quedar liberado, necesita algún recurso para reclamar del delegante aquello que dió por su *iussum*, y puede pensarse simplemente en la *actio mandati contraria*. Los textos hablan en estos casos de la *condictio*, y se podría construir como

si la *datio* efectuada por el delegado no-deudor equivaliera a un mutuo hecho al delegante; pero esta *condictio* se nos presenta, de una manera indiferenciada, para reclamar una *acceptilatio* del delegatario que todavía no ha recibido nada, y, francamente, esta *condictio liberationis* me sigue pareciendo difícil de encajar en el sistema de la *condictio* clásica; pero esto sería tema para una discusión especial que no debemos emprender aquí.

A. D'ORS

ESTEBAN ABAD, Rafael: *Estudio histórico-político sobre la Ciudad y Comunidad de Daroca*. Instituto de Estudios Turolenses de la Excm. Diputación Provincial de Teruel. Teruel, 1959.

He aquí un libro útil para el historiador del Derecho, aunque quizá no tanto como pudo serlo si su autor hubiese acertado a evitar ciertos defectos o inconvenientes. La cara y la cruz de la obra quedan definidas en su prólogo en palabras del propio autor, al decirnos que es «de indudable fondo histórico, aunque no sea propiamente una historia de la Ciudad y Comunidad».

Se nos ofrece en este libro un estudio descriptivo de la historia política de Daroca, seguido de una segunda parte dedicada expresa y exclusivamente a las instituciones jurídicas de la Ciudad y Comunidad. Aquí incluye el señor Esteban Abad cuestiones de tanto interés como el origen, extensión territorial y población de la Comunidad de Daroca, y el régimen político-administrativo de ella y de la Ciudad.

No existiendo estudios modernos sobre las Comunidades aragonesas, al menos desde puntos de vista estrictamente histórico-jurídicos, el examen de la Comunidad de Daroca hubiera significado una tarea interesante, máxime siendo ésta una de las más importantes Comunidades del Bajo Aragón. Sin embargo, esta laguna no queda cubierta con la obra que comentamos. Y es que el señor Esteban Abad maneja las fuentes con cierta imprecisión. Así, cuando nos habla de los Regidores de la Comunidad, o de la Plega General, o del Asistente, o de las Sexmas y los sexmeros, realiza una exposición preferentemente a base de la Ordenación de la Comunidad de 1675, sin hacer un estudio evolutivo de por qué etapas se ha pasado hasta llegar a tal ordenación, y limitándose a citar, por vía de antecedentes, datos sueltos relativos a las fases anteriores. En otras ocasiones el cuadro institucional que nos presenta es atemporal, ya que no nos indica el autor a qué época pertenece su descripción. También es un tanto inadecuado el sistema de citas, montado sobre la base de una bibliografía general para cada capítulo, o de referencias inconcretas, o al menos incompletas a documen-

tos publicados en obras anteriores sin especificar los datos necesarios para su valoración crítica.

No obstante, al final del libro, el señor Esteban Abad publica una serie de documentos de indudable interés en relación con el tema. Se trata de una selección de Privilegios, Estatutos y Sentencias arbitrales, tomados por lo general de la colección de «Documentos históricos de Daroca y su Comunidad», publicada por T. Campillo en Zaragoza, 1915. También incluye el texto del Fuero de Daroca de 1142, transcribiéndolo de la «Colección» de Muñoz y Romero.

Hecha salvedad de las imperfecciones de la obra (fácilmente disculpables por no ser su autor «profesional en la investigación ni experto en la crítica histórica»), queremos subrayar su utilidad para orientar cualquier trabajo sobre las Comunidades aragonesas y su organización interna, ya que con frecuencia aporta datos y ofrece pistas del mayor interés.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE

Études d'histoire du Droit Privé, offertes à Pierre Petot. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. Editions Montchrestien. 1959.

Recientemente ha sido publicado el tomo de trabajos monográficos que historiadores de toda Europa, y aun algunos de fuera de ella, dedican como personal homenaje al Prof. Petot. Contiene el volumen un total de cincuenta y tres aportaciones, y entre los firmantes de las mismas figuran los nombres de Henri Levy-Bruhl, Sánchez Albornoz, Gabriel Le Bras, Jean Gaudemet, J. Gilissen, J. Imbert, Gabriel Lepointe, F. L. Ganshof, P. Ourliac y otras primeras figuras de la Historia jurídica.

Los temas tratados en las comunicaciones son muy heterogéneos, y sin más denominador común que su referencia a cuestiones del Derecho privado de tiempos pasados. La brevedad es también nota común y obligada a todos ellos. Para los cultivadores de la Historia del Derecho español tienen especial interés los trabajos de Sánchez Albornoz y de F. Garrison, que tratan más o menos extensamente de instituciones del Derecho hispánico.

El de Garrison lleva por título *Les hôtes et l'hébergement des étrangers au moyen âge; quelques solutions de droit comparé*. El autor estudia los derechos y la responsabilidad del albergador de un mercader extranjero, en relación con éste y con las gestiones mercantiles por el huésped realizadas. Sobre la base de testimonios extraídos de fuentes francesas, nos muestra al albergador como introductor de su huésped en el mundillo mercantil de la ciudad, como verdadero intermediario en las operaciones y negocios mercantiles por él llevados a cabo; además de procurar a su huésped alojamiento, almacén para sus mercancías y,

a veces, comida. En casa del albergador se vende la mercancía del huésped, y aquél tiene un derecho de preferencia para adquirir la mitad de los géneros de su alojado al mismo precio que ofrecieran otros compradores. Bien entendido que, como advierte la Coutume de Bayone, «s'il fait la rétention de la moitié de la marchandise, ne peut demander le droit d'hostelage», es decir, el pago del precio por el alojamiento.

Pero el punto de más interés para los historiadores del Derecho español, es aquel en que Garrison compara los resultados obtenidos del examen de las fuentes francesas con datos tomados de las fuentes españolas. Así, el Fuero de San Sebastián, el de Estella, el Fuero General de Navarra y el Libro de los Fueros de Castilla, contienen una regulación de las relaciones entre huésped y albergador muy análoga a la de los textos franceses, especialmente al de la Coutume de Bayone, incluso teniendo en cuenta que el Libro de los Fueros de Castilla se refiere, naturalmente, al caso particular del romero, es decir, al peregrino de la ruta de Santiago, que no es necesaria ni frecuentemente un mercader profesional como el huésped a que aluden las fuentes francesas. Garrison comenta también el párrafo 934 del Fuero de Cuenca y los a él equivalentes en los de Zorita y Teruel.

Aun sin hacer un estudio completo de las relaciones entre alojador y huésped, dadas las insalvables limitaciones de espacio, el trabajo de Garrison demuestra la relación existente entre instituciones francesas y otras hispánicas, razón por la cual este estudio puede servir de ejemplo y estímulo en favor de la investigación comparada de los Derechos desarrollados al Norte y al Sur de los Pirineos.

El trabajo de Sánchez Albornoz es de carácter polémico. Concretamente está escrito en contra de la tesis de Ernest Lévy acerca de la degeneración total del «precarium» clásico romano. Según E. Lévy, el precarium fué sustituido por completo por formas espúreas que lo dejaron asimilado, ya en el siglo iv, a la «conductio» o al «commodatum». Por su parte, Sánchez Albornoz opina que es cierto que el «precarium» clásico sufrió importantes modificaciones, y que dió lugar, en su degeneración, al nacimiento de figuras como las comentadas por E. Lévy. Pero afirma que ello no significa la total desaparición del «precarium» clásico. Su tesis es que junto a tales formas impuras que hicieron del precario una especie de contrato agrario sustitutivo de la «locatio conductio», coexistió también la aplicación del precario clásico, manteniéndose éste, en muchos casos, fiel a sus notas esenciales, es decir, sin modificaciones importantes en cuanto a su gratitud, duración, sin plazo fijo y revocabilidad. Y, según el profesor español, así continuó el precario hasta las postrimerías de la monarquía visigoda, aplicándose en nuestra Península y también en Galia.

Los principales argumentos que Sánchez Albornoz esgrime a su favor, son los siguientes: a) negar que la Constitución de Valentiniano y Valente del año 386, signifique la equiparación entre el precario y el

arrendamiento, como opina Lèvy; b) mostrar una serie de razones que justificarían la conservación del precario clásico: así, las cada vez más frecuentes relaciones entre patronos y clientes, esto es, la clientela, gracias a la cual muchas personas resolvían la penosa situación económico-social planteada durante el Bajo Imperio; o, luego, en época de Chindasvinto, el ser el precario con arreglo a sus moldes clásicos, un medio útil para evitar las confiscaciones de bienes llevados a cabo por este Rey; c) la perduración de concesiones gratuitas «iure precario» de que nos dan testimonio los Concilios II y III de Toledo, ejemplos que bastan, según él, para comprobar la supervivencia de una de las características esenciales del precario: la gratitud; d) la definición fiel a las notas clásicas del precario que de éste da San Isidoro en sus Etimologías.

Pero quizá, las razones más poderosas que apoyan las afirmaciones del Prof. Sánchez Albornoz, sean la existencia de las concesiones estipendiarias (gratuitas, por tiempo indefinido y revocables) tan frecuentes durante la Monarquía visigoda, y estudiadas ya por el propio Sánchez Albornoz en su libro *El stipendium hispanogodo y los orígenes del beneficio prefeudal*; así como también la de las conocidas «concesiones more salario», otorgadas por los prelados galo-francos a sus clérigos durante el siglo VI, y que también revestían las formas y caracteres esenciales al «precarium» propiamente dicho. También considera Sánchez Albornoz como iguales en los rasgos fundamentales al «precarium» auténtico, las «concesiones territoriales gratuitas, de plazo incierto, revocables, y, a las veces, otorgadas sin la previa redacción de una epístola precaria», típicas del reino astur-leonés, y luego del leonés-castellano, y que ha estudiado el Prof. Valdeavellano.

Así, pues, parece cierto que el «precarium» clásico se transformó hasta asimilarse en ocasiones al «commodatum» y a la «conductio»; pero Sánchez Albornoz hace ver que es imposible que «de esas formas espúreas del precario pudieran haber nacido las concesiones estipendiarias de la España goda, de la Galia franca y de la Italia contemporánea, y las concesiones vasallático-beneficiales del reino castellano-leonés, gratuitas, de plazo incierto y revocables». Por tanto, afirma que hay que suponer viva la recta aplicación práctica del precario clásico romano hasta los últimos tiempos de la monarquía visigoda.

También queremos referirnos al trabajo de Henri Lèvy Bruhl, titulado *Réflexions sur le serment*. En este breve ensayo, H. Lèvy Bruhl define el juramento como «un mecanismo consistente en la invocación de un poder superior para garantizar y eventualmente sancionar la veracidad de una afirmación o la sinceridad de una promesa». Seguidamente alude a alguno de los rasgos más generales que suelen acompañar al juramento a lo largo de sus tan numerosas como distintas figuras históricas. Así se refiere a la oralidad, a la ocasional presencia de cojuradores, como excepción frente a la unipersonalidad del jurador, a

la existencia de ritos, tales como el levantar la mano derecha o el jurar estando en pie, y a su casi constante rigorismo formal.

Estudia también, aunque muy someramente, las modalidades de juramento asertorio, promisorio y purgatorio, así como la moderna laicización de los mismos en comparación con el profundo sentido religioso que les caracterizaba en la Edad Media.

El estudio de Lévy Bruhl quiere ser simplemente una invitación al examen profundo, extenso y comparativo de diversas modalidades de juramento a lo largo del tiempo y en distintos territorios europeos y aún en otros continentes.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE

FERRARI NÚÑEZ, A: *Castilla dividida en dominios según el libro de las behetrias*. Discurso leído ante la R. A. de la Historia el 25 de mayo de 1958. Madrid, 1958.

Aborda Ferrari en este trabajo «el estudio de los dominios que en Castilla aparecen distribuidos según el libro de las behetrias» (1), en cuyos datos se apoya para inducir, «mediante el examen de las instituciones en él reseñadas, los grupos geográficos e históricos de tales dominios, su antigüedad y sus evoluciones».

Como punto de partida, reconoce el nuevo académico, las confusiones en los nombres de los pueblos mencionados, los distintos criterios de los pesquisadores que suministraron los datos precisos, la artificiosa división de las merindades establecidas, etc., como factores contribuyentes al menosprecio de una obra, que, a pesar de ello, iniciada por un Monarca tan realista como Pedro I y respetada por sus sucesores, no pudo ser un monumento de irrealidad.

Pero, además—continúa el ilustre profesor—, aunque las merindades establecidas en el becerro no gozaran de asistencia histórica respecto a las señaladas por las crónicas castellanas, la fuerza misma de los hechos geográficos en los ámbitos que trataron los pesquisadores, frecuentemente constituye divisiones geográficas e institucionales que incluyen a pueblos homogéneos en todos los sentidos.

Partiendo de esta idea—originada por la gran influencia que la ecología humana concede para la determinación de caracteres especiales a los espacios agropédicos, cultivos agrícolas y poblamientos—, divide D. Angel Ferrari la tierra castellana en las siguientes zonas: *marina*, extendida hasta el confin de los ríos que vierten al Atlántico; *montuosa*, a caballo sobre el Ebro castellano y sus afluentes norteños; *central*, cerrada en torno al Arlanzón; *prefronteriza*, limitada por el Duero medio

(1) Índice fiscal sobre los señoríos en Castilla solariéga, realizado en 1352.

y alto; *llana*, fertilizada por el Carrión y el Pisuerga, y *baja*, arropada entre los últimos tramos de ambos ríos.

Caracterizada de forma precisa cada una de las zonas mencionadas; atendiendo a las cualidades específicas de su clima, suelo y producción, se aborda en la obra que comentamos, el análisis del régimen fiscal vigente a lo largo de la etapa feudal, susceptible de subdivisión, a este respecto en tres fases prefeudal, plena y final, que desembocaron en determinadas formas de tributación tipificadas la mayoría de las veces, por la esfera de derecho en que se originaron y mantuvieron en cada período.

Es, sin duda, esta la parte más interesante de la exposición del señor Ferrari, que realiza en ella una valiosa aportación al conocimiento de cada una de las formas impositivas registradas en el becerro, como trampolín para un estudio detallado de la naturaleza específica de las categorías de dominio existentes en Castilla, categorías caracterizadas en cada caso por un peculiar tributario. Solariego, Abadengo, Realengo y Behetria son conceptos analizados detenidamente a lo largo de todo su proceso evolutivo en cada «lugar» de las zonas geográficas antes señaladas.

La tarea ha sido, pues, amplia y realizada con un gran rigor, como toda la obra de Ferrari, supone una decisiva aportación al conocimiento de las formas de dominio en la edad media, aun cuando no haya podido su autor partir de una edición crítica del libro de las Behetria, como él mismo hubiera deseado.

M. B.

GARCÍA-GALLO, Alfonso: *La crise des Droits locaux et leur survivance à l'époque moderne*, en «Annales de la Faculté de Droit de Toulouse», VI, 1958, págs. 285-301.

Las investigaciones sobre los derechos locales—ediciones de fueros y costumbres, estudios de su contenido, exposiciones de conjunto sobre los mismos—han girado hasta ahora en torno a la época de esplendor y desarrollo de esos derechos, siglos XII y XIII principalmente. Apenas si ha existido preocupación científica, si se exceptúa algún caso aislado, por conocer la suerte de los ordenamientos jurídicos locales en épocas posteriores a la de su nacimiento. Una exposición de conjunto sobre esta interesante materia, verdadera laguna de la historia de las fuentes del derecho español, nos ofrece el profesor GARCÍA-GALLO en el trabajo que nos proponemos reseñar, que corresponde, además, a su concepción de la historia de las fuentes del derecho como historia de los sistemas de fuentes a los que han de recurrir los juristas de cada momento y territorio para aplicar el derecho.

Conviene precisar, antes de seguir adelante, cuál sea el alcance del término *municipal* en la época moderna. Ciertamente es, de un lado, que conserva su significado tradicional de *especial*. Sin embargo, en Cataluña

por derecho municipal se entiende el general del principado en oposición al derecho común. Algo parecido ocurre en la legislación dictada para las Indias: las leyes promulgadas para todos los territorios de América reciben el calificativo de municipales para diferenciarlas de las castellanas de valor supletorio. En Aragón y Valencia los términos *fueros* y *costums* aluden a partir del siglo XIII a la legislación dada en Cortes con valor territorial. Claramente se advierte el cambio de sentido que las voces «municipal» y «local» y sus relacionadas han experimentado en estos momentos.

La baja Edad Media significa el inicio de la decadencia de los derechos locales. Los fueros y las costumbres que en esta época se redactan —Fuero de Ayala (1373), Fueros de las Encartaciones (1394), Costumbres de Gerona (1430)—no recogen el derecho de una localidad, sino más bien el de una región más extensa. Esa decadencia a que nos referimos alcanza de hecho sus mayores proporciones en la época moderna, a pesar de la inexistencia de declaraciones legislativas que decreten la abolición de los fueros municipales. La ausencia de ediciones de fueros, costumbres y privilegios locales en los siglos XV y siguientes y la falta de alusiones a los mismos en las leyes y en la obras de los juristas prueban la crisis por la que atraviesa el derecho a que esos textos hacen referencia.

Son varias las causas de esa crisis. La territorialización del derecho es en buena medida consecuencia de las nuevas formas que la vida económica—industria, comercio, comunicaciones—adopta ya en la baja Edad Media y que se generalizan en la Moderna. El hecho de que a una época de aislamiento de los núcleos de población, suceda otra en que las relaciones entre unos y otros se intensifican, determina el desarrollo de los derechos territoriales. Otros factores han acentuado este proceso. Los reyes—y ello se debe al aumento de su poder—no se limitan a confirmar sin más los derechos locales, sino que se reservan la facultad de revisarlos y de modificarlos en aquello que estiman contrario a la justicia o a sus propios intereses (Alfonso X considera contrarios al derecho la mayoría de los fueros; Alfonso XI decide revisarlos en 1348; el Fuero de Teruel es objeto de modificaciones en los siglos XIII, XIV y XV por los monarcas aragoneses). De otra parte, la intervención de jueces reales en las ciudades y, en todo caso, la apelación ante el tribunal del rey de las sentencias locales dificultan extraordinariamente el desarrollo de los derechos municipales, ya que los encargados de su aplicación los desconocen. Otro factor que acentúa esa crisis viene determinado por la oposición, sensible a partir del siglo XIII, entre el derecho común y los ordenamientos locales. Si a esto se añade, por último, que los textos en que se recogen las normas locales no son puestos al día, es decir, no son objeto de las modificaciones y de las innovaciones que cada momento exige, se comprende fácilmente que su aplicación fuese difícil que perdiesen importancia ante el *ius commune*.

La progresiva importancia que los ordenamientos jurídicos territo-

riales adquieren desde la baja Edad Media a costa de los derechos locales da lugar a una época de lucha y al ensayo de una serie de soluciones, distintas en cada uno de los reinos, para conseguir una situación de equilibrio. En Castilla, concretamente, la solución adecuada no fué fácil de encontrar a causa de la multitud de fueros existentes. La política legislativa de Alfonso X, el Sabio, es excesivamente radical en cuanto que se orienta a la supresión de los derechos locales particulares y a la unificación jurídica del reino. Para conseguirla se redacta, en primer lugar, entre 1252 y 1255, un nuevo fuero más perfecto—el *Libro del Fuero*, más tarde llamado *Fuero Real*—con la idea de concederlo a todas las ciudades del reino, suprimiéndose así las diferencias entre los derechos locales. Interesa resaltar que esta primera medida del Rey Sabio entra de lleno en la tradición, al menos externamente: se respeta el principio de que cada ciudad gozase de su propio fuero. La segunda medida—según la cual todos los jueces reales debían juzgar conforme a la ley del rey, distinta de los fueros municipales y contenida en un código conocido primero con el nombre de *Libro de las Leyes*, y luego con el de *Partidas*—es, sin embargo, claramente innovadora. Significa, en punto a la administración de justicia, que un mismo pleito fuese juzgado en primera instancia conforme a una ley concreta, el *fuero municipal*, y en apelación conforme a otra radicalmente distinta a la primera, el *Libro de las Leyes*. Por esto las ciudades se levantan contra el rey en 1270 y Alfonso X se ve obligado en 1272 a confirmar los fueros antiguos y a revocar el *Libro de las Leyes*. En las *Leyes del Estilo*, 125, se ensaya una nueva solución al distinguir entre pleitos foreros, que deben ser juzgados según el fuero del lugar, y pleitos del rey, que lo deben ser según las leyes, usos y costumbres de su tribunal. El *Ordenamiento de Alcalá de Henares* zanja definitivamente la cuestión al establecer en XXVIII, 1, el orden de prelación de fuentes del derecho castellano: en primer lugar, las leyes dadas por el rey y las Cortes a partir de 1348; en segundo lugar, los fueros municipales en la medida en que se aplicasen en la práctica; en tercer lugar, las *Partidas*. Pero la aplicación de los fueros dependía de que estuviesen o no en uso, lo cual necesitaba ser probado. Esta dificultad, si se prescinde de que el campo de acción de la legislación real era cada vez más extenso, marca la total decadencia de los derechos locales, que se transforman en costumbres sólo aplicables en defecto de la ley. Finalmente, el código civil abroga todos los derechos locales (art. 1.976), si bien permite las costumbres locales en defecto de ley (art. 6) o en materia potestativa (arts. 1.258 y 1.287).

En Aragón el problema es muy diferente al que se planteaba en Castilla. No ha existido en el reino aragonés un contraste violento entre los derechos locales y la legislación real. La razón de ello debe verse en el hecho de que la legislación territorial, promulgada por Jaime I en las Cortes de Huesca de 1247 bajo el nombre de *Fueros de Aragón*, recoge los fueros municipales más importantes, los de Jaca, y las redac-

ciones más antiguas del derecho territorial, que a su vez se habían formado sobre esos fueros. Sin embargo, los fueros de Jaca son objeto de refundiciones en el siglo XIII, lo cual prueba su aplicación, de la que carecen en la centuria siguiente. En cambio, en el bajo Aragón, los Fueros de Teruel y Albarracín conservan su importancia hasta 1598, año en que la ciudad de Teruel solicita y obtiene del rey la abrogación de su fuero. Pero de un derecho consuetudinario local, ampliamente desarrollado y que ha gozado de considerable importancia, puede hablarse siempre, incluso en la época actual, en estos territorios.

Cataluña nos ofrece un planteamiento y una solución diferentes a las examinadas hasta ahora. La inexistencia en este territorio de una codificación legislativa de carácter general ha supuesto el desarrollo, libre y sin dificultades, de los derechos locales sin otra limitación que la aplicación de algunas disposiciones de carácter general. En algunas regiones del Norte de Cataluña o de los Pirineos catalanes—Perpiñán y Valle de Aneu—el sistema de fuentes locales viene determinado por los privilegios y las costumbres del lugar y, en su defecto, por el derecho común romano-canónico, sin reconocer valor alguno al derecho general de Cataluña. Pero lo más frecuente es que el derecho local tenga como supletorio el general de Cataluña y en defecto de éste el romano-canónico; así se formula expresamente en Lérida (1228), Tortosa (fines del siglo XIII) y Tarragona (1319). En otras regiones el derecho general de Cataluña ha gozado de mayor aplicación al ser considerado como tal, no sólo los Usatges sino también las fuentes posteriores; sirvan de ejemplo Ampurias (1223), Gerona (1283), Tortosa (1380) y Valle de Arán (1595). En 1409 se da un paso decisivo hacia la unificación de los derechos locales al declararse en Cortes como supletorio de todos los derechos catalanes el derecho común, siendo posible recurrir a la equidad y a la *bona rahó* en defecto de éste; en 1599 se precisa de nuevo el orden de prelación de los diversos elementos supletorios. Consecuencia: las diferencias entre el derecho general del Principado y el derecho local se reducen a las peculiaridades de los textos escritos o de las costumbres locales. Sin embargo, a pesar de que los derechos locales son confirmados por los reyes, muchos de ellos dejan de aplicarse; el proceso de esta decadencia nos es desconocido en su detalle. La Nueva Planta (1716) significó la abrogación de todos los derechos catalanes salvo en las materias pertinentes al derecho privado; sólo el derecho del Valle de Arán siguió en vigor. Pero conviene tener en cuenta, para valorar con precisión la suerte de los derechos locales en Cataluña, que en este territorio la costumbre goza de autoridad y que cuando es inmemorial prevalece incluso sobre la ley. Esto implica la vigencia hoy día de los derechos consuetudinarios, regionales o locales con la limitación que supone la prueba de su existencia y de su supervivencia. En la actualidad, la redacción de una Codificación foral catalana significaría la abrogación expresa de todo el derecho que en ella no fuese recogido.

JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN

GARCÍA GARRIDO, Manuel: «*Ius Uxorium*». *El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho romano*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas: Cuadernos del Instituto Jurídico Español, núm. 9. Roma-Madrid, 1958, XV + 176 páginas.

El ambicioso empeño del Autor, al enfrentarse con un tema tan amplio y tan lleno de dificultades, predispone ya a una favorable acogida. En efecto, la presentación de un cuadro general, en el que se contenga con toda su complejidad el régimen patrimonial de la mujer casada según el Derecho privado romano, no es tarea fácilmente abaricable, especialmente cuando se pretende un examen de todos y cada uno de los aspectos jurídicos que ofrece la posición de la *uxor* y su actuación en un plano económico, y cuando, además, se persigue la reconstrucción histórica de una evolución secular. Creo, pues, que el Autor, sean cuales fueren los resultados de su trabajo, merece, ya inicialmente, la gratitud de quienes se interesan por los temas de Derecho de familia romano. Pero, debo añadir que el lector no se sentirá defraudado si se adentra en las documentadas páginas de esta excelente monografía, si es que es apropiado el nombre de monografía para referirse a un libro que abraza, bajo el epígrafe de *ius uxorium*, temas muy diversos susceptibles de un tratamiento aislado.

Unas líneas de presentación suscritas por la prestigiosa firma del profesor Volterra destacan ya el notable interés del estudio realizado por García Garrido, no sólo porque trabajos de esta índole permiten de rechazo una más perfecta visión de los problemas que afectan a la familia moderna, sino también por la atención dedicada a temas habitualmente poco considerados por los romanistas, como son la posición patrimonial de la *filia familias* casada y la de la mujer sometida a la *manus* del marido. El alcance del trabajo realizado resulta, por otra parte, fijado por el propio Autor en una breve *Introducción* (p. 1-3), al decirnos que su pretensión es la de contemplar en su conjunto, las distintas normas aplicables a la especial situación de la *uxor* en la familia, y que con la expresión *ius uxorium* quiere significar la particular posición de la mujer casada en orden a «los principios y normas que regulan su disposición patrimonial durante el matrimonio y los que determina el destino de los bienes a la disolución de la vida conyugal».

Tras esta toma de posición son sucesivamente tratados los siguientes temas:

Capítulo I, *Peculium filiae familias y peculio de la mujer in manu*; cap. II, *Bienes extradotales*; cap. III, *Derechos de la mujer sobre la dote*; cap. IV, *Donaciones*; cap. V, *Legados en favor de la mujer*; cap. VI, *Tutela de la mujer casada*; cap. VII, *Ius uxorium*. Además, en un apéndice intercalado entre los dos últimos capítulos se aborda el tema de la prohibición de «intercedere» del Sc. Veleyano.

Resultan particularmente interesantes las páginas dedicadas a la

capacidad negocial de la *filia familias* y al *peculium* atribuible a ésta, tanto en el supuesto de soltería como en el de matrimonio. El tema ha sido poco estudiado, lo cual no es de extrañar si tenemos en cuenta que las referencias de las fuentes son escasas en relación con los datos de que disponemos en cuanto al *peculium* del *filius familias* o del *servus* y a la capacidad de obrar de éstos. Lo más verosímil es que este relativo silencio de las fuentes se deba a la escasa importancia que la *filia familias* tendría en comparación con el varón sometido a potestad en orden a las relaciones patrimoniales. Pero en principio nada hay que oponer a la posibilidad de atribuir un peculio a la *filia familias*, ya soltera ya casada. Más aventurado resulta, en cambio, afirmar la existencia de un *peculium* en beneficio de la *uxor in manu*, especialmente si se piensa en una masa de bienes o en un conjunto de relaciones patrimoniales análogas a las que integran los peculios usuales de los *fili familias*. Al Autor no se le oculta lo dudoso del tema; pero, tiende a admitir la existencia de tal peculio, si bien, referido únicamente a objetos de uso personal de la mujer (v. pp. 29-30 y luego pp. 44 ss.).

Si la *filia familias* sólo puede gozar de una titularidad precaria sobre los bienes que constituyen el eventual peculio, la mujer *sui iuris* tiene, como es lógico, aún dentro del matrimonio, unas facultades más amplias en consonancia con su capacidad jurídica. El Autor estudia en el cap. II, los poderes de disposición de la mujer sobre los bienes extradotales, comenzando por los *parapherna* en sus diversas manifestaciones (Derecho helénico, Derecho de los papiros greco-egipcios y Derecho justiniano), y analizando luego las relaciones patrimoniales que cabe distinguir en el Derecho clásico fuera del área de la dote. En cuanto a este último punto, se observan los tres posibles destinos de los bienes privativos de la mujer: 1) entrega en propiedad al marido para que éste los destine luego al uso de la propia mujer—figura un tanto disonante en el sistema clásico, como ya subraya el Autor aludiendo aquí a posibles influjos provinciales (v. especialmente p. 46)—; 2) entrega al marido para que éste administre, y 3) administración por parte de la propia mujer o por persona a designar por ésta, distinta al marido.

A estudiar los derechos de la mujer sobre la dote, va dedicado el cap. III, iniciándose el tema con unas consideraciones generales sobre la concepción romana de la dote y sobre la dote originaria. Quizá aquí algunas afirmaciones del Autor no logren una total adhesión. Así (p. 56) la de que la jurisprudencia tiende «a la objetivación y personificación de los entes patrimoniales» entre los cuales se encuentra la dote. Creo que el hecho de que se delimite un patrimonio y aun el hecho de que ese patrimonio se vincule en mayor o menor grado a una determinada función, no autoriza a hablar de «personificación». Al tratar luego de la dote en el Derecho clásico y de los respectivos derechos de la mujer, el Autor parece sentirse inclinado—aunque confieso que no sé con certeza, si interpreto bien su pensamiento—, a admitir que ya los juristas del Principado comenzaron a considerar la dote como

propiedad de la mujer (cfr. p. 65, *in fine* y p. 73, *in fine*). Pero, por otra parte, afirma que el marido es considerado siempre como titular de los derechos que comprende la dote (p. 64 *in fine*). A nadie se le oculta que en el estado actual de los textos cabe encontrar base para hacer ya una, ya otra afirmación: pero el lector quizá encuentre alguna dificultad en seguir la línea de pensamiento del Autor en este punto. Se trata ciertamente de un tema debatido, para el cual caben soluciones diversas, pero no es la mejor imaginar a la jurisprudencia clásica con vocación para el contrasentido jurídico. No veo claro, sin embargo, que sea esta última explicación la elegida por el autor. Tras la referida exposición del Derecho clásico se pasa directamente a presentar la correspondiente regulación justiniana, aunque a propósito de ésta se hagan algunas alusiones al precedente Derecho postclásico.

Las donaciones entre los cónyuges, en cuanto que pueden afectar a la esfera patrimonial de la mujer casada, son también tenidas en cuenta y a ellas se dedica el cap. IV. Pero no sólo se contemplan aquí las directas donaciones entre cónyuges, sino también la llevada a cabo por la *uxor* en beneficio de la *filia* sometida a la potestad del marido de la donante, y la *donatio ante nuptias*. Con especial detenimiento se estudia el tema de la prohibición de las donaciones entre cónyuges, régimen que el Autor considera como «la consecuencia práctica y lógica de las reglas y principios vigentes en la ordenación de los bienes del matrimonio» (p. 78). En cuanto al origen y fundamento de la prohibición se mantiene como factor determinante la extensión del matrimonio *sine manu*. Con esta base, y conjugando la desconfianza romana frente a las liberalidades con el deseo de tutelar el patrimonio familiar, se estima que la prohibición queda plenamente explicada. Si se tiende a la delimitación de patrimonios (dote, bienes extradotales de la mujer, bienes privativos del marido) con objeto de proteger la base económica del matrimonio, entonces—se concluye—la admisión de las donaciones ocasionaría graves quebrantos. He de expresar, sin embargo, mis dudas respecto de esta postura. Si de lo que se trataba era de evitar un empobrecimiento de cualquiera de los cónyuges ¿por qué razón no llegaron a tomarse medidas más generales que la de prohibir sólo algunos tipos de liberalidades? De las explicaciones dadas por los juristas clásicos, o atribuidas a ellos, la única que puede satisfacer medianamente es la de que la admisión de donaciones entre cónyuges pondría en peligro la espontaneidad de éstos ante la coyuntura del divorcio. De otro lado, quizá no haya razones suficientes para descartar que la prohibición se remonte a la época en que comenzó a difundirse el matrimonio libre—como tampoco, las hay para negar la conexión entre la vigencia de la prohibición y el régimen de incapacidades sucesorias establecido por las Leyes Julia y Papia Pópea. Pero de ahí a presentar la prohibición como una salvaguardia intencionada de la inalterabilidad de las diferentes masas patrimoniales atribuidas a los cónyuges, hay un trecho no fácil de recorrer; y ello porque, de una parte, la conservación

de la dote quedaba asegurada de modo específico a través de las correspondientes acciones restitutorias, y de otro lado, porque, como queda apuntado, no resulta coherente taponar una sola de entre las muchas vías por donde podrían evadirse otras masas patrimoniales, cuya titularidad correspondiese plenamente a cualquiera de los cónyuges.

Considerando que, «un aspecto muy importante en la capacidad patrimonial de la mujer casada es el de sus derechos sucesorios con respecto a los bienes de la familia del marido» (p. 106), se realiza en el cap. V, un cuidadoso estudio de los legados dispuestos por aquél en favor de su propia *uxor*. Se distingue, a este respecto, entre los derechos sucesorios de la mujer *in manu* (pp. 107-121) y el régimen sucesorio en el matrimonio libre (pp. 121-140), y se hace un análisis detallado de los legados habituales dispuestos por el marido. El tema es sugestivo, y es mérito del Autor llamar la atención sobre él; pero me temo que algunas de sus conclusiones habrán de suscitar reparos. Creo, por ejemplo, que no se subrayan debidamente las amplísimas facultades del marido en orden a disponer legados, con lo que se insinúa de rechazo que la mujer tiene derecho a ciertos bienes más allá de la dote, en cuanto eran ya usados o administrados por ella durante el matrimonio. Se logra así una perspectiva que no me parece enteramente correcta. El que algunos tipos de legados sean habituales en el ámbito de la familia no puede inclinarse a pensar que representen el cumplimiento de un deber jurídico. El marido puede hacer el legado, pero también puede no hacerlo. Por ello, este tipo de liberalidades, que tienen una indudable importancia desde un punto de vista ético o sociológico, no significan jurídicamente una merma en el poder de disposición del cónyuge varón.

Puntos concretos tocados últimamente por el Autor, son: la tutela de la mujer casada (cap. VI) y la prohibición de *intercedere* del senadoconsulto Velejano (apéndice). Tras ellos, y constituyendo el cap. VII, se trazan unas conclusiones generales a propósito del régimen patrimonial de la mujer casada y de su evolución histórica. En cuanto a la tutela de la mujer casada, se plantea la cuestión de si el propio marido podría desempeñar el cargo de tutor, cuestión que queda resuelta en sentido afirmativo, concluyéndose, además, que «normalmente el *gestor rei uxoriae* en la sociedad romana era el marido» (p. 149). Quizá el lector encuentre una cierta contradicción entre esta aseveración y lo que se manifiesta más adelante en la p. 153, al hablar de los actos de disposición realizados por la mujer.

La prohibición de *intercedere* establecida por el senadoconsulto Velejano, responde, según el Autor, a ideas tuitivas respecto de la mujer; pero dirigiéndose, no obstante, a limitar su capacidad patrimonial. Es decir, que limitación y protección aparecen coordinadas (p. 156). Un punto de especial interés, también tratado aquí, es el supuesto de intercesión de la mujer a favor del marido.

En el cap. VII, se acomete valerosamente la arriesgada tarea de trazar las líneas generales de la evolución histórica seguida por el *ius uxo-*

rium». Tras una clara referencia a la situación patrimonial de la mujer sometida a la *manus*, se alude a la posición de la mujer en el matrimonio libre, señalándose los principios tradicionales que perviven y las nuevas normas que aparecen. Se subraya así la extraordinaria difusión que alcanza la práctica de que sea el marido el que atienda en su testamento a la subsistencia de la viuda, y con tal motivo se indica que esas especiales normas en favor de la mujer integran un tradicional *iux uxorium* (p. 163). De nuevo he de mostrar mis reparos ante el equívoco que se produce al estimarse, sin más, como normas jurídicas integradoras del *ius uxorium*, las procedentes en cada caso de la libre voluntad del testador. Es cierto que esa voluntad podrá lograr que se creen unos derechos; pero no existe una norma jurídica de carácter general que atribuya, de una vez y para siempre, tales facultades. O, dicho de otro modo, creo que induce a confusión presentar en un plano de igualdad las facultades de la mujer que traduce, por ejemplo, la *actio rei uxoriae*, y las que se derivan de un eventual y potestativo acto de atribución del marido.

Con unas referencias a las tendencias postclásicas y al régimen justiniano (pp. 165-167) concluye este último capítulo. El pensamiento que se expone es el de que en la época postclásica se habría producido una corriente doctrinal y práctica, que lleva a implantar una comunidad de bienes durante el matrimonio, formada por las aportaciones de ambos cónyuges y regida por el marido. Y el régimen de Justiniano a este respecto es presentado como consecuencia de la fusión de esta corriente con la decidida inclinación a favorecer a la mujer; pero, como no dejan de incorporarse muchos de los principios clásicos, el resultado es un sistema de compromiso y transición entre las nuevas y las viejas ideas.

Por lo expuesto hasta aquí, el lector de la presente reseña tendrá, espero, una idea general sobre el contenido y alcance de este libro de GARCÍA GARRIDO. Sin embargo, he de añadir que muchos puntos concretos verdaderamente interesantes y sagazmente tratados, han quedado por fuerza al margen de este comentario. Una última y minúscula observación, me permito hacer a propósito de los índices finales, y es la de que en el de fuentes no se recogen todas las manejadas a lo largo del libro. Quizá las omisiones más notables, aunque no las únicas, sean las referente a las *laudationes* de Murdia y de Turia. Precisamente la pulcritud con lo que se ha llevado a cabo la edición hace más ostensibles estas levisimas faltas.

Indicaba al comienzo de estas líneas que el mero empeño de proporcionar una visión general del régimen patrimonial de la *uxor* movía ya al aplauso. Si, además, este empeño no es vano y se consigue, como aquí ocurre, un panorama rico en detalles junto con una construcción ordenada de los distintos aspectos que el tema ofrece, resulta obligado dirigir al Autor una nueva felicitación.

J. A. ARIAS BONET

GAUDEMET, Jean: *La formation du Droit séculier et du Droit de l'Eglise aux IV^e et V^e siècles*. Publicado por el Institut de Droit Romain de l'Université de Paris. Ed. Sirey, 1957.

Realmente es extraño (como el autor advierte en su prólogo) el hecho de que habiendo tantos y tan minuciosos estudios sobre el Derecho romano clásico y sobre el justiniano, quede entre ellos, casi como un vacío, el estudio del Derecho en el Bajo Imperio; época cuya situación legislativa y jurídica, en general, no ha sido tan detenidamente analizada como la anterior y la posterior a ella.

Quizá se deba este hecho a una visión excesivamente simplista de la Historia, según la cual sólo (o al menos con desproporcionada preferencia), se examinan los momentos culminantes o que parecen serlo, las épocas en que se logran avances o triunfos de señalada importancia. La atención de los historiadores se dirige a esos hechos trascendentales, se concentra en las figuras u obras singularmente grandes. Lo minúsculo, lo pequeño y cotidiano se olvida. Y la Historia se nos presenta así como un retablo de acontecimientos, hombres y obras, todos ellos de talla extraordinaria. Es la Historia como espectáculo. Pero vistos así, esos instantes de triunfo quedan aislados, inconexos, sin eslabones intermedios, sin explicación. Nos falta saber cómo se ha llegado a ellos, y cómo cada conquista se ha dejado atrás, camino hacia otra. Necesitamos, pues, conocer los períodos que median entre los especialmente triunfales.

En nuestro caso, es necesario examinar cómo se produce el tránsito del Derecho romano clásico al de Justiniano, so pena de no poder conocer profundamente ninguno de ellos. Y el estudio de la formación del Derecho en los siglos intermedios entre ambos es la tarea que ha abordado el Profesor Gaudement. Naturalmente que no es el primero en hacerlo. Pero quizá sí lo sea—como él mismo parece indicar—en la tarea de resumir, relacionar y seleccionar esquemáticamente lo por otros y él mismo investigado.

El interés de su obra nos parece notable, y su consulta de gran utilidad. Sobre todo para quien sin necesitar una visión de especialista acerca de la vida y Derecho del Bajo Imperio Romano, ha de poseer unas ideas claras y un manojo de textos, datos y conocimientos, que le permitan cumplidamente entender las líneas generales del proceso jurídico que en dichos siglos IV y V se lleva a cabo en el Imperio Romano. Y acaso sea esta la situación del historiador del Derecho español ante este tema. Por una parte la no consagración al estudio del Derecho romano nos exime de la obligación de profundizar hasta el máximo y «tomar partido» ante los problemas que el Profesor Gaudement desarrolla. Pero siendo España provincia del Imperio Romano, la suerte que corran el Derecho y sus fuentes de creación durante el Bajo Imperio no puede sernos indiferente. El libro del Profesor Gaudement nos ofrece así la posibilidad de conocer con una clara y no superficial visión de conjunto, un tema que nos interesa y concierne.

Su obra aparece dividida en tres partes: 1.^a, la formación del Derecho romano; 2.^a, la del Derecho de la Iglesia; 3.^a, la relación entre ambos. La más extensa (lo es más que las otras dos juntas) y, en nuestra opinión, la más importante, es la primera. En ella se estudia la intervención que la legislación imperial, la doctrina y la costumbre tienen como fuentes de creación del Derecho en estos siglos. Nos parecen especialmente interesantes las páginas destinadas a la descripción de los diversos tipos de Constituciones imperiales, y su comparación con las del Alto Imperio; así como también el examen de la producción de la doctrina post-clásica (*Res cottidianae, Sententiae Pauli, Collatio mosaicarum et romanarum legum, Epitome Gaii, Interpretationes*). En cuanto a la costumbre, Gaudement señala atinadamente cómo pese al régimen autoritario y al absolutismo legislativo, por una paradoja aparente, la costumbre toma ahora más importancia de la que tuvo a ojos de los juristas clásicos. Y es que por un lado, al haber desaparecido el edicto del pretor y la jurisprudencia, queda la costumbre sola para suplir las deficiencias de la ley. Y, además, si en las Provincias, Roma toleraba a menudo la aplicación de los Derechos locales, éstos no podían valer sino como costumbres, puesto que las autoridades locales habían perdido todo poder legislativo después de la conquista. No obstante, su papel quedó al parecer, limitado al Derecho público, con muy escasa aplicación en el campo del Derecho privado. A continuación examina el autor el problema del fundamento de la costumbre y el de su relación con la ley, punto en el que tras examinar una Constitución de Constantino del año 319, y el texto 5,20,1 del Cod. Theodosianus, afirma la irreductible oposición entre ambos y se inclina a favor de la equiparación de la ley y la costumbre, y aun de la preferencia de ésta en caso de «desuetudo».

De singular importancia es el estudio que dedica al Derecho vulgar. Como todo su libro, es esta parte una visión sintética de las cuestiones debatidas sobre el tema. Compara los conceptos de Brunner y Mitteis sobre el Derecho romano vulgar, con los de los seguidores de Besta en Italia, y con el de Schupfer, y subraya la mayor fecundidad de los de los primeros autores; partiendo de sus conceptos sobre el Derecho vulgar es como Levy y Wiaecker han vuelto a estudiar su naturaleza y noción. Para estos autores el Derecho vulgar nace de la vida práctica, pero no, como deformación del «Reichsrecht» que sería así el único Derecho romano auténtico, ni tampoco como degeneración del Derecho romano clásico. Sino que es un Derecho vivo, el Derecho de la práctica «adaptado a las necesidades de la vida. Según Wiaecker no es un término opuesto al derecho oficial, sino que responde a una actitud intelectual que se puede encontrar tanto en el Derecho oficial como en la práctica, y que sobrepasa además el ámbito jurídico. Wiaecker la califica de «vulgarismo», por oposición a «Clasicismo», y afirma que se caracteriza por rechazar las construcciones excesivamente técnicas, por una sensibilidad particular para las necesidades materiales, reales. Tras indicar la importancia del Derecho vulgar, por representar la forma

Bibliografía

bajo la cual el Derecho romano ha persistido en la práctica occidental hasta el siglo VIII al menos, y señalar la dificultad de su conocimiento, pasa a resumir una serie de caracteres del Derecho vulgar, tales como la simplificación de los conceptos técnicos, la confusión entre sí de algunas nociones clásicas, la pérdida por el Derecho de propiedad de su carácter individualista, y el predominio constante de las consideraciones prácticas.

La obligada brevedad de esta reseña, nos impide referirnos con cierto detenimiento a las partes segunda y tercera. Baste decir que el análisis que hace en ellas de la formación del Derecho de la Iglesia y de las relaciones entre éste y el Derecho romano (y aun en sentido más amplio entre el cristianismo y el Derecho romano), es también claro e interesante, aunque (quizá por más escueto) menos profundo que el de la parte primera.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE

GOURON, André: *La réglementation des métiers en Languedoc au Moyen Age*. París, 1958; 439 págs.

El tema tan interesante y sugestivo de las corporaciones profesionales ha recibido, recientemente, una estimable aportación del joven profesor de la Facultad de Derecho de Montpellier A. Gouron, con la obra que encabeza estas líneas, preparada como tesis doctoral. Por su proyección sobre un país vecino, y tan estrechamente vinculado con los territorios peninsulares subpirenaicos, y por las mismas referencias a regiones en otro tiempo catalanas, es acreedor a que nos ocupemos del mismo en estas breves páginas de nuestro ANUARIO.

El libro de Gouron constituye un estudio muy acabado, minucioso, y, en ocasiones, lindante con lo casuístico, construido con rigor y método afinados, sobre una base documental de primera mano amplísima e impresionante, y un juicioso aprovechamiento de la copiosa bibliografía, especialmente monográfica local, relativa a las instituciones urbanas del Midi-francés. Los archivos departamentales y municipales, correspondientes al área objeto de estudio, así como de regiones contiguas, han sido sagazmente explorados con una penetración y agudeza que delatan, sin duda, su tradición familiar en este campo de trabajo.

El estudio de Gouron viene acotado geográfica y temáticamente. En el primer aspecto, se ciñe a la antigua región del Languedoc, según los límites que tenía la misma en el siglo XIV, y que abarcan básicamente el territorio extendido del Ródano al Garona. Dentro de esta área se recogen los testimonios documentales de sus numerosas e importantes ciudades de floreciente vida económica en los siglos XII-XV: Montpellier y Toulouse, en primer término, y Nîmes, Carcasona, Narbona, etcétera, complementando el cuadro fundamental trazado con los elementos de aquellas dos principales urbes. Pero no se eluden tampoco las

obligadas referencias comparativas a ciudades y territorios vecinos: Provenza, Rosellón, Gascuña, etc., y, desde luego, se cuida de situar los planteamientos fundamentales en el amplio horizonte del reino de Francia y del Occidente europeo.

En el orden temático, el complejo problema de las corporaciones profesionales es acometido, según acusa su título, bajo una dimensión jurídico-administrativa: la relativa a su *reglamentación*, excluyéndose, por ello, todos los aspectos económicos y sociales que acarrea el tratamiento de gremios y corporaciones. Pero dimensión suficiente para perfilar una lograda exposición sistemática y comprensiva de la evolución y vida de tales corporaciones en los siglos medievales.

Gouron descarta, con la mayoría de autores modernos, la filiación de estas corporaciones medievales, en los *collegia* de la época romana. Sin embargo, presenta, a modo de mero precedente geográfico, un detallado estudio de la existencia y distribución de tales *collegia* en la antigua Narbonense I. Ni por sus objetivos, ni por su estructura, cabe pensar en su génesis de los *métiers* medievales del país languedociano.

El nacimiento de los mismos hay que situarlo, como por doquier, en pleno siglo XII, a favor del gran movimiento de renovación de la vida económica experimentado en todos los países cristianos, y estrechamente vinculado al auge de las instituciones urbanas, aunque no originado por las mismas. Diversos factores cooperaron durante la segunda mitad de este siglo a la aparición de los cuerpos profesionales como tales: el feudalismo meridional primero (con sus privilegios y exenciones de índole económica), la administración municipal después, que se sirve de la agrupación por oficios para fines militares y electorales, y que vigilará y organizará la vida de los mismos con fines de policía general, y una serie de circunstancias internas como la localización topográfica de los artesanos y comerciantes, su especialización profesional, cierta tendencia inicial al monopolio. En este primer estadio, sin embargo, la administración consular no considera los *métiers* como asociaciones, sino meros elementos de la población urbana, que se individualizan por el ejercicio de una profesión determinada. Se trata, pues, de oficios reglamentados, no organizados corporativamente.

El paso a esta fase ulterior puede considerarse realizado a fines del siglo XIII y principios del XIV, en que la mayor parte de oficios han adquirido una conciencia de sus intereses colectivos, y son objeto de especial y concreta reglamentación por la autoridad municipal que en este aspecto ha sustituido al poder señorial, como a su vez se verá suplantada, progresivamente, por la autoridad real. Es el período álgido de la vida corporativa, y cuyo estudio constituye la parte central de la obra. En ella se presentan con derroche de datos y precisiones los diversos aspectos de la reglamentación del gremio: elaboración de sus estatutos, la policía consular, y su ejercicio, la intervención y control de sus operaciones ordinarias, el corretaje, etc. En todos ellos se señala

oportunamente la relación entre los poderes municipales y las propias corporaciones, con sus matices, variantes y modalidades según lugares y tiempos. Se deduce, en síntesis, una dependencia fundamental del oficio respecto al órgano municipal que lo tutela y aun lo organiza pensando en el bien común de la población urbana, en la protección del consumidor local, aunque para ello se sirva con frecuencia de la colaboración del propio gremio y de sus autoridades. Por otra parte, éste permanece durante casi toda la Edad Media como una corporación «ouverte», es decir, de libre acceso, restringido sólo frente a los extranjeros, claramente diferenciado de los del Norte de Europa.

También es objeto de acabado estudio la vida interna de la corporación, sus autoridades—con diversas formas de designación—, la jerarquía y las actividades profesionales de los miembros de la misma. Al compás del tiempo se advierte un progresivo crecimiento de la personalidad moral del oficio. Esta viene consumada, en realidad, por la creación de la *cofradía* en el seno del mismo, fenómeno que aparece a fines del siglo XIII y se generaliza en el siguiente. El autor dedica a este fenómeno un enjundioso capítulo, en el que, tras aclarar nítidamente la usual confusión entre las cofradías religiosas o las políticas y las profesionales, señala el desarrollo de estas últimas y su influencia decisiva en la vida del gremio, al punto de haberle infundido, en realidad, su definitiva personalidad moral, manifestada, sobre todo, en los elementos materiales (percepción de ingresos, caja, propiedad de inmuebles...). Se puede concluir, sin duda, que ella modificó sensiblemente la antigua concepción del *metier* languedociano, simple reunión de habitantes de la ciudad en actividades profesionales científicas, y cuya comunidad de intereses no aparecía más que en la necesidad de habitar una misma calle de la urbe.

La última fase evolutiva de las corporaciones profesionales del Languedoc, y que las sitúa ya fuera del ámbito del presente estudio, se halla representada por su transformación en *métiers jurés*, al estilo, y por influencia, de las corporaciones parisinas y septentrionales, operada entrado ya el siglo XV y a lo largo de los siguientes. Las anteriores corporaciones artesanas se convierten entonces en verdaderos órganos cerrados, de difícil acceso, mediante la exigencia de una *obra maestra*, rígidamente jerarquizados, con acusada pretensión monopolística, más autónomos e independientes de la autoridad municipal. Es ya el *gremio*, entendido según nuestra terminología al uso. Sus caracteres más comunes con el resto del país y de Europa suponen el fin de la reglamentación de los oficios en Languedoc, según sus rasgos originales. Por ello, el autor se limita a señalarla como conclusión de su trabajo.

Estimamos que las precedentes y rápidas líneas bastan para comprender el interés ofrecido por el mismo, con vistas al estudio del movimiento corporativo hispánico, que cuenta ya con numerosas aportaciones monográficas pertenecientes a regiones distintas. Las copiosas

noticias y afirmaciones reunidas en este libro brindan a menudo sugerencias e interrogantes sobre analogías y diferencias de conjunto y de detalle con el correspondiente planteamiento hispánico. Imposible reportarlas aquí. Pero cabe apuntar, por lo menos, en la marcha general de la institución, la aparición más temprana de la cofradía entre nosotros, sin apreciarse, en cambio, con tanto relieve una fase de previa existencia y desarrollo de corporaciones u oficios, y su reglamentación oficial, por señores o por el municipio. Más análoga resulta la ulterior transformación de la cofradía en gremio cerrado, que aquí, como allí, se opera en las postrimerias de la época medieval.

El libro de Gouron, denso, enjundioso en su texto, constantemente avalado por extensas notas textuales, con reproducción de las fuentes invocadas, se completa con sugestivos apéndices documentales, en que se transcriben diversos textos, entre ellos, varios estatutos gremiales languedocianos, correspondientes a diversas fases de su evolución. La presentación de la bibliografía, bien seleccionada y clasificada, orienta para toda ampliación ulterior en el área del estudio emprendido. En conjunto, una valiosa aportación a la historia de las corporaciones profesionales en el medioevo europeo y a la de las instituciones urbanas del Mediodía francés.

J. M.^a F. R.

GROSSI, Paolo: *Le abbazie benedettine nell'Alto Medioevo italiano*. Struttura giuridica, amministrazione e giurisdizione. Firenze, 1957, XXIX, 168 págs.

El Autor ha establecido unos límites que perfilan oportunamente el tema preciso de su investigación. Límites cronológicos, que abarcan el periodo comprendido entre el acceso al poder de los carolingios y el final del siglo XIII. Pero también unos límites que pudiéramos llamar estrictamente monásticos, que le llevan a ceñirse al monaquismo benedictino propiamente tal, al genuino benedictinismo casinense, dejando al margen las diversas ramas nacidas del tronco benedictino, como consecuencia de sucesivas reformas, cuales fueron los Cluniacenses, Valumbrosianos, Camaldulenses y, sobre todo, el Císter. Todos estos movimientos monásticos adoptaron, en efecto, una organización de estructura muy distinta a la benedictina originaria: Cluny integró sus abadías en una vastísima congregación, estrechamente vinculada a la gran abadía francesa y a su abad, y con un gobierno centralizado, antítesis de la vieja autonomía tradicional de los monasterios benedictinos; el Císter irá todavía más lejos en la afirmación de su propia singularidad y a más de reformar la disciplina, introducirá incluso un nuevo sistema económico.

El intento del Autor—intento, por cierto, plenamente conseguido—ha sido elaborar el sistema general del Derecho público de las abadías

benedictinas del Alto Medioevo italiano. Los centros monásticos, a más de su función propiamente religiosa, alcanzan muy pronto una notabilísima relevancia social. Focos de cultura y de beneficencia, lo son también de una intensa actividad económica. La puesta en cultivo de tierras yermas o improductivas y la afluencia de donaciones hacen surgir en torno a la abadías inmensas explotaciones agrarias, cuya organización se inspira en las tradiciones administrativas heredadas del régimen de los latifundios fiscales y senatoriales romanos.

Pero el proceso histórico agregó pronto nuevos aspectos, y éstos de orden político y jurisdiccional, a la función social desempeñada por las abadías. El Imperio, consciente de la importancia alcanzada por los centros monásticos en el complejo de la sociedad contemporánea, procura insertarlos en su propio organismo constitucional. Los *praecepta immunitatis*, concedidos a los abades, otorgan a las abadías el rango de sociedad política y las convierten en células vivas del Imperio franco-germánico. El régimen monástico recibe de lleno el impacto del fenómeno feudal. El dominio monástico se transforma en señorío y el abad, a más de cabeza de la comunidad y padre de sus monjes, será también desde ahora el feudatario, el señor de los súbditos que componen el *populus abbatiae*.

Paolo Grossi estudia con particular agudeza el Derecho público peculiar de los señoríos eclesiástico-monásticos. Podría pensarse, en efecto, que desde el momento en que se ha consumado el proceso de integración de las abadías en el sistema feudal, ninguna diferencia sustancial hubiera ya entre el régimen de los señoríos monásticos y de los feudos laicos. Lejos de ser así, las investigaciones de Grossi permiten establecer una distinción muy profunda. El elemento religioso y caritativo de los señoríos monásticos impregna su régimen peculiar y lo matiza muy acusadamente en beneficio de los súbditos. En el aspecto estrictamente administrativo, los señoríos monásticos se diferencian de los laicos por la separación completa que sólo en aquéllos se da entre lo que pudiera llamarse administración interna y externa, cada una con sus respectivos funcionarios patrimoniales o públicos; por el peculiar sistema de particularismo administrativo, y por toda una organización política de las circunscripciones abaciales que, aunque lógicamente influenciada por los esquemas civiles, se nos revela como notablemente más perfecta.

La monografía de Grossi se halla dividida en seis capítulos. En el primero se estudia la figura del Abad, sus poderes y la jurisdicción espiritual y temporal de que disfruta. Trata el segundo de las elecciones abaciales, señalando los rasgos peculiares que ofrecen en los monasterios exentos, en los imperiales y en los episcopales. El tercero examina las relaciones entre el abad y el *populus abbatiae*. El cuarto y el quinto hacen referencia al régimen administrativo monástico, la administración interna con los diversos *officia majora* encargados de ella, y la administración patrimonial, reguladora de la vida económica. El último capítulo está consagrado a la administración de justicia, estudiándose

el origen, desarrollo y extensión alcanzada por la jurisdicción interna, con especial referencia a la institución del *advocatus monasterii* y a la función que desempeña en el cuadro de la justicia monástica.

Paolo Grossi ha elaborado su obra sobre la base de un copiosísimo caudal de fuentes documentales. Al comienzo del libro se inserta un índice alfabético de las colecciones diplomáticas citadas con mayor frecuencia. La bibliografía es abundantísima y acusa el conocimiento y empleo de todas las obras fundamentales relacionadas con temas conexos con el que constituye el objeto de su investigación. El joven autor acredita, en suma, una sólida formación científica, que cuaja ya en consumada maestría, y permite con todo fundamento esperar de él óptimos y bien sazonados frutos.

JOSÉ ORLANDIS

GROSSI, Paolo: *Unanimitas (Alle origini del concetto di persona giuridica nel Diritto canonico)*, edición aparte de «Annali di Storia del Diritto-Rassegna internazionale», I vol. de 103 páginas, Milano, edit. Giuffrè, 1958.

Contiene este volumen el texto de una ponencia desarrollada por el autor en la sesión de 22 de febrero de 1958, del «Circolo toscano di diritto romano e storia del diritto». La ponencia ha sido ampliada para su publicación y se le han añadido abundantes notas.

En este interesante trabajo, se propone Paolo Grossi el estudio de la significación que tiene en la Historia del Derecho la «Unanimitas» exigida en las fuentes canónicas antiguas para que fuera posible la adopción de acuerdos en la actuación de los entes de carácter colegiado.

El autor comienza su trabajo planteando la cuestión de manera brillante y sugestiva: «En la historia de los principios que regulan las deliberaciones colectivas, está documentado que antes de que aparezca la moderna y democrática concepción, según la cual una parte—generalmente la mayor—, expresando su propia voluntad expresa la propia del ente, otros ordenamientos diversos en razón del lugar y del tiempo han dado la máxima importancia al sistema de la unanimidad; sistema que, para la validez de las deliberaciones del colegio, exige que hayan tomado parte en la deliberación y la hayan aprobado todos los miembros de aquél». Y a continuación añade: «La unanimidad ha sido considerada con un buen criterio como expresión de ordenamientos y concepciones primitivas; de un primer estadio en que una determinada *societas* no ha conseguido aún el grado de madurez, y de abstracción para considerar que una *pars* constituye la voz misma de la asamblea que la obliga plenamente» (p. 1). Esta observación—válida para los ordenamientos estatales—no es exacta por lo que se refiere al Derecho de la Iglesia, que aceptó el principio de la *Unanimitas* por razones más profundas. «La

unanimidad canónica es algo absolutamente distinto de la germánica, como es absolutamente diversa la formación de la estructura de la Iglesia y de su Derecho. Ella se encuadra perfectamente en este sistema y no creemos sea erróneo afirmar que constituye, en su expresión jurídica, coloreada de matices teológicos-místicos, un principio esencial del ordenamiento de la Iglesia primitiva» (pp. 3-4). Estas palabras del autor nos ponen claramente de relieve el ambicioso plan de esta monografía, que trata de aclarar un interesante aspecto de los orígenes de la persona moral canónica, estudiando no la *Unanimitas* en sí, sino en sus peculiares relaciones con la *unitas ecclesiae* y con el *corpus ecclesiae*, de los que constituye una expresión.

Después de hacer en el § I, un estudio sobre las fuentes y en el § II, una exposición del principio de la unanimidad en el Derecho germánico, va desarrollando en los §§ III y IV, el estudio primero de los presupuestos y después del concepto mismo de *Unanimitas* en relación con las ideas de *unitas ecclesiae* y *corpus ecclesiae*, para fijar en el § V, las conclusiones; es decir, cuál es el concepto de la unanimidad en los primeros concilios y en las más antiguas reglas monásticas y cuáles son sus relaciones con la regla «*quod omnes tangit*». Finalmente, el autor se ocupa en el § VI, de las relaciones entre la *Unanimitas* y los conceptos de *sanior pars* y *maior pars* que a su juicio representan otros estadios bien definidos en la historia del Derecho canónico.

Esta monografía de Paolo Grossi, sugestiva y de técnica impecable, constituye sin duda una notable aportación a la historia de los primeros estadios de la formación del concepto de la persona moral canónica, que tanto habría de influir más tarde en la evolución de la teoría de la persona jurídica en los ordenamientos seculares.

PEDRO LOMBARDÍA

HANKE, Lewis: *El prejuicio racial en el Nuevo Mundo. Aristóteles y los indios de Hispanoamérica*. Traducido por Marina Orellana. Editorial Universitaria, S. A. Santiago de Chile, 1958.

«La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas—escribe Hanke en la última página del libro que vamos a comentar—, adoptada cuatro siglos después de la controversia de Valladolid entre Sepúlveda y Las Casas, proclama que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». Si hay en ello verdad, la decisión de la Corona española y el Consejo de Indias de no estigmatizar a los indios americanos como esclavos naturales, según los preceptos de Aristóteles, pasa a ser uno de los hitos en el largo camino—todavía en construcción—que lentamente

conduce a una civilización basada en la dignidad del hombre, es decir, de todos los hombres.»

Por qué se llegó a tal decisión, qué movió a la Corona de España y al Consejo de Indias a adoptar para sus posesiones de ultramar una política racial—un sistema civilizador—diferente del que por siglos se había empleado y seguiría utilizándose en las relaciones entre pueblos de distinto nivel, es el interrogante que Lewis Hanke ha querido contribuir a esclarecer con su más reciente libro. No cabe duda de que nos encontramos ante una obra que puede ser calificada como «obra de madurez» de su autor. Uno de esos libros que se escriben de una vez, con la seguridad de quien conoce a fondo el tema y toda su bibliografía, de quien puede dictar directamente las cuartillas.

Durante mucho tiempo, y, más que durante mucho tiempo—dada su edad tan poco avanzada, lo que duplica su mérito—con una notable intensidad, el Prof. Hanke ha estudiado los problemas relativos a la justicia de la empresa indiana de España, y al esfuerzo puesto por nuestra patria para encontrar siempre el mejor sistema conducente a la cristianización y a la civilización de los indios, sin lesionar nunca sus derechos humanos. Con las ligeras sombras de que nadie está libre, y con las obligadas imprecisiones determinadas por su condición de no español—y, por tanto, de poco conocedor de las costumbres, etc., que son connaturales a cada pueblo—el conjunto de la labor realizada por Lewis Hanke ocupa un puesto de honor en la bibliografía americanista moderna. En otras ocasiones—cfr. nuestra recensión de Höffner, *La Ética colonial española del siglo de oro*, publicada en AHDE, 1957-58—hemos puesto ya de relieve la importancia de la obra de Hanke a este respecto, y señalado cómo es imprescindible la lectura de este autor a quienes se preocupen por la problemática ética y jurídica de la conquista de las Indias. Nos referíamos entonces a la obra que lleva por título *La lucha por la justicia en la conquista de América*, pero puede decirse otro tanto de *El prejuicio racial en el Nuevo Mundo*.

Sin duda que este último libro que ahora comentamos es menos importante que *La lucha por la justicia*. Pero el primero en reconocerlo es el propio Hanke, que mientras en *La lucha por la justicia* quiso—y en buena medida consiguió—plantear en toda su amplitud el tema a que responde su título, en esta nueva obra ha buscado tan sólo exponer un capítulo especialmente notable de la materia: la controversia de Valladolid entre Las Casas y Sepúlveda, y, sobre todo, la posición de Sepúlveda, que «requería un mayor examen que la de Las Casas, que es bien conocida» (pág. 121). Y, en efecto, Lewis Hanke se ha preocupado muy determinadamente de analizar la posición del jurista cordobés en la polémica de 1550, y—de acuerdo con el subtítulo de su libro, *Aristóteles y los Indios de Hispanoamérica*—insiste en la valoración de la cita de la teoría aristotélica de los *siervos a natura*, traída al campo indiano en el *Democrates alter* de Sepúlveda. Ya el propio Hanke había escrito algo sobre este motivo—en la Revista «América» de la Casa Americana de

Madrid, en el vol. I—, pero se trataba de un avance de divulgación de lo que ahora ha sido por él científicamente expuesto, con larga abundancia de datos y detalles.

El contenido del debate de Valladolid está explicado en toda su extensión: precedentes—capítulos I a III—, el debate mismo—capítulos IV a VI—, y sus consecuencias—cap. VII—. Un último capítulo—el VIII—se destina a dibujar la situación de la polémica de 1550 en el cuadro de la historiografía, de un lado, y de la historia de los prejuicios raciales, de otro, hasta nuestros mismos días. Quizá que estos dos capítulos con que la obra acaba deban a su novedad el especial interés que ofrecen para el lector: por ellos, el libro de Hanke salta un tanto las barreras de la mera temática histórica para adquirir un cierto matiz de actualidad, de la actualidad que es manifestación de la fecundidad de la historia.

ALBERTO DE LA HERA

IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. 3.^a edición, revisada y aumentada. Ediciones Ariel. Barcelona, 1958; 681 págs.

La publicación de la tercera edición de este excelente libro del Profesor Iglesias, transcurridos sólo siete años desde su primera salida a la luz, es un hecho de por sí demostrativo del éxito alcanzado, y tanto en los medios escolares, como en el sector de especialistas de la disciplina. Estimulado por las unánimes alabanzas con que los romanistas recibieron su obra, el Prof. Iglesias no ha cesado en su esfuerzo de superación y perfeccionamiento del libro hasta ofrecernos esta completa tercera edición enriquecida con una acertada introducción histórica y puesta al día con la cita de las recientes aportaciones romanísticas. La exposición limpia y llana de las instituciones romanas que el autor pretendía y que ha logrado plenamente se completa en esta edición con los capítulos referentes al Derecho público y a las fuentes como necesarios presupuestos al estudio del Derecho privado. Un indudable acierto constituye el haber presentado toda la obra en un solo volumen de más fácil manejo.

De los particulares de esta obra se ha tratado ya suficientemente en las numerosas recensiones y reseñas de que ha sido objeto y, por ello, nos limitaremos a señalar las novedades que esta nueva edición supone con respecto a las precedentes. En la extensa introducción, que el autor inicia con un nuevo capítulo sobre los conceptos generales del Derecho, se hace un resumen de la historia de la constitución política y de historia de las fuentes en el que recoge los datos y pormenores que pueden considerarse esenciales y que expone con su brillante y peculiar estilo. Tras de referirse brevemente a la Roma primitiva y a la Monarquía, el autor trata de la República, el Principado y el Imperio absoluto, ocupándose, en cada una de estas tres fases, de la constitución política, que describe en sus rasgos más acusados, y de Italia y las provincias—las ciudades y

las provincias en el Imperio absoluto—. En las notas de este capítulo, y del que dedica a historia de las fuentes, se contienen completas referencias bibliográficas sobre los distintos temas tratados y sobre ediciones y obras críticas de las fuentes. Quizá estos capítulos de introducción histórica resulten algo densos para el alumno, pero ello encuentra suficiente justificación en el fin que se persigue de ofrecerle una base clara y concisa susceptible de ampliación en las explicaciones de cátedra o en los manuales y cursos de Historia citados en la bibliografía general. Especial mención merece la parte que se dedica a la supervivencia e historia de los estudios de Derecho romano. Entre los problemas actuales que inquietan a la ciencia romanística, el autor señala el relativo a las alteraciones postclásicas, y el que concierne a la utilidad de los estudios de Derecho romano en el mundo presente. En relación con este último problema, afirma que «todo aquel que posea una sinopsis clara de la realidad histórica actual, en lo que abriga de hondo y entrañable, y no únicamente en lo que tiene de aparential y engañoso, podrá percatarse de que a la mano de su inteligencia *cordial* se ofrece en toda hora un «trozo» considerable del Derecho romano. Es el mejor y el más castizo: el de los *principia* inderogados por la historia». El objeto de la ciencia romanística, continúa afirmando, «no radica simplemente en la reconstrucción y lectura de los textos, sino en el conocimiento de la sistemática espiritual, que muchas veces queda tapada por el propio aparato externo» (pág. 67).

En la exposición de las instituciones de Derecho privado, el autor ha revisado cuidadosamente las partes de ampliación de los distintos temas que van en un tipo de letra inferior en el texto y las notas. En diversos lugares de la obra sigue el acertado criterio de recoger en esa parte de ampliación sólo sus particulares concepciones y puntos de vista y convertir en notas las referencias a las teorías y opiniones doctrinales; otras veces las acorta u omite reproducir los textos. Tratando del usufructo incorpora al texto principal la parte referente a la aparición del usufructo (pág. 284). En cuanto a las notas, no sólo añade a las de la edición anterior la más reciente bibliografía, sino que revisa y ordena totalmente la mayor parte de ellas e introduce otras muchas con oportunas referencias y citas. El orden sistemático sigue siendo el mismo de la precedente edición. Como opinión personal, creemos que la distinción *actio in rem-actio in personam* tendría una sede más apropiada en la parte referente al proceso que en el capítulo de los derechos reales en general, donde el autor, por razones pedagógicas, la incluye. También preferiríamos ver tratada la posesión después del párrafo referente a las formas de la propiedad o, si no se quiere interrumpir la exposición sistemática de la propiedad, incluso antes de la parte que de ella trata, ya que creemos que el estudio de la básica concepción de las *possessiones* debe situarse al comienzo de los derechos reales.

La bibliografía general con que se cierra la obra ha sido revisada y

puesta al día. También el índice alfabético ha sido completado con referencias a juristas y autores.

En conclusión, el Prof. Iglesias no ha regateado esfuerzos para ofrecernos una nueva y cuidada edición de su conocida obra, que ocupa un destacado puesto dentro de la literatura romanística europea de su género.

M. GARCÍA GARRIDO

JIMÉNEZ SALAS, María: *Historia de la Asistencia Social en España en la Edad Moderna*. Monografías histórico-sociales del Instituto Balmes de Sociología. Vol. IV. C.S.I.C. Madrid, 1958.

El trabajo de la señora Jiménez que nos ocupa, se presenta estructurado en dos partes bien diferenciadas. En la primera, aparte de unos capítulos introductorios sobre los conceptos y visión historioliteraria de la pobreza y de la riqueza, dedica otros siete capítulos a la literatura sobre los pobres y el último a una sucinta, pero suficiente exposición, de la legislación sobre temas e instituciones de asistencia social desde 1523 hasta mediados del siglo XVIII.

La segunda parte analiza la estructura y funcionamiento de una serie de instituciones concretas, creadas con fines asistenciaros. Al final de la obra se incluyen unos útiles y bien trabajados índices.

Los capítulos que en la primera parte se destinan al estudio de los tratados encuadrables bajo la rúbrica general «*De subventionem pauperum*» resultan de una notable exhaustividad en cuanto a la exposición de las doctrinas de los autores que se incluyen, Vives, Soto, Pérez de Herrera, Fernández de Navarrete, Giginta, Pedro José Ordóñez, etc., destacando con vivacidad lo esencial de sus afirmaciones, situando correctamente los puntos de vista de cada cual, con lo que aparecen claras y en su sitio las divergencias doctrinales entre ellos, por ejemplo en el caso de Vives y Soto, y las concordancias, que también aparecen, aun cuando menos de lo que pudiera pensarse.

Esta exposición doctrinal es de enorme interés, no sólo desde el punto de vista bajo el cual la autora la lleva a cabo, sino también sobre los males que aquejan a la economía española de estos siglos. Ya Román Rianza, autor más saqueado que citado, indicó la importancia de esos escritos, en orden al estudio de este tema. Es evidente que ante la situación con que en la realidad diaria se enfrentaban, cierto número de españoles, apreciaban su gravedad y la necesidad de un remedio, variable según cada cual, pero conformes todos en la necesidad de llevar a cabo una labor de asistencia social a determinados grupos. Aun la novela picaresca, sutil humorismo de su tiempo, no dejó de señalar con certera agudeza, entre burlas de mayor a menor alcance, la necesidad de ese remedio.

La conciencia del problema social aparece, pues, en todos. En todos, diríamos nosotros, menos en quienes debía estar. Al leer las fecundas páginas de María Jiménez, en que va desarrollando los resultados de su magnífico y benedictino análisis, se aprecia la falta de un personaje; la conciencia estatal de un problema en el que todos, menos los organismos rectores, estaban preocupados. No es afirmación gratuita, léanse por quien dude las Consultas de 1609 y 1619 del Consejo de Castilla, contéplase en qué quedó el inteligente proyecto de Valle de la Cerda y Oudeygherste y suscribirá quien lo haga las palabras de Palacio Atard «siente uno escalofríos, al comprobar la estrechez de miras del Consejo». Y no es sólo el Consejo el que «pierde el tiempo inutilmente» como diría Mora y Jaraba, más adelante, sino todos los organismos del engranaje estatal. Buena prueba es de ello, el último capítulo de la primera parte de la obra que nos ocupa; en él se reúne, como ya dijimos, la legislación sobre temas asistenciales y sociales durante los siglos XVI, XVII y XVIII, éste en su primera mitad. Este grupo de textos se pueden agrupar en los siguientes apartados:

Peticiones de Cortes: 13, de las cuales, más de la mitad, corresponden a reiterar peticiones no atendidas (Cortes de 1518, 1523, 1525, 1528, 1534, 1548, 1552, 1555, 1576, 1590, en Castilla y 1548 en Aragón).

Reales disposiciones (Pragmáticas, Reales Cédulas etc.):

Siglo XVI. 1523, 1540; Felipe II en la Nov. Recop. VII, 39, 2-8 (1562), 1576. Todas ellas dictando medios represivos para la mendicidad.

1540, 1578. Sobre reducción de hospitales, contra lo que protestan las Cortes de 1588.

1565, Sobre socorro a los pobres vergonzantes.

Siglo XVII. 1671 (dos ocasiones), 1684, 1685 sobre represión de la mendicidad.

1628 Socorro a pobres vergonzantes.

Siglo XVIII. Se inicia una legislación constante y sistemática sobre diversos problemas sociales: 1773 y 1780 sobre huérfanos y expósitos, 1778 y 1785 sobre parados y enfermos, 1778 constitución de la Junta Real y general de Caridad, etc.

Este cuadro (formado con datos de la obra reseñada, pero que no pretende ser exhaustivo y puede ampliarse con los datos recogidos por Curiel, «Índice histórico de disposiciones sociales» Madrid, 1946, y Nenclares, «Legislación española de Beneficencia» Madrid, 1860, nos muestra que en realidad y durante doscientos años sólo se preocupa con eficiencia el poder central de los problemas sociales en dos ocasiones: la Pragmática de 1565 y el Auto acordado de 1638, que dictaron normas para su eficaz remedio de las clases más débiles. El resto, sólo son disposiciones de apariencia, que pretenden resolver el problema quitando sus manifestaciones externas.

Las disposiciones que la señora Salas menciona sobre peregrinos y gitanos, no me parecen que tengan gran cosa que decir en este libro, destinado al tema de la asistencia social, las de los primeros, sólo son

reglamentaciones de su forma de paso, sin el más mínimo atisbo de calor en los posibles problemas sociales que su paso crea. Respecto a los segundos, creo que el *leit motiv* de los textos que se citan es la absorción no conseguida de su grupo extraño etnológicamente hablando. Si se aceptase, en el estudio que reseñamos, su presencia, habría que incluir la legislación sobre judíos, conversos, moriscos etc.

La segunda parte de nuestro libro, presenta un detallado análisis de los medios en los cuales se canalizó la actividad asistencial, reclamada en las obras a que hemos aludido. Hasta el siglo XVIII en su segunda fase esos medios se sostuvieron por la exclusiva iniciativa de la Iglesia y de las particulares, y en muchos casos debieron luchar con la escasez de su dotación económica. El resumen que a los ojos del lector se ofrece es el de que hasta el citado siglo XVIII no hubo una asistencia social organizada en España, ni el Estado comprendió la gravedad de los problemas sociales pese al estado de opinión reinante que, como hemos visto, sí los comprendía. Ni siquiera, como la autora pretende en la página 137, la legislación «pretendió encauzar la fuerza que se derramaba por cien caminos distintos». Por ello, resulta lícito discrepar de ella y afirmar, frente a lo que en el prólogo indica, que, al menos en el campo que tan competentemente estudia «ni hemos sabido construir sistemas ni organizar instituciones útiles».

La explicación se encuentra sin ir muy lejos. La asistencia social no está incluida dentro del cúmulo de fines que el Estado tiene como propios, hasta el despotismo ilustrado. Por eso, nadie o casi nadie, reprocha a los organismos de gobierno su inacción y son otros los encargados de resolver las situaciones que no han de reclamar la atención del poder, más que muy lateralmente en cuanto puede alterarse el orden público o resultar perjudicados los naturales frente a los extranjeros (Pragmática de Carlos I en 1523, ordenando que «cada uno pida en su naturaleza»).

En una palabra, que hasta muy pasado 1700 es inútil buscar en España otra asistencia social que la que haya en la irregular, caprichosa y muchas veces estéril de los particulares y de la Iglesia.

JOSÉ MANUEL P. MUÑOZ DE ARRACÓ

KASER, M. y SCHWARZ, F.: *Die Interpretatio zu den Paulussentenzen* (Colonia-Graz, 1956), 62 págs.

La publicación de esta parte de la *Interpretatio* se hacía cada día más necesaria, ya que, así como la del Teodosiano se encuentra en las ediciones modernas de ese Código, la de las *Pauli Sententiae* debía buscarse en la antigua y hoy rara edición de Haenel, del Breviario Alariciano (de la que, afortunadamente, se prepara una reproducción fotomecánica). Los autores han agregado al texto (sin traducción) unas pocas notas críticas (págs. 59-62). Pese a su sencillez, este librito constituye una apor-

tación fundamental, que, dada la actualidad sobre el estudio del Derecho romano vulgar, resulta de máxima utilidad. Esperemos que algún día sea posible publicar toda la *Interpretatio* con un comentario histórico-jurídico sustancial.

A. O.

KASER, M.: *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* [2.^a ed.] (Colonia-Graz, 1956), XII + 397 págs.

Esta obra constituye un capítulo fundamental de las ideas del famoso romanista austriaco, ahora catedrático en Hamburgo, acerca del Derecho romano arcaico. La nueva edición presenta como novedad unos *Nachträge* (págs. 364-378) con discusión de las investigaciones más recientes.

A. O.

LEPOINTE, Gabriel: *Eléments de bibliographie sur l'histoire des institutions et des faits sociaux, 987-1875*. París, 1958. IV + 232 páginas.

Queremos dar noticia aquí de una obra en verdad meritoria que acaba de publicar el profesor Gabriel LEPOINTE con la ayuda de André VANDENBOSSCHE. Cerca de 3.400 obras, referentes a cuestiones de naturaleza e importancia dispares, pero todas ellas relacionadas con problemas histórico-jurídicos, se han recogido, como fruto de un constante trabajo, en este libro del que puede sacar gran utilidad el investigador. Naturalmente, la obra no es completa, lo cual no hace desmerecer en absoluto su valor. Se ha prescindido de la bibliografía no escrita en lengua francesa, y de la que se preocupa de temas demasiado locales o regionales. En punto a la materia recopilada la obra se ajusta a la que es objeto de estudio en el segundo año de la licenciatura en derecho, lo cual ha supuesto la exclusión de la bibliografía relativa a las instituciones políticas y sociales de la época franca (primer año de licenciatura), régimen de bienes, obligaciones, matrimonio, sucesiones y donaciones (tercero y cuarto años de licenciatura). Se da cabida solamente a la bibliografía aparecida entre los años 1926 y 1956, ya que la anterior a 1926, se recoge en manuales aparecidos en 1925 (Chénon) y 1926 (Declareuil). Conviene advertir, por último, que la obra se halla estructurada por orden alfabético de autores, pero un completo índice de materias (páginas 185 a 232) facilita extraordinariamente su manejo.

M. G.

LUMBRERAS VALIENTE, Pedro: *La Reconquista de Cáceres por Alfonso IX de León*. Cáceres, 1956.

El estudio del señor Lumbreras tiene como objetivo primordial, el fijar la fecha de la definitiva conquista de Cáceres. Señala como para unos los más, esa fecha fué 1227, y para otros, los investigadores locales, 1229. La polémica, dejando a salvo su importancia para la Historia política general, carecería de interés en estas páginas si no fuese porque al variar la fecha de la reconquista, variaría también la del Fuero de la mencionada localidad que no podría fijarse, como hace Martínez Marina en 1229 (1257 de la Era), sino con posterioridad a ese año. El autor que nos ocupa se inclina por situar la ocupación de acuerdo con la tradicional postura en 1227, con ello, tampoco habrá que variar la datación del Fuero.

En los apéndices de su obra, el señor Lumbreras publica una serie de textos, acerca de los cuales nos parece oportuno hacer algunas precisiones para orientar a los que en el futuro manejen los documentos incluidos.

Sabido es que el primitivo fuero latino de Cáceres fué concedido por Alfonso IX de León en 1229. Este fuero fué confirmado por Fernando III en Alba de Tormes en 1231 (1269 de la Era). La redacción inicial se ha perdido y sólo se conserva *en parte*, a través de la confirmación; esto, aparece claro de diversos pasajes de ella, pero especialmente al final cuando se indica *suprascriptos itaque foros, et alios qui sequuntur, ego praenominatus Rex Fernandus concedo vobis*. Es decir, que el texto confirmativo sólo recoge una parte del fuero dado por Alfonso IX, *suprascriptos... foros* y aún cuando también confirma, no menciona el resto *alios qui sequuntur*.

Además de esto, un pasaje del fuero de Alfonso IX, recogido en la confirmación parece aludir a un texto anterior al mismo fuero alfonso, sino. En efecto; *otorgo statim post capcionem ville de Cáceres Consilio de Cáceres totum suum terminum sicut est scriptum in sua carta, de moione ad moionem* puede entenderse en el sentido que con anterioridad al fuero de Alfonso IX existiese una carta de población que el monarca leónés, confirma en lo relativo a los límites del territorio cacereño, dictando al tiempo un conjunto de nuevas disposiciones en cuanto a los demás aspectos de la vida en la mencionada zona. De ser esto cierto, tendríamos el siguiente grupo de fases en la redacción del fuero latino de Cáceres.

A. Carta de población, hoy perdida, que verosímilmente procedería de los primeros tiempos de la conquista y repoblación, esto es, finales de 1227 o primeros meses de 1228.

B. Fuero latino de Alfonso IX, de 1229. Conservado fragmentariamente.

C. Confirmación de B. por Fernando III que sirve para conocer una parte del fuero latino perdido.

Sirviéndonos de estos mismos textos, podemos incluso suponer que A. estuviese vigente durante los primeros momentos de la repoblación y que B. se dió a Cáceres con ocasión de quitarla a los *fratribus de spata* que la detentaban, resarciéndolos con Villafafila, Castrotorafe y 2.000 maravedíes. Al menos, las frases de Fernando III al confirmar B. señalan hablando de Alfonso IX, *Memoratus Rex dedit in comcambio fratribus de spata qui demandabant Caceres pro sua hereditate, Villa Fafila, Castrotoraf et duos mille morabentinos pro ista villa Cáceres; et dedit istam villam Caceres populatoribus franqueadam cum totis suis terminis*. Tenemos, pues, en claro la ocasión en que B. susituyó a A. manteniendo de antiguo régimen, *sua carta*, únicamente las delimitaciones territoriales.

Sigamos adelante. Un fuero extenso recogido en un códice de fines del siglo XIII (publicado por Ulloa y Golfín y en parte por Vignau, Ureña y Bonilla y, ahora, por Lumbreras) se titula. «Fuero de Cáceres.» Pese a lo que se afirma, no es igual que el de Usagre, ya que presenta cinco capítulos que en este no aparecen y que hacen expresa referencia de Cáceres; son los párrafos 1, 222, 378, 392 y 434 de la edición Ulloa.

Por su parte Lumbreras publica bajo el título «Textos en los que se contienen los Fueros Municipales dados a Cáceres por el Rey Alfonso IX, además del de 23 de abril de 1229» un conjunto de 18 capítulos (páginas 136-140) de los que únicamente dice que es «Fragmento de la Carta de Población del Rey Alfonso IX dada después de la conquista y que se transcribe por el copista del Códice municipal al final del fuero de los Ganados». El autor omite mencionar la base en que su reproducido párrafo se apoya. Ese *Fuero de los Ganados* es el capítulo 393 del Fuero extenso de Cáceres. Además, en las páginas 140-145, incluye otros seis capítulos, sin explicar nada en cuanto a dónde los toma ni qué puedan ser. Se hace preciso, por tanto, estudiar estas tres series de textos, para poder calificarlos y situarlos en la medida de lo posible.

El capítulo 1.º de la ed. Ulloa que reproduce Ureña («Fuero de Usagre», págs. 189-191) es el mismo que, sin advertirlo incluye Lumbreras Valiente en las págs. 140-143 de su libro, encabezando un grupo de seis párrafos sin indicación de procedencia. Se trata de la delimitación de los términos de Cáceres hecha por Alfonso IX y a la que alude, como ya dije, Fernando III en su confirmación. Pero no es el texto original, sino una versión romanceada. De todas formas se trata del texto A., que antes señalábamos como punto de partida en la evolución de los Fueros de Cáceres.

Los 18 capitulillos que Lumbreras edita en las págs. 136-140 con la única indicación sobre su origen, que acabamos de transcribir, de que el copista los sitúa tras el «Fuero de los Ganados», corresponden a aquellos capítulos del Fuero de Cáceres, concordantes con los 417, 419, 420, 421, 422, 423 y 424 del Fuero de Usagre (Vid. Ureña, op. cit págs. 145-148). Hay desde luego, en este conjunto, párrafos ya romanceados, que debieron pertenecer al texto que hemos llamado A., es de-

cir la carta inicial de población de Cáceres; así, por ejemplo, «*Después que fueren LX annos pasados, que Cáceres fué presa; el que oviere a pechar a fuero al Rey, non peche mais de un maravedí al anno, fueras moneda*». Pero náda puede justificar la atribución en bloque de todos estos fragmentos a la carta puebla perdida, como hace Lumbreras. Sin embargo, tiene interés que éste haya exhumado estos párrafos puesto que si bien estaban en el código municipal de Cáceres, en la recopilación de Ulloa y en la copia de Burriel conservada en el ms. 18.743 de la Biblioteca Nacional, no parecen reflejadas las variantes que ofrecen, respecto al Fuero de Usagre en la ed. de éste por Ureña y Bonilla; variantes entre las que, como es lógico destaca la alusión al Rey y sus funcionarios en lugar de mencionarse al Maestre y a los suyos. Sirve, pues, el que el señor Lumbreras recoja estos fragmentos, para apreciar un defecto de la edición de Ureña, pero de modo ocasional y no buscado.

Digamos, por fin, en relación con el último grupo de textos reunidos por Lumbreras (págs. 143-145) ahora sin indicaciones de ninguna clase que son los párrafos del Fuero extenso de Cáceres, concordantes con los 3, 4, 5, 6 y 7 de Usagre y aparecen anotados en la edición Ureña con las variantes correspondientes.

Identificados los fragmentos insertos en la obra del señor Lumbreras, sólo nos queda señalar que en la transcripción de la confirmación fernandina, se le han deslizado algunos errores de nota, por ejemplo, *Viuís*, por *riuís* (pág. 106), *tempus* por *omnia* (pág. 107), omisión de la palabra *pactum* (pág. 108, línea 13), omisión de *venerint aut* (pág. 110, línea 17) y algunas otras del mismo estilo, que no detallamos, por no alargar esta reseña, pero no inferiores en número a once sobre las ya señaladas.

(Si el libro que nos ocupa ha de alcanzar segunda edición o refundición de cualquier tipo, me permito aconsejar al autor que tenga en cuenta cuanto aquí se dice. Creo haberle llevado mucho más allá de los términos en que él se planteaba los problemas de la formación del Fuero de Cáceres y debe reflexionar, si de nuevo vuelve a estas lides, en la hipótesis apuntada. En todo caso, estas líneas sólo obedecen a una idea puramente constructiva.)

JOSÉ MANUEL P. MUÑOZ DE ARRACÓ.

MAGDELAIN, André: *Le consensualisme dans l'Edit du Prêtreur* (París, 1958) 195 págs.

Este nuevo libro constituye, en cierto modo, un complemento del que el mismo Autor había publicado cuatro años antes sobre *Les actions civiles*; en efecto, toda la tesis, podríamos decir revolucionaria, que el A. defiende aquí depende de un resultado que cree haber demostrado en aquel otro libro, a saber, que los *iudicia bonae fidei* eran acciones pretorias y

y no-civiles. Esto presupuesto, el A. pone en conexión dos hechos que pueden sorprender, pero que vendrían a explicarse el uno por el otro de la manera más natural: 1), que los *iudicia bonae fidei* del edicto XIX, el de los contratos, carezca de aquellos edictos por los que normalmente deben anunciarse las acciones pretorias; 2), que el edicto IV, *de pactis*, parezca anunciar una protección procesal («*pacta conventa... servabo*»), que resultaría desproporcionada para la simple efecto negativo que solemos dar a los pactos, esto es, la *exceptio*; la cual, por sí misma, no necesita edicto ninguno que la anuncie. La solución sale sola: el edicto *de pactis*, aunque a distancia, anunciaba las acciones de los contratos de buena fe. Sólo a partir del momento—que el A. coloca vagamente en el s. I/II d. C., sin indicar ningún acontecimiento o personalidad con los que relacionar tal cambio—en que los juicios de buena fe fueron «recibidos» por el *ius civile*, aquella antigua conexión necesaria con el *de pactis* habría sido olvidada, y los *pacta* habrían quedado reducidos, en la medida en que no quedaban albergados por la sanción ahora civil de los contratos a que se adjuntaban (*pacta adiecta*), a producir un efecto puramente negativo, de fundar una *exceptio*. De todos modos, al comentar Ulpiano, 4 *ad Edictum*, el edicto *de pactis*, no habría podido evitar una mención del antiguo valor del *pactum conventum* como consentimiento productor de obligaciones, y de ahí aquel *tractatus* acerca de los distintos tipos de convenciones, contratos innominados y nominados, pactos adjuntos y desnudos, etcétera, que aparece en D. 2,14 y que, según el A., pese a las evidentes interpolaciones que contiene, serviría para mostrar el esfuerzo de la nueva jurisprudencia por excluir de la idea de *pactum* los antiguos sentidos más positivos que esa palabra tenía en la antigua terminología jurídica, y que conservará incólume el estilo no-jurídico.

Esta es, en un núcleo, la nueva tesis de Magdelain, que como se puede fácilmente intuir, tendría, de ser cierta, las más graves consecuencias. Habría sido el pretor quien se anticipó a dar sanción de una manera general a toda convención: al «consensualis no», lo que no debe entenderse en el sentido de los cuatro contratos consensuales de la cuatripartición Gayana—que el A., aunque por diferentes motivos que los que a mí me llevaron a una crítica afín, considera extraña a la jurisprudencia clásica—, sino en uno más amplio de «contrato» o «convención obligante». Por lo demás, tal protección no se habría reducido a la anunciada en el edicto *de pactis*, sino que abarcaba otros negocios, pero que tenían, por su carácter especial («contratos», dice el A., pero «unilaterales y de derecho estricto»), sus propios edictos, y se hallaban en otras sedes de *Edictum*: tales serían el *constitutum* y los *recepta*, que, precisamente por su especialidad, no fueron llamados *pacta* por los clásicos (llamados «pactos pretorios», en un momento posterior).

La obra se divide en tres capítulos (aparte la introducción y la conclusión), más un apéndice sobre la *actio negotiorum gestorum*. Esta, naturalmente, no debía entrar en el «consensualismo», pero no podía ser preterida, pues era *bonae fidei* y con su propio edicto, como corresponde

a toda acción pretoria, en principio. Solemos decir que ese edicto correspondía a la antigua *actio in factum* de la gestión de negocios sin mandato, pero el A. niega la existencia de tal acción *in factum*. Como es éste un punto accesorio, sobre el que no hemos de volver, me permito observar desde ahora esta dificultad: si esa acción fue siempre *bonae fidei*, ¿hemos de admitir que no existía todavía en la época de Cicerón, que la omite en su relación, al parecer completa, de los *iudicia bonae fidei* existentes en su época? Propendería a decir que la *actio in ius*, incluida por Gayo en su propia lista, completa, de acciones de buena fe, se agregó a una antigua *actio in factum* hacia la época de Labeón, es decir, mucho antes que se produjera fenómeno similar con el depósito (cuya acción *in ius* yo retrasaría hasta Juliano o poco menos).

En el primer capítulo se trata de iluminar el sentido lato de *pactum* y de los vestigios que de tal sentido presenta Ulpiano en su comentario al *de pactis*. En el segundo, el central de toda la obra, sobre la relación ya explicada entre ese edicto y el de los contratos. En el tercero, sobre el *constitutum* y los *recepta*. Se echa de menos un índice alfabético y de fuentes, que facilitaría el confrontar más rápidamente los distintos puntos de discusión.

Como se puede comprender, en un libro de este tipo, en el que, por añadidura, no deja el A., de tomar posición frente a otras del reseñante, se ofrece una materia amplísima para la discusión. Sería, en efecto, interesante descender a muchos detalles, pues en ellos se pone en evidencia la fragilidad del edificio, pero esto excedería de los límites razonables de una reseña; me limitaré, pues, a algunas observaciones concretas pero de mayor envergadura.

Ante todo, como es irremediable, hay que tomar posición frente al presupuesto de que los *iudicia bonae fidei* son acciones pretorias y no civiles, aunque esto sea tema del otro libro mencionado del A. Francamente, sigo creyendo que un *oportere ex fide bona* pertenece al *ius civile* como todo *oportere*, lo que permite hablar de *obligationes* en los contratos de buena fe, a diferencia de lo que ocurre con las acciones *in factum*, para las que sólo cabe un *teneri actione*; el mismo Gayo las excluye de su clasificación de las *obligationes*. Cicerón, al hablar de los *iudicia bonae fidei* no alude para nada al Edicto, sino, por el contrario, a los juristas. Por lo demás, aunque la reducción de las acciones «civiles» a las «legítimas» ya sea por sí mismo discutible, hay que admitir que, en la medida en que las fórmulas sustituyen antiguas acciones de la ley, autorizadas además por la ley Ebuca o las Julias para constituir un juicio legítimo, también ellas se fundan, en cierto modo, en la ley; ahora bien, todo parece indicar que las acciones de buena fe vienen a sustituir a la antigua *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Aun admitiendo que esas fórmulas procedan de la jurisdicción peregrina, o que en un primer momento no se refiriesen al *ius* sino a la *fides*, este posible origen no impide que, en el derecho de la época clásica sean consideradas como acciones civiles y no pretorias. De hecho, me parece chocante que la acción

nacida de un acto civil, como es la *mancipatio fiduciae causa*, careciera de sanción civil, es decir, que la *actio fiduciae* (que, en mi opinión no fué nunca *in factum*) no fuera «civil». Y esa acción, aun sin la frase *ex fide bona*, constituía evidentemente un prototipo de los juicios de buena fe. Pero hay más: sabemos que algunas instituciones han sido sancionadas primero por acciones *in factum* y luego por acciones *in ius ex fide bona* (como el depósito), pero resulta del todo insólito que una fórmula, sin sufrir ninguna alteración formal, haya empezado un buen día (que el A. coloca indefinidamente en el s. I-II d. C.) a ser de derecho civil.

En fin, negando este presupuesto del carácter pretorio de los juicios de buena fe, es difícil seguir al A. en las consecuencias, y, en especial, en la de que tales acciones requerían un edicto que las enunciase. Hay que observar, por lo demás, que existen otras dos acciones de buena fe que, sin ser contractuales, también carecen de edicto propio—la *actio tutelae* y la *actio rei uxoriae*—, lo que se explicaría, según el A., por el fin civil a que servían. Como el mismo A. reconoce (p. 87), no puede esperarse en esta exigencia de un edicto para las acciones pretorias una regla muy fija; por lo demás, aunque es verdad que los compiladores conservaban mejor los edictos que las fórmulas, no debe excluirse nunca la posibilidad de que hayan caído los edictos, como es muy posible que haya ocurrido con la *actio pignoratitia* (cfr. D. 12,1,1: *praetor... de pignore edixit*).

Precisamente esta acción de *pignus* ofrece dificultades especiales para la tesis de Magdelain, y es de lamentar que el A. no se haya enfrentado más directamente con ellas. En efecto, aquella acción personal que surgía del *pignus* no dependía, en la construcción del A., del anuncio general del edicto *de pactis*, a pesar de que el *pignus*, en especial en su forma de *pignus conventum*, constituía, según el A., un *pactum*; habría así una notoria diferencia respecto al comodato, alojado igualmente en el edicto *de rebus creditis*, pero que sí dependería del *de pactis*. Ahora, la contradicción inexplicable en que incurre Magdelain está en suponer que la *actio Serviana*, que considera acción real y pretoria, y nacida, naturalmente, del *pignus conventum*, sí dependería del edicto *de pactis*, aunque hubiera sido atraída por el interdicto Salviano al título XLIII. Francamente, la cuestión de la *formula Serviana* me sigue pareciendo oscura (una acción real *in factum* me parece un monstruo), pero, sea cual sea la solución que demos a ese complicado problema, resulta inconcebible que el *pactum* hipotecario haya sido sancionado por el edicto *de pactis* en parte sí (*actio Serviana*) y en parte no (*actio pignoratitia*, la personal).

Esto por lo que se refiere a la demanda de edicto por parte de las acciones *bonae fidei*. Por lo que respecta a la oferta de ese edicto por parte de la rúbrica IV *de pactis*, hay que observar en qué sentido es claro que con el anuncio «*pacta conventa... servabo*» se ofrecía algo más que una simple *exceptio*. Ya Lenel, como recuerda el A., había observado (EP³ p. 20 n. 1) que tanto ese anuncio como el del edicto *quod metus causa* no podían limitarse al efecto de la *exceptio*; pero de ahí no se deduce que

tal anuncio se refiriera a verdaderas acciones. En mi opinión, el pretor anunciaba, en el *de pactis*, la defensa de los pactos por dos trámites posibles: la *exceptio* y la *denegatio actionis*. Que no se refería en modo alguno a los contratos de buena fe me parece puede derivarse de la reserva que en aquel edicto se hace: «... *quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt*». Tal reserva era innecesaria tratándose de acciones de buena fe, ya que ésta por sí misma impedía la protección de lo doloso, ilícito o fraudulento; en cambio, tal reserva tenía más sentido si se trataba de pactos propiamente dichos, es decir, renunciaciones (totales o parciales) de acción. Tampoco el edicto *quod metus causa gestum erit*... se refería a los contratos, donde el *metus* quedaba ya reprimido por las exigencias de la *bona fides*, sino a los *gesta* propiamente dichos, que quedaban fuera del alcance de las acciones de buena fe. En consecuencia, me parece lo más probable que el pretor, en el edicto *de pactis*, se refiriese exclusivamente a los pactos de exclusión de acción, principalmente a la *transactio*, y no a los *pacta adiecta*, que ya quedaban sancionados por las mismas acciones de buena fe. Esto explicaría la colocación de ese edicto en sede procesal, allí donde se trataba de los preliminares del proceso. Que el *constitutum* y los *recepta* no fueran llamados *pacta* se explica perfectamente si tenemos en cuenta que servían para agravar la situación del deudor, lo que resulta el efecto contrario al de los pactos.

El A. llega, en su afán de probar su tesis, a identificar el *contractus* con el *pactum* que se le incorpora. En realidad, el pacto es una cláusula del contrato y no el contrato mismo; sólo que el contenido concreto de cada contrato viene determinado por aquellos pactos que lo especifican, y de ahí que puedan intercambiarse a veces ambos términos. De todos modos, en la Ret. ad Herennium 2,13, 19, cuando se dice que el *ius* consta: *natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto* (una serie totalmente extraña a la mentalidad de los juristas), no se puede decir que *pactum* esté ahí en vez de *contractus*; si no me equivoco, lo que sustituye a *contractus* es precisamente la referencia al *aequum et bonum*, que puede equivaler a *bona fides*, y el *pactum* designa la voluntad expresa de las partes contratantes, que se manifiesta en las cláusulas agregadas al contrato. De ahí que el *pactum* aparezca frecuentemente en los retóricos como un tipo de documento, así en Cicerón, *part. orat.* 37,130, cuando enumera entre las escrituras «privadas» el testamento escrito (*tabulae*), el documento contractual (*pactum conventum*) y la caución (*stipulatio*); de ahí también que se pueda decir que el *ius* nace del pacto: *ex pacto ius*. La mejor ilustración de la función del pacto adjunto está sin duda en la *fiducia*: el acto mancipatorio por sí mismo, aun conteniendo la declaración *fidi fiduciae causa*, no especifica el carácter del negocio, y es preciso que las partes redacten un documento para constancia del *pactum conventum*. Este pacto no es todo el negocio—la *fiducia contracta*—, sino el documento que le da su sentido concreto; claramente se ve esta rela-

ción en la Fórmula Bética (Bronce de Bonanza), donde el *pactum* está netamente separado de la relación de la *mancipatio* misma. Con esta observación, los testimonios que presenta el A. a favor del sentido de pacto como contrato sin más, resultan poco demostrativos. Pero, como decimos, a estos pactos adjuntos no tenía por qué referirse el edicto *de pactis*, pues tales pactos «adyacentes» no eran pactos sustantivos, sino complementarios de los contratos y quedaban sancionados por las mismas acciones de buena fe, por el principio de *pacta insunt*.

Sería contra nuestro propósito de no detenernos en discusión de detalles el hablar de los textos que aduce el A., para probar un sentido positivo en el *pactum*. Hemos hecho una revisión con todo cuidado y en ninguno de ellos puede excluirse una explicación compatible con la opinión común del efecto limitativo. Porque no basta que se hable de acción a propósito de un pacto, sino que hay que ver si tal acción no tiene otra fuente, como ocurre siempre, y el pacto no hace más que delimitar las posibilidades de ejercicio; otras veces el efecto positivo queda expresamente excluido, como ocurre en el pacto de intereses, cuyo efecto sigue siendo la *exceptio*; el A., por lo demás, no subraya suficientemente el origen post-clásico de la expresión *pactum nudum*. Únicamente quiero llamar la atención del lector sobre un caso interesante: las *pactiones et stipulationes* constitutivas de servidumbres. Aparentemente, tenemos ahí un claro ejemplo de pacto positivo, pero, si no estoy equivocado, esa expresión se debe entender así: el propietario del fundo sirviente renuncia a la acción negatoria—es decir, un pacto de efecto negativo—y promete no perturbar el uso del vecino—es decir, una *stipulatio* de no hacer—; el efecto positivo (la acción del adquirente) deriva de la estipulación, pero el aspecto real deriva, negativamente, del pacto, aunque con efectos tan sólo relativos al constituyente, pero consolidables por el *diuturnus usus* o, en provincias, la *longi temporis praescriptio*.

Queremos con estas observaciones invitar al lector al estudio de este interesante libro, pues aunque su tesis pueda ser rechazada, su lectura resulta altamente estimulante y ayuda, por contraste, a iluminar cuestiones centrales del derecho romano clásico. En una regla metódica sí que creo conviene estar precavido: «Une hypothèse»—dice el A.—«s'apprecie d'après sa valeur explicative»; por mi parte, me atrevería a decir: «Una hipótesis que lo explica todo, no sólo por ello es verdadera».

ALVARO D'ORS

MARAVALL, José Antonio: *Teoría del saber histórico*. Revista de Occidente. Madrid, 1958.

Desde el siglo XIX la intención de relacionar el mundo de la Historia y el mundo de la Naturaleza, ya fuera para asimilar los conocimientos científicos acerca de ambos en cuanto a sus respectivos métodos—actitud

positivista—, ya como reacción frente a ésta, y, por tanto, como esfuerzo de distinción metodológica entre las Ciencias Naturales y las de la Historia, Ciencias del Espíritu, Culturales o como quiera que cada autor las calificase, ha sido una de las cuestiones que más han preocupado a los pensadores, uno de los temas más tratados y discutidos. Testimonio de ello dan las obras de Lamprecht, Windelband, Rickert, Dilthey, y más recientemente las de Huizinga, Croce, Collingwood y tantos otros.

La actitud de estos autores, sobre todo la de los del siglo XIX, era defensiva o, por lo menos, reactiva. Frente a la intención positivista de imponer a la Historia categorías metodológicas propias de las Ciencias Naturales, los Windelband, Rickert y Dilthey pretenden lograr una independencia de la Historia como modo autónomo de conocimiento. Pero todos ellos partían de unos supuestos básicos comunes, concretamente los de la Física clásica y los de la Filosofía de Kant. Para todos, positivistas y neokantianos (y los tres autores citados lo eran en mayor o menor medida) el concepto de Naturaleza es el mismo: lo perfectamente determinable, lo sometido a leyes universales. Y todos manejan unas mismas categorías mentales, las kantianas, el tiempo y el espacio como medidas independientes entre sí, y con carácter meramente subjetivo, mental.

Pero he ahí, que desde hace unos cuantos años se ha producido una hondísima revolución en el campo de las Ciencias Físicas y Biológicas, en cuya virtud todos, o al menos los más fundamentales conceptos de la Física clásica o newtoniana, han quedado no sólo sometidos a revisión, sino rectificadas o parcialmente sustituidos. Paralelamente, filósofos como Bergson y cultivadores eminentes de la Ciencia Física han dado nuevas (y muy distintas con relación a las kantianas) nociones del tiempo y su relación con el espacio. Al mismo tiempo quedaba también reducida la hasta ahora axiomática objetividad de la observación en el campo de la Ciencia Física.

Y tal transformación o crisis de crecimiento en las Ciencias Naturales, no se ha operado en un sentido absolutista, queremos decir en una tendencia todavía más ambiciosa en su monopolio del saber científico que la de los positivistas, sino precisamente en sentido contrario. La relatividad es una de las tónicas esenciales en el nuevo modo de entender el conocimiento científico-físico: determinado grupo de conceptos científicos sólo sirve para darnos un conocimiento más o menos aproximado de cierto sector de la realidad, pero en modo alguno es posible trasladar con éxito tales conceptos instrumentales a otros campos que no sean el suyo propio. Así, los conceptos de la Física macroscópica no son aptos en modo alguno para darnos a conocer fenómenos o realidades de tipo microscópico.

La consecuencia de tan formidables descubrimientos en relación con la Historia y con cualquier otra Ciencia humana, es evidente: si los métodos y conceptos instrumentales de la Ciencia Física no pueden aplicarse más que dentro de ciertos sectores de la realidad física, pero

no son intercambiables entre sí, su inadecuación hacia campos en los que intervenga «el elemento dramático, hecho de voluntad y destino, que es el hombre» (la frase es de Schrödinger) resulta incuestionable.

Así pues, los historiadores que reflexionen acerca de los principios epistemológicos de la Historia, acerca de la teoría del saber histórico, han de partir conscientemente de esta situación inicial, muy otra de la que era el necesario punto de arranque de pensadores como Rickert o Dilthey. Ya no hay que adoptar una actitud polémica o defensiva frente a los cultivadores de las Ciencias de la Naturaleza, por la sencilla y admirable razón de que éstos declaran expresa y humildemente la ineptitud de sus métodos fuera del mundo físico, y aun su relatividad dentro del mismo. La Historia queda así, liberada de la pretendida tutela que sobre ella ejercían científicos de otros campos intelectuales, y abandonada, pues, a sus propias fuerzas y a los principios epistemológicos que para ella elaboren los historiadores pensando en cuanto tales, partiendo de su propio objeto y de la particular naturaleza de la realidad histórica y de lo que sobre ella se pretende conocer.

Este es el panorama que Maravall describe sucintamente y del cual parte. La idea del saber científico no identifica ya Ciencia y Ciencia Física, sino que admite como posibles otros modos de acercarse a la realidad, aptos para determinados sectores de la misma, y tan científicos en principio como puedan serlo los de la Ciencia Física. A distintas zonas de experiencia corresponden distintos saberes: ¿cuáles serán los principios normativos del saber histórico? Tal es el nudo central del espléndido libro que comentamos.

Para contestar a tal pregunta, Maravall muestra en repetidas ocasiones la crisis que han sufrido en el campo de las Ciencias Naturales los antiguos conceptos de ley, o de causalidad, o las geniales rectificaciones que Heisenberg ha introducido en el clásico principio de determinación. Si tales ideas ya no son válidas para regir la materia inerte, difícilmente puede pensarse en su aptitud para regular el conocimiento de la historia del hombre.

Pero si Maravall se hubiese quedado ahí, su libro sería parcial, incompleto, y, en definitiva, habría en cierto modo permanecido preso de los mismos vicios que combatía; es decir, si sólo nos limitamos a afirmar la caducidad de los antiguos conceptos de la Ciencia Física dentro de ésta, y de ahí deducimos la inaplicabilidad de los mismos a la Ciencia de la Historia, es claro que ésta seguiría implícitamente admitiendo la misma actitud de subordinación a las verdades descubiertas por científicos de campos ajenos al suyo.

Por eso, Maravall, después de hacer ver lo hasta aquí resumido, adopta un punto de partida inmanente a la realidad histórica, si bien, no deja nunca de utilizar la remisión a conceptos de la Ciencia Física actual. Y es que el propósito del Prof. Maravall en este libro parece ser doble: por un lado, indicar la independencia o liberación experimentada por el saber histórico; por otro, subrayar que hoy las peculiaridades

de la Historia «en cuanto forma específica de conocimiento, se descubren más próximas o más compatibles con una nueva imagen del saber científico».

De este modo, junto al fenómeno de la independencia entre ambos saberes, el histórico y el de las Ciencias Físicas, Maravall hace ver la cercanía entre ambos, basada en razones de tipo ontológico, fundada en que ni la realidad física es tan determinable como antes se creía, ni el reino de lo humano es tan individualista, tan irreductible a esquemas de ciertas regularidades como Windelband, Meyer, Huizinga y tantos otros creyeran.

La consecuencia de tales afirmaciones es tan importante en orden, por ejemplo, a la fijación de un concepto de la realidad menos dualista que el clásico o cartesiano, que creemos que quizá el Prof. Maravall hubiera podido oportunamente haberlas desarrollado con mayor o menor amplitud, tarea para la que está sobradamente capacitado. Después de su excelente capítulo sobre «Ley, Causa y Estructura en el campo de la Historia», tal vez echamos de menos otro (aunque fuese como Epílogo) en el que de modo sintético hubiese resumido y prolongado hacia un campo puramente ontológico, los resultados de las meditaciones expuestas en los capítulos anteriores. Ello hubiera seguramente rebasado los límites del libro en cuanto teoría del saber histórico; pero habría aumentado la riqueza—ya de por sí realmente extraordinaria—del magnífico libro que comentamos, y habría dejado formuladas las más importantes conclusiones que de él pueden extraerse.

Por razones de espacio no podemos comentar detenidamente los conceptos de «conjunto histórico» y de «estructura», que son, en nuestra opinión, los más fecundos y mejor delimitados por el Prof. Maravall. Su intención de superar la concepción de la Historia como Ciencia de lo meramente individual, queda plenamente lograda—desde el punto de vista formal, que es el que aquí trata—con este par de conceptos, que consideramos tienen un gran valor como instrumentos para el conocimiento histórico.

En la segunda parte de su libro, presenta el autor tres ensayos que tratan, respectivamente, de «La Historia en su relación con el presente», «Teoría del crecimiento histórico» y «La Historia como liberación». Los tres son independientes en relación con la temática de la primera parte, pero no por ello menos interesantes. De ellos nos parecen de singular importancia, el desarrollo que el Prof. Maravall hace de la idea ya expuesta por Ortega—cuya influencia en el pensamiento de Maravall es lealmente puesta de manifiesto por éste—de la Historia como crecimiento, y la sustitución que apunta de la idea de «la historia como progreso en la libertad», de Hegel, por otra que corrigiera el carácter excesivamente abstracto de este pensamiento del idealismo alemán: «Frente a la Historia como proceso de una libertad absoluta, la Historia como medio de que el hombre se sirve para ejercer una actividad de

autoliberación, para realizar la libertad concreta y eficaz de su existencia».

Como estamos plenamente convencidos de que el crecimiento de un tipo determinado de saber está en relación directamente proporcional con la reflexión que acerca de los principios directivos del mismo realicen sus propios cultivadores, el presente libro del Prof. Maravall nos alegra especialmente. Por ello, y por sus cualidades intrínsecas, creemos que debe ser leído por quien tenga interés acerca de las cuestiones en él tratadas, y, desde luego, por los cultivadores de la Historia en cualquiera de sus ramas.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE

MARTINI, R.: «*Mercennarius*». *Contributo allo Studio dei rapporti di lavoro in diritto romano* (Milán, 1958). 90 págs.

El autor distingue del concepto genérico que el término tiene (persona que trabaja mediante merced) el específico de asalariado que trabaja en la casa y finca sin determinación precisa de oficio. Subraya la esencial similitud entre la *locatio servi*, *locatio operarum servi* y *locatio operarum* de un libre, el cual entra en el servicio como un siervo, aunque no pierde su libertad jurídica.

A. O.

MATEU Y LLOPIS, Felipe: *El «ius monetae» en el Condado de Ampurias*. Notas diplomáticas sobre la regalía Condal. Siglos IX-XIV. Peralada, 1957.

El profesor Mateu y Llopis, publica, encabezando una futura serie de trabajos por varios autores que editará la Biblioteca de Peralada, un estudio sobre el origen, desenvolvimiento y fin de la regalía condal de acuñación de moneda en el Condado de Ampurias. Aun cuando el estudio se circunscribe a ese territorio, la validez de sus conclusiones debe extenderse a aquellos condados de la Marca Hispánica donde, en el mismo período de tiempo, se dieron idénticos conjuntos de fenómenos que en la zona ampuritana, desenvolviéndose sobre la urdimbre jurídico-política a que ella pertenecía.

Prescindiendo de los detalles concretos de Ampurias y volviendo la vista hacia la evolución del *ius monetae*, las conclusiones de este análisis deberán, en consecuencia, alcanzar además a los condados del Rosellón, Gerona, Besalú, Ausona, Urgel, Cerdanya, Pallars, Ribagorza y Barcelona. Así se nos aparecen las regalías monetarias ejercidas por los condes como una delegación que el monarca franco llevaba a cabo de sus

funciones y derechos como tal en los individuos que, ligados a él por razón de infeudación, se encontraban al frente de los mencionados territorios. Junto a esta regla condal aparece, y en Ampurias-Peralada con particular interés por los precedentes visigóticos que Mateu le encuentra, el mismo derecho ejercido por las autoridades episcopales compartiéndolo en ocasiones con los condes y en otras poseyéndolo de forma diferente a éstos.

El origen de la regalía condal, en estos territorios, se remonta, pues, al siglo IX, concretamente para Ampurias al reinado de Ludovico Pío (814-840) y ya hasta el XIII (1277) se desenvuelve la mencionada institución que será absorbida dentro del conjunto de prerrogativas reales aragonesas, las que no tolerarán el ejercicio de facultades inherentes al poder regio, por ningún otro ente político que la monarquía. Pero este resultado no se produce merced a que el monarca desarrolle un proceso de reversión a la Corona de aquellas regalías ejercidas por los poderes feudales, sino que es fruto del mismo juego de las circunstancias, que dan por resultado la infeudación de las zonas de Peralada a Ramón Berenguer en 1122. Desde esa fecha el barcelonés regula el ejercicio de la regalía totalmente en Peralada e indirectamente en Ampurias sirviéndose para ello de la labor de los bailes, encargados del cuidado de la administración patrimonial del conde soberano de Barcelona. Este no impedirá de golpe el ejercicio de las regalías a entidades diferentes de la corona, pero sí que lo limitará en buena parte. Sobre todo lo importante será que la regalía aún limitada, podrá ser usada todavía, pero partiendo siempre de la necesaria autorización real. Con el conde Ponç Hug IV se ejercita por última vez el *ius monetae* por los condes de Ampurias, ahora bajo la vigilancia de los funcionarios reales, después de las censuras en que Pedro III manifestó su enérgica protesta en 1277 por las acuñaciones condales. De todo el proceso resumido y que se trasluce en la detallista investigación numismática del señor Mateu lo más interesante, desde el punto de vista de este ANUARIO es resaltar la forma en que se va produciendo la integración política catalana, utilizando los monarcas las vías que les prestaban las mismas instituciones feudales, no rompiéndolas, sino absorbiéndolas en una sola entidad que, inicialmente, al menos, seguirá conservando los rasgos feudales, para adquirir, mucho más tarde, los caracteres del Estado moderno.

Dejemos constancia, por fin, de algo que no parece necesario, señalar que el análisis del señor Mateu es ejemplo de investigación seria, consciente y metódica. La Biblioteca Palacio de Peralada ha cuidado la presentación del trabajo en una excelente edición.

JOSÉ MANUEL P. MUÑOZ DE ARRACÓ

NOONAN, John T., Jr.: *The Scholastic Analysis of Usury*. Harvard Univ. Press, Cambridge, Mss., 1957, XII + 432 págs.

El contenido de este libro rebasa en mucho lo que su título promete. Constituye una buena información respecto a la realidad religiosa, racional y económica de un vasto período de la historia europea. El hilo conductor viene siguiendo el pensamiento racional acerca de la «usura» en pensadores—moralistas, teólogos, canonistas, políticos—encuadrados entre los años 1150 y 1750.

El estudio comparativo entre autores situados en tiempos relativamente distantes, permite al autor efectuar un análisis que excede a la mera mecánica de expresión racional, para insistir en el significado cultural—teológico, antropológico, político—de distintas posiciones teóricas acerca de la justificación o injustificación del cobro de intereses dinerarios.

Desde luego, se aprecia, junto con una común afición medieval al estudio del tema de la usura, una clara evolución que, al ir paulatinamente entendiendo el sentido de la ordenación económica de la actividad humana, va también admitiendo, bajo ciertos niveles éticos, una licitud de cobrar intereses en los préstamos de dinero. Algunas de las afirmaciones halladas en autores típicamente medievales, y, por tanto, precapitalistas, quitan mucho peso a las argumentaciones de Max Weber acerca del origen de la ética capitalista sobre predominio definitorio de concepciones calvinistas.

Huyendo de todo nominalismo, el autor consigue detallar la «función ideológica» y cultural de la teoría de la usura en la doctrina medieval. Estudia las funciones crediticias en las diversas instituciones capitalísticas del medievo, las cuales no podían ser rechazadas en bloque ni siquiera por los moralistas más rigurosos. Al revés, se configura una cierta regularidad moral para determinar la licitud y la ilicitud de los préstamos dinerarios con arreglo a ciertas condiciones objetivas de su empleo. Uno de los criterios estudiados es la existencia o inexistencia de riesgo del capital prestado.

El autor va recorriendo los aspectos de la cuestión con arreglo a una ordenación sistemática, muy conseguida, a nuestro juicio.

Tras estudiar la relación entre el hecho de cobrar réditos y las teorías tradicionales de justicia, Noonan explica la oposición de la doctrina iusnaturalista, la cual sólo se refiere al préstamo de dinero, pero no al de cosas. Por otra parte, el problema de la usura se considera con independencia del problema del justiprecio, dado que, al poder exigirse únicamente la devolución del dinero en dinero, la medida de esa devolución consta por el valor objetivo de la moneda. Sin embargo, hay tipos de préstamo en que es lícito el cobro de intereses: cuando el deudor es un enemigo, o un vasallo, o un poseedor injusto, o ha incurrido en impago, o encubre un contrato de sociedad, o cuando el acreedor negocia

y vende su recibo. También se atienden los casos del depósito bancario y de las operaciones exteriores.

En torno a las diversas situaciones posibles entre el deudor y el acreedor de préstamos dinerarios, el autor describe la evolución doctrinal. Distingue el momento del planteamiento medieval, prolongado hasta mediados del siglo xv. A partir del Renacimiento, se produce una revisión crítica de la teoría escolástica de la usura, en la cual tuvieron parte muy importante los jesuitas españoles, contrapuestos a la posición tradicional defendida por el dominico Soto. Se produce una apertura de la licitud del cobro de intereses en capitales prestados para negocios mercantiles. Tienen importancia en esta teorización, tan fundamental para el desarrollo posterior de los sistemas éticos del período capitalista de la economía europea, Navarro, Molina, Lessio y, sobre todos, Juan de Lugo, a quien S. Alfonso consideraba el mayor moralista que había surgido después de Santo Tomás, y que agotaba los aspectos técnicamente económicos del problema. La reacción del siglo xviii extremó el rigor contra la licitud del cobro de réditos, pero la práctica de los negocios hizo caso omiso de dicha posición doctrinal. Al final, empero, tiende a imponerse la teoría molinista del *lucrum cessans*, que favorece la existencia del crédito a interés en los negocios mercantiles.

En una perspectiva actual—termina el autor—el Código Canónico admite una posición ecléctica, encaminada, sobre todo, a evitar abusos por parte de los acreedores crediticios, atendiendo, desde luego, a la índole de las necesidades en que ha de emplearse el dinero recibido a préstamo.

A. SÁNCHEZ DE LA TORRE

RODRÍGUEZ-ARANGO DÍAZ, Crisanto: *El Fuero civil y criminal de los Clérigos en el Derecho Canónico*. Núm. 7 de los Cuadernos del Instituto Jurídico Español en Roma. Roma-Madrid, 1957.

El Dr. Rodríguez-Arango, en esta obra que es su tesis doctoral, realizada en Roma y presentada en la Universidad de Oviedo, nos ofrece, de un lado, una exposición del pensamiento de los autores sobre el privilegio del fuero, y de la realidad legal de tal figura jurídica a lo largo de toda la historia del derecho canónico; y, de otro, procura darnos la valoración de tales aportaciones doctrinales y el desarrollo, en función de las mismas, de su propia teoría, es decir, la concepción doctrinal que él defiende. Busca así obtener una visión orgánica del tema que somete a estudio, para que el lector pueda hacerse cargo de lo que en el Derecho de la Iglesia es y representa el «fuero eclesiástico», calificación con la que el autor cree se expresa mejor que con ninguna otra la verdadera naturaleza jurídica del fuero civil y criminal de los clérigos.

El capítulo primero del trabajo, en efecto, se destina a encuadrar jurídicamente el fuero de los eclesiásticos en el lugar que dentro de la estructura jurisdiccional de la Iglesia le corresponde, valiéndose para ello de la línea indicada por los iuspublicistas más importantes, particularmente Ottaviani; de los tratados de Werns-Vidal, Capello, Vermeersch-Creusen, etc.; de algunas obras especializadas—la de De Bernardis—y de diversas fuentes.

Los tres últimos capítulos del libro de Rodríguez—Arango—el V, el VI y el VII—han sido destinados a la tarea de presentar la visión del autor sobre el privilegio del fuero. En ellos, a partir de la calificación jurídica que le merece la institución, y hasta el repaso de la disciplina vigente sobre la misma, que cierra sus páginas, ha acumulado el autor el nervio de su argumentación y de su toma de postura frente al tema.

La parte del libro, sin embargo, que nos interesa considerar particularmente en este ANUARIO, es la que se contiene en los capítulos II, III y IV, que ocupan más de la tercera parte del número total de páginas del libro, y que están dedicados al estudio histórico del tema. Aun siendo útiles para el fin a que se les destina—ofrecernos la base para comprender en todo su conjunto y desde su más amplia perspectiva el fuero de los clérigos—, estos capítulos tienen su materia distribuida con una sistemática quizá poco hábil; presentan, sin duda, páginas excelentes—el análisis del pensamiento del P. Suárez, la atención puesta sobre la concepción de Castro Palao—junto a otras más débiles, especialmente en el capítulo II y en parte del IV.

El autor se propuso, de un lado, escribir la historia interna del privilegio del fuero de los clérigos (cap. II), y, de otro, estudiar en la doctrina su fundamentación jurídica (cap. III y IV). Pero al repartir estos temas incluyó un apartado en el capítulo II, que tituló *La ciencia canónica ante el privilegio del fuero*; y ello le había de obligar, o a repetirse tratando y estudiando la ciencia canónica dos veces—en el capítulo de la historia interna y en los otros dos—o a que tal apartado fuese muy incompleto y, aun así, incluyese autores que, por estar ya en él tratados, no aparecían en los capítulos de crítica de la ciencia. Y ésto es lo que ha ocurrido: bajo el epígrafe *la ciencia canónica* se trataba exclusivamente de Reinffenstuel y de Schmalzgrueber—sin que el lector sepa exactamente por qué son precisamente esos dos y nada más que ellos los elegidos—; sólo más tarde, y fuera ya de tal epígrafe, aparecerán estudiados los demás tratadistas de importancia.

Por otra parte, lo que sobre Reinffenstuel y Schmalzgrueber se dice no es otra cosa que lo que ellos mismos escribieron, limitándose este epígrafe a ofrecernos una traducción de lo escrito por los dos autores, acompañada de los textos originales a pie de página, sin ninguna crítica científica de los mismos. Y tal ausencia de crítica científica, defecto principal de todo este capítulo segundo, es lo que resta en mayor medida interés a la recopilación de fuentes sobre el fuero eclesiástico

que, sólo a muy grandes rasgos, se nos ofrece. Ello no significa, sin embargo, que el capítulo dedicado a la historia interna carezca de interés; los textos fundamentales de las fuentes canónicas están presentes en él, a disposición del lector, que con ellos podrá hacerse una idea sustancial de los precedentes de la disciplina hoy en vigor; sólo es de lamentar que el autor no nos haya ofrecido también los resultados de una labor de crítica de fuentes que enriquecería notablemente su obra.

Por lo que hace a los capítulos III y IV, su presentación puede conducirnos a un cierto confusionismo: apareciendo como dos capítulos diferentes, en realidad se trata de uno solo, que debería ir comprendido bajo el único epígrafe general del primero, *Fundamento jurídico del privilegio del fuero*; el epígrafe del segundo, *El derecho humano como fundamento jurídico del privilegio del fuero*, se corresponde en un todo con un subtítulo interno del capítulo anterior, *La derivación del derecho divino*, y con él debiera quedar emparejado.

En estos dos capítulos, en que se analizan—esta vez con un sentido crítico que les presta especial valor—las doctrinas principales sobre la fundamentación jurídica del fuero, el conjunto de la elaboración acusa cierta inseguridad; junto a estudios tan bien realizados como el de la posición de Suárez, otros son excesivamente rápidos—los de la segunda parte—y acusan menor profundidad. Especialmente puede esto decirse de la parte destinada al «derecho civil, base de sustentación del privilegio del fuero de los clérigos», es decir, al estudio de las doctrinas que sostuvieron tal concepción, y que por estar escrita sobre la base de otro trabajo monográfico anterior—el de Riviere—, y contemplando a un solo autor—Marsilio de Padua—y a una época demasiado concreta y limitada, carece de mayor interés.

Ninguna de estas lagunas—que nos era preciso señalar, por ser la nuestra una reseña concretada particularmente sobre la parte histórica de la obra del Dr. Arango, y sobre su utilidad para el historiador del derecho canónico—empaña en una medida apreciable el valor de la obra en sí, ya que su autor no ha pretendido escribir una monografía histórica; y aunque sería de desear que los capítulos históricos estuviesen más completos y perfilados, lo que ofrecen es de por sí útil, en todo caso, para la estructuración dogmática de la figura jurídica contemplada por el autor.

ALBERTO DE LA HERA

SÁNCHEZ-AGESTA, Luis: *El concepto del Estado en el pensamiento español del siglo XVI*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1959, 192 págs.

El estudio del Dr. Sánchez-Agosta, se ocupa de una faceta poco estudiada dentro de los análisis dedicados al desenvolvimiento de la doctrina política contenida en los escritos de los filósofos y teólogos españoles

del siglo XVI. Por razón cronológica, este estudio viene a cubrir parte del espacio que restaba por investigar entre análisis, como p. ej. entre otros, los de los profesores Torres López y Maravall Casesnoves, dedicados respectivamente a la exposición de las ideas sobre el Estado contenidas en la obra de don Juan Manuel y en los tratadistas y legislación del siglo XVII. El A. parte de la observación que si bien, se ha escrito mucho y el tema lo merece, sobre el problema de legitimación del poder, dando ocasión con ello a dejar en claro el entablamiento en que se apoya, «una concepción propia del Derecho natural, reelaboradora sobre el pensamiento tomista» (pág. 23), se ha dejado de analizar si tuvo, y en caso afirmativo, cómo tuvo, una concepción teórica del Estado y de sus fundamentales elementos integradores. Entendamos como repetidamente subraya el autor, que ese concepto del Estado, debe comprenderse como referente a la nueva forma política estatal que el Renacimiento acuña.

Con una clara idea sistematizadora, el autor va analizando textos de Azpilcueta, Castro, Mariana, Molina, Soto, Suárez, Vázquez de Menchaca y Vitoria con los que dibuja una doctrina del Estado que puede sistematizarse en cinco puntos fundamentales. Frente al criterio sentado en las obras de los tratadistas políticos españoles que acabamos de mencionar, se nos ofrece el pensamiento europeo en la línea que corre ante Bodin, Hobbes y Rousseau. Situando frente a frente las características correlativamente opuestas de ambas fases de la historia de las ideas políticas obtendremos un cuadro comparativo del mayor interés:

<i>Teoría española.</i>	<i>Teoría europea.</i>
1.º Cada Estado de la comunidad universal es una entidad perfecta.	1.º Cada Estado es un todo.
2.º El Estado es una unidad orgánica que se basa en el logro del bien común.	2.º El Estado es una unidad de organización de poder.
3.º El soberano está sometido a la ley.	3.º La voluntad soberana está por encima del derecho.
4.º El poder político viene de Dios, en cuanto resulta que la convivencia política es una necesidad natural.	4.º El poder político es un artificio del hombre.
5.º El Estado tiene como límite de su poder, el bien común.	5.º El Estado tiene un poder supremo.

Los cinco principios fundamentales de la teoría española se condicionan y explican entre sí mediante un engranaje perfecto la exposición de esa interna vinculación y de las características que de ella dimanar es objeto de la lucida prosa del señor Sánchez-Agosta durante los tres capítulos que forman el cuerpo de la obra. Basta con señalar aquí sus andamiajes, sin descender al detalle.

Tiene un particular interés, el punto de partida del autor para toda la construcción que hemos resumido. Arrancando de la idea, ya manifestada por Brunner, de que el mundo político medieval se nos presenta como un orden de Derecho, dentro del cual no existe un ejercicio exclusivo del poder político por ninguna persona de las que lo integran, sino que cada una tiene una parte del poder, Sánchez-Agosta sostiene que la raíz histórica del poder estatal, que analizaron los tratadistas españoles del siglo XVI, se encuentra en la concepción del ordenamiento jurídico como un estado de paz, y la subsiguiente situación de enemistad que forma su contrapunto cuando ese orden, esa paz, se ve quebrantada.

Para nuestro autor esa «Friedlosigkeit» se transformará en una dirección doble; de una parte constituyendo el derecho de guerra de una comunidad, frente a sus iguales; de otra, en la absorción dentro de una organización jerárquica de la administración de justicia, organización cuyo vértice reside en el príncipe. De esta forma, en el orden externo y en el interno, la reparación de la paz se verifica mediante un monopolio político. Y ese monopolio dará lugar al planteamiento de la naturaleza de la «maiestas», de su exención, porque, si bien, a la figura del «princeps» se vinculan las dos supremas facultades de declaración de guerra y de apelación en última instancia como fuente máxima de toda jurisdicción, que hemos visto desarrollarse partiendo de la «Friedlosigkeit». ¿Cuál será su postura, respecto a la ley? No a la ley de otro superior, pues, no le hay, sino a la de su misma comunidad, las múltiples derivaciones que pueden nacer de esa pregunta constituyen toda una teoría del Estado. Teoría que, según muestra el autor, plasmó en los cinco puntos que antes señalábamos.

Y poco más, el trabajo es excelente y se ha basado en una perfecta simbiosis de las fuentes y las obras primordiales de los más eminentes investigadores, Brunner, Mitteis, von Heydte, Ercole, Calasso, Torres López y Maravall. El autor ha huído de lo fácil y ha logrado un estudio cautivador. El libro finaliza con tres apéndices aclaratorios y complementarios; uno de fuentes; otro sobre las fuentes medievales de la soberanía, y un tercero dedicado al análisis de la «potestad absoluta». «Soberanía» y «maiestas» en el siglo XVI.

JOSÉ MANUEL P. MUÑOZ DE ARRACÓ

SASSE, Christoph: *Die Constitutio Antoniniana. Eine Untersuchung über den Umfang der Bürgerrechtsverleihung auf Grund des Papyrus Giss. 40 I.* (Wiesbaden Harrassowitz, 1958), 143 p.

Bajo la dirección de E. Kiessling, el A. ha realizado una revisión a fondo de los problemas que plantea el pasaje central (lín. 7-9) del famoso Papiro Gissen 40 I, en el que se admite de manera casi unánime que se

contiene el Edicto de Antonino Caracala concediendo la ciudadanía a todos los súbditos del Imperio, el año 212 d. C., es decir, la *constitutio Antoniniana* (no «Antonina»; vid. ya mis argumentos de *Emerita* 1956 p. 1. en los que abunda el A.). Se trata de un libro bien hecho, que para mí presenta un interés especial (cfr. las páginas casi contemporáneas, que el A. no pudo tener en cuenta, de este *Anuario* 1956, 868-873). En efecto, en los *Estudios* que hace años dediqué a este tema (algunos, publicados en este mismo *Anuario*)* y que el A. tiene en cuenta, sostenía que la significación histórico-jurídica de la CA no podía esclarecerse mediante nuevos intentos de reconstrucción de ese pasaje central del papiro. Subrayaba a ese fin la debilidad paleográfica de la mención de los «dediticios», de los que, en todo caso, valía más prescindir para no perderse en discusiones que apartaban del camino más adecuado, que era el de ver la CA por sus efectos en las instituciones jurídicas públicas y privadas. Ese método por mí seguido llevaba a la conclusión de que la concesión de la ciudadanía había sido ilimitada, y que se trataba de una medida de colosal nivelación social, que había dado un sesgo totalmente nuevo a la historia jurídica romana; que determinaba incluso el fin de la época clásica (que fijó ahora, convencionalmente, en el 230 d. C.). Puede comprenderse el interés que podía despertar en mí un intento metodológico totalmente contrario, como este de Sasse, en el que, prescindiendo de toda implicación institucional extraña, se busca el esclarecimiento de la CA en el mismo papiro. Aparte una breve parte introductiva, la obra se divide en dos secciones: una de interpretación filológica y otra de interpretación real de las líneas 7-9 del papiro.

Para mejor inteligencia de mis observaciones, empezaré por adelantar la reconstrucción que propone el A. (con reservas para la línea 9):

7. Δίδωμι το[ν]ον άπα-
8. [σιν το[ι]ς κατοικο[υ]σιν τη]ν οικουμένην π[ολι]τείαν Ρωμαίων, [μ]έγοντος
9. [ουδενός των έλασσωμ]άτων χωρ[ί]ς των [δ]ειτικίων.

Llama la atención en primer lugar que el A. no haya reparado en la dificultad de lectura το[ν]ον άπα/σιν del final de la lín. 7, aceptado desde Schubart, pero no sin contradictores. Como ya advertía en *Est. I* p. 316 n. 2, G. Segré llamó la atención sobre el hecho de que (aparte la inelegante repetición το[ι]γαρο[υ]ν-το[ι]ν[ον]) con una sola ν no puede llenarse en modo alguno el hueco το[ι]..]υαπα. Como puede observarse en la clara fotografía parcial que presenta el A., la ι coincide exactamente debajo del primer trazo (en la lín. anterior) de la ν de αν[θρ]ώπους es decir: el A. quiere llenar con una sola ν el espacio que, en la lín. anterior, se llenó con la mayor parte de igual letra más dos letras más (θρ). Ante esta dificultad, sigo creyendo que es preferible el suplemento de Meyer: το[ι]ς[σ]υνάπασιν. Esta otra forma, que no altera el sentido, corresponde perfectamente al

* *Est. I*: *Emerita* 1943, 297; *II*: *AHDE* 1944, 161; *III*: *ibíd.* 1946, 586; *IV*: *Sefarad* 1946, 21; *V*: *Emerita* 1956, 1.

tono enfático del Edicto, y parece presuponer un original *cunctis*, del que incluso tenemos algún eco en las alusiones literarias al Edicto (Aur. Victor, *de Caesar.* 16, 12: *data cunctis promiscue civitas Romana*).

Este ligero descuido del A. se debe probablemente a que ha prestado éste una atención muy secundaria a la lín. 7 y la ha concentrado en la 8 y, sobre todo, en la 9. Esa lín. 7 contiene principalmente el final del pasaje anterior, de la lín. 6. Si de ella se ha preocupado el A. es tan sólo para, admitiendo el suplemento de Meyer, dejar sentado que aparecía allí la palabra ξένοι, que serían todos los extranjeros y no tan sólo los *peregrini* pertenecientes al Imperio, a fin de relacionar con esa palabra el ἅπασιν de la lín. siguiente: la ciudadanía se habría dado a «todos los extranjeros», con lo que excluye aquella idea, en la que yo también participaba, de que la ciudadanía dada por Caracala era como una «nueva ciudadanía ecuménica», dada a «todos», es decir, en cierto modo también a los mismos que ya eran ciudadanos.

La idea del Emperador, según el A., habría sido la de que cuantos se incorporaran a sus «queridos súbditos» («mis hombres»), lo hicieran como ciudadanos y, como tales, fueran a rendir culto a los dioses de Roma. En esto, más o menos, estamos todos de acuerdo, pero conviene observar que del texto mismo del papiro no se desprende que esas divinidades a las que los nuevos ciudadanos han de rendir culto sean las oficiales de la antigua religión romana. De cuanto hemos expuesto en *Est.* V puede verse que Caracala no fué un simple propagador de divinidades romanas y que su política religiosa (inspiradora del mismo Edicto) fué sincretista. El que los nuevos ciudadanos rindieran culto también a divinidades no-romanas, que habían contribuído a salvar a Caracala del supuesto complot de Geta, no parece por sí mismo imposible en la mentalidad de aquel emperador sincretista y profundamente anti-romano.

Pero todo esto es quizá de menor trascendencia, y el suplemento que el A. propone para la laguna de la lín. 8 no es rechazable, aunque, para ser sincero, no creo resulte claramente preferible al de Oliver:

ἅπασι τοῖς ὑπηκόοις κατὰ τὴν οἰκουμένην

que reflejaría el punto de vista de la ciudadanía general nueva y tiene un eco en la referencia del Edicto que da Justiniano en Nov. 78,5: ἅπασιν ἐν κοινῷ τοῖς ὑπηκόοις δεδωραται.

El problema central está en la conexión entre las tres cláusulas que designaremos (para mayor facilidad tipográfica) *didomi* (1), *ménontos* (2) y *choris* (3). El A. llega a la conclusión acertada de que la cláusula *choris* no se enlaza directamente con la cl. *didomi*, sino con la incidental cl. *ménontos*; es decir, que no se trata de una excepción a la concesión de la ciudadanía, sino a la reserva que a la misma se hace con *ménontos*. Para llegar a esta conclusión hace el A. un prolijo estudio de todos los pasajes similares que se presentan en los papiros, lo que quizá no era del todo apremiante, pues en un texto traducido del latín, como el de la CA, las reglas de la sintaxis griega tienen siempre un valor algo relativo (vid. esta misma observación en Wolff, en *SZ* 1959 p. 576).

no se atreve, al parecer, a reconstruir el original latino. En efecto, algo como *manente nulla deminutionum* (o *restrictionum*; cfr. Wolff, op. cit. p. 577 n. 3, que censura esa hipótesis con razón) *praeter dediticiorum* parece del todo imposible. *Deminutio*, en el lenguaje jurídico, o se refiere a la *capitis deminutio* o tiene un sentido puramente patrimonial, no moral o social. Por lo demás, tampoco aquí el A. ha tenido cuidado de contar las letras necesarias para llenar la laguna, que son por lo menos 20 (sólo Oliver baja a 19, los más: de 21 a 23 letras): no bastan las 17 de su suplemento.

Así, uno no puede menos de quedar decepcionado de este resultado, pues esta conjetura se vendrá a incorporar a la larga lista de las hasta ahora emitidas para reconstruir la lín. 9 (veinte enumera el A. en p. 13 s., y aun añade al final, p. 124 n. 1. otra comunicada por Kiessling). Esta lista se podría aumentar, y yo mismo aventuraría alguna conjetura nueva, con cierto humor, si no corriera el riesgo de que se tomara en serio y diera lugar a largas discusiones. Aunque se trate de un punto central, del más alto interés, prefiero seguir en el método por mi emprendido de dejar el problema del papiro como un acertijo difícil. Como el mismo A. reconoce (p. 66), del análisis gramatical del pasaje sólo se deduce que la concesión fué ilimitada y que a una cláusula de reserva se hacía una excepción con los dediticios, y «más allá de estos límites empieza el terreno de la conjetura». Ahora, este resultado positivo quizá no constituya una gran novedad, aunque hay que agradecer al A. la sólida fundamentación de esas conclusiones que venían a ser hoy una opinión generalizada. La misma hipótesis de que los dediticios en cuestión eran los que dice el A. no me parece que resulte indiscutible.

Todavía, me parece lícito referirme a algún punto de detalle en el que el A., que, como suele ocurrir en estos casos, señala más las discrepancias que las coincidencias (me complace, p. ej., que rechace fundadamente la equiparación de contribuyentes de *laographía* o de egipcios con los dediticios), manifiesta su discrepancia respecto a mis propias posiciones.

Ante todo (p. 42 n. 1 y 37 s.) lo que se refiere a la transcripción de las palabras (según él) $[\mu] \epsilon \nu \nu \tau \omicron \varsigma$ y $[\delta \epsilon] \delta \epsilon \tau \iota \tau \iota \omega \nu$ (con puntos de letra dudosa debajo de la δ y la τ). Todo depende del criterio editorial: si una letra de la que no se lee nada, pero se induce por la línea de enlace, debe darse como leída, su transcripción es aceptable; pero yo consideraba que tales letras perdidas, aunque quede el enlace, se deben dar como suplidas, y por ello leía: $[\mu \acute{\epsilon}] \nu \nu \tau \omicron \varsigma$ (aunque en algún caso he transcrito como el A.) y $[\delta \epsilon \delta] \epsilon \tau \iota \omega \nu$. Si insistía en la fragilidad de este lectura de los «dediticios», era sobre todo para evitar, como había ocurrido, y aun ocurre a veces, que se diera esa frase como perfectamente leída; me parecía que convenía dejar la duda abierta, por si acaso surgía otra posibilidad más acertada que diera luz sobre este pasaje que, en mi opinión, sigue aun sin una aclaración definitiva. Pero este es un punto en el que no tengo mucho interés, por cuanto mis es-

peranzas de que se obtenga algún día una aclaración indiscutible son prácticamente nulas.

En p. 70 el A. censura mi escepticismo acerca del valor jurídico (más que «histórico» como dice él) de la fórmula de *deditio* que presenta Livio 1, 38, 2. Me parece que ese diálogo es fingido por Livio, como suele ocurrir con los discursos, y el mismo Sasse viene a disminuir mucho su confianza en él cuando dice que «man sich dabei nicht an den Gebrauch bestimmter solenner Wortformeln klammern darf». Creo que estamos de acuerdo en que no se trata de un discurso literalmente referido, con lo cual su valor jurídico queda prácticamente anulado, pues, si prescindimos de la fórmula, el contenido es más o menos el de toda capitulación (cfr. *Est.* II p. 9).

Un descuido del A. creo advertir cuando dice (p. 121) que mi afirmación de que el término *peregrinus* (extranjero) desaparece de las fuentes tardías porque la categoría misma había realmente desaparecido a consecuencia de la CA, deja sin explicar, como «un residuo ininteligible» que CTh 4, 6, 3 tenga todavía esa palabra. El A. no ha reparado que allí no se trata de extranjeros en sentido propio, sino de extraños en el nuevo sentido que explico adquiere el término después de la CA: *maculam subire infamiae et peregrinos a Romanis legibus fieri*. Cuando Justiniano CJ 5, 27, 1 pr. sustituye *peregrinos* por *alienos*, el sentido queda intacto.

Por último, el A. (p. 84 ss.) se vuelve prolijamente, como si no acabara de quedar tranquilo, contra mi hipótesis de que el «punto de asimilación» («Berührungspunkt» dice él) de la categoría de los libertos de la ley Elia Sencia a los peregrinos dediticios se debía a que, al no ser ni romanos ni tener otra ciudadanía, no podían testar. En mi opinión, la ley Elia Sencia, para privar a tales libertos de la *testamentifactio* activa, los equiparó a los dediticios. Dice Epit. Ulp. 20, 14, que al no tener ninguna ciudadanía, no podían testar conforme a ningún derecho; y no se puede decir, sin más razones que las que da el A., que eso sea «ein hübsches Gedankenspiel formalistischer Begriffsjurisprudenz». No creo tampoco que yo deba mostrar, como me exige el A. (p. 84 n. 1), otro grupo peregrino que, fuera de los libertos Elianos, haya carecido de la *testamentifacción* activa. Los peregrinos, precisamente, son los que pueden testar, conforme a su derecho, pero no los dediticios, que no tienen otra ciudadanía, ya que están pendientes de que se les done la romana o se les reconozca la recuperación de la que perdieron por su rendición. Los libertos Junianos no pueden entrar en esa asimilación a los dediticios, pues respecto a ellos la ley disponía ya que morían como esclavos, es decir, que sus bienes eran del antiguo amo *iure peculii* (mediante ficción legal). Que el hecho de que la simple remisión a la condición dediticia que hacía la ley Elia Sencia pudiera resultar poco explícita en una época posterior, en la que la falta de *testamentifacción* de los dediticios resultara menos clara (como parece reflejar Gayo I 25 y 75), eso no es suficiente para quitar valor al límpido razonamiento de Epit. Ulp. 20, 14.

Lo que no conviene confundir aquí es la situación de los que carecen de ciudadanía (dediticios y libertos Elianos) y la de los que no están incorporados a una «ciudad». Sólo partiendo de esa confusión se puede aducir como argumento contra la falta de testamentifacción activa de los dediticios el hecho de que los egipcios hicieran testamentos. Habíamos quedado en que los egipcios no eran dediticios; aunque no estén incorporados a la vida ciudadana, tienen su propia ley peregrina conforme a la cual pueden testar. El A. sostiene que el «punto de asimilación» estaba en una como sanción penal impuesta a unos y otros: «den verächteten Unterworfenen, denen Rom seine Bedingungen diktierte, sollten jene verächtlichen Libertinen gleichgestellt werden». El mismo A. parece algo insatisfecho de esto cuando, a continuación, añade que también podía tal asimilación tener el fin práctico de impedir que los libertos Elianos pudieran adquirir otra ciudadanía; lo cual me parece aceptable, pero viene a confirmarme en mi opinión de que el elemento común era a la no-pertenencia a ninguna ciudadanía y, en consecuencia, la imposibilidad de testar.

Una obra, pues, sumamente trabajada, pero cuyos resultados, en la medida en que no son una confirmación de tesis anteriormente defendidas, no lograr vencer el *nom liquet* que insuperablemente se cierne sobre el enigma del PGiss. 40 I.

ALVARO D'ORS

SEVILLANO COLOM, Francisco: *Valencia urbana medieval a través del oficio de Mustaçaf*. C. S. I. C., Escuela de Estudios Medievales, Sección de Valencia. Valencia, 1957.

Sevillano Colom ya nos ofreció, precisamente en el tomo XXIII de este mismo Anuario, un estudio sobre la «Institución del Mustaçaf de Barcelona, de Mallorca y de Valencia», en el que aludía a la próxima aparición de la obra que ahora comentamos. La edición actual de su trabajo comprende la transcripción del «Libro de los Privilegios del Mustaçaf de Valencia», y la del «Libro de las Ordenaciones del Mustaçaf de Valencia», precedidos de un estudio sobre la Historia de ambos textos, y de un bosquejo de la institución, hecho sobre la base fundamental de aquellas fuentes.

El autor nos presenta al Mustaçaf como institución de probable origen árabe—quizá derivada del muhtasib—y la estudia a lo largo de su desarrollo en Valencia desde la conquista de la misma por Jaime I hasta el año 1400. El nombramiento de este funcionario debía hacerse por elección de las autoridades locales, pero parece ser que con relativa frecuencia el Rey designaba directamente la persona que había de desempeñar el cargo durante el período de un año.

Las atribuciones de este funcionario de la administración local eran fundamentalmente las de vigilar las pesas y medidas utilizadas en el

mercado valenciano, así como la calidad de los artículos vendidos en éste. También tenía otras obligaciones que cumplir, las cuales se referían a lo que globalmente podríamos calificar de vigilancia y cuidado de la ciudad, ya que consistían en procurar la limpieza de las vías públicas, evitar que se edificaran casas en contra de las prescripciones establecidas a tal efecto, atender a las cuestiones relativas a las servidumbres urbanas, y, en general, a todo lo concerniente a la policía de la ciudad.

Pero quizá el carácter más interesante de esta institución sea el de que el *mustaça* tenía jurisdicción sobre cualesquiera personas acerca de las cuestiones que se plantearan en relación con las «cosas de su oficio». Su modo de administrar justicia había de ser rápido, oral y sin dilaciones de ningún género, y él mismo estaba encargado de velar por la ejecución de las penas que hubiera impuesto con arreglo a lo determinado en las ordenaciones locales.

El autor aporta datos acerca de la vida del mercado valenciano durante esa época, así como algunas tablas de precios de diversas mercancías.

De este modo, con el trabajo que el Sr. Sevillano Colom publicó en el Anuario, tomo XXIII, acerca del *mustaça* en Barcelona, Mallorca y Valencia, y con su obra que ahora comentamos, así como con la Introducción que Antonio Pons antepone a su edición del «Libre del *Mostassaf* de Mallorca», creemos que queda suficientemente estudiada esta institución en las ciudades de los reinos orientales. Tan sólo faltaría establecer, estudiando las fuentes del Derecho local castellano, las relaciones y semejanzas que indudablemente existen entre el *mustassaf* de Barcelona, Mallorca o Valencia, y el *almotacen* o *almutaceb* del que nos dan noticia, por ejemplo, los Fueros de Madrid, Zorita, Cuenca y otros, en los que tal funcionario aparece encargado del cuidado de las pesas y medidas del mercado, así como dotado de jurisdicción para entender de todas las cuestiones que se planteen acerca de los asuntos propios de su oficio.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE

TALAMANCA, M.: *Ricerche in tema di «compromissum»* (Milán, 1958). VII + 157 págs.

Contra la tesis de la Pira que subsumía el acuerdo de las partes en el negocio formal de las *stipulaciones* recíprocas, según un formulario como el que servía de base a un *iudicium*, el autor defiende la relevancia de la *conventio* pactada, respecto a la cual las estipulaciones tienen carácter accesorio, para dar eficacia a aquella parte del pacto que no podría tenerla sin ella. Se aducen las nuevas Tablillas de Herculano que documentan convenciones compromisorias

A. O.

TORRE, A. DE LA, y SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis: *Documentos referentes a las relaciones con Portugal durante el reinado de los Reyes Católicos*. Vol. I. Valladolid, 1958, 391 págs.

El libro que hoy reseñamos, es el primer volumen de una obra que se completará con «un breve estudio de las relaciones entre Castilla y Portugal» como conclusión de los datos extraídos de los documentos que constituyen este primer volumen.

La obra no pretende recoger exhaustivamente los documentos de la época, sino aquellos que se encuentran en determinados archivos, atendiendo a su relación con el objeto específico de la recopilación y al posible interés que puedan representar para ese estudio concreto, sin fijarse en que se tratara de documentos inéditos, pues, algunos de ellos, han sido ya publicados en diversas oportunidades.

Esta colección, comienza con la referencia a las capitulaciones de Paz entre Portugal y Castilla, de Medina del Campo (1431) y de Almeirín (1432), incluidas después en los capítulos de Paz de 1479.

Referentes al casamiento entre Enrique IV de Castilla y Doña Juana de Portugal se incluyen una serie de documentos referentes a los preparativos de la Boda, contrato de casamiento y capitulaciones matrimoniales. Dichos documentos son los numerados del 2 al 8.

Son también objeto de estudio los documentos referentes al proyectado casamiento de D. Alfonso V de Portugal y la infanta Isabel, declarada heredera de Enrique IV (documentos 9, 10, 11, 15 y 12, 14, 16).

Dos documentos se refieren a las negociaciones entre Doña Isabel de Castilla y Alfonso V de Portugal para conservar la paz existente entre los dos países, y que éste no apoyara a los nobles castellanos partidarios de Doña Juana. Son estos los numerados 18 y 19.

La intromisión de Alfonso V de Portugal en los asuntos internos españoles, al tratar de influir en el ánimo de la Reina Isabel de Castilla, provoca la guerra con Portugal, que es objeto de especial interés por la cuantía de los documentos recogidos por los autores del libro. De ellos, varios se refieren al reclutamiento de fuerzas y, especialmente, al concurso de los nobles en la guerra, prometiendo compensaciones o amnistías en pago de la ayuda. Otros muchos se refieren a condenas y perdones en relación con las personas y los bienes de quienes, súbditos de los Reyes de Castilla, se ponían al servicio o ayudaban activa o pasivamente al Rey de Portugal.

Desde el punto de vista de las relaciones internacionales, objeto que especialmente condiciona este trabajo, es preciso hacer destacar los documentos números 27, 71, 77, 104, 107, 112 y 123. El documento 27 establece la proporcionalidad de la cuota que corresponde a la «atarazana real» de las cabalgadas y «presas marítimas» llevadas a cabo en la lucha con Portugal. Esta proporción se fija en un quinto del total obtenido. El 71 se refiere también a la captura de presas marítimas y a las cuentas que Gómez de Enebro, por encargo de D. Fernando, tomó a Juan

Guerra y a Juan Alonso Izquierdo, vecinos de Palos, que volvieron de las Canarias «con ciertas carabelas y ciertas presas de oro y esclavos e otras cosas», a fin de asegurar la cuantía correspondiente al quinto real y su percepción correspondiente. El documento número 77 se refiere al mandato de los Reyes Católicos, ordenando hacer represalias en bienes de portugueses, para compensar el importe del rescate de Alfonso Gómez de Lansillas, preso por los portugueses después de firmada la tregua. El documento número 104 se refiere a lo que hoy se conoce con el nombre de viaje continuado, institución que permite la captura de barcos en tránsito hacia puertos adversarios. En el 107, se establece, a favor de Juan de Sarrazeta y otros marinos, el derecho a decomisar los barcos que capturen «llevando cosas prohibidas» a puertos portugueses. Un nuevo documento en materia de represalias es el número 112, en que se ordenan represalias contra los portugueses para compensar el ataque que éstos hicieron «en violación de tregua» contra los bienes y las personas del hijo de Juan García Menayo y de sus acompañantes en el camino de Badajoz a Trujillo.

Es también interesante, en cuanto al objeto del libro se refiere, la recopilación de documentos que ilustren el cuánto y el cómo se realizaba en la época el comercio en general y, en particular, con Africa y el resto de Europa, siendo muchos los documentos referentes a estas cuestiones (números 30, 31, 32, 49, 50, 68, 73, 76, 78, 79, 80 a 83, 92, 94, 95, 99, 103, 105, 115, 117, 118, 125, 40, 70). En esta materia es de destacar el documento número 49, en el que los Reyes Católicos conceden permiso a Fernando de Gamarra, criado de Andrés Cabrera para que «arme cuatro fustas o carabelas para ir a pescar a Guinea, sin pagar otros derechos que las alcabalas» sin limitación alguna «cuantas veces quisiere cada año».

Son también objeto de esta recopilación, los documentos relativos al matrimonio entre el infante Alfonso de Portugal y la infanta Isabel, primogénita de los Reyes Católicos (números 134, 161, 164, 167, 168 y 170). Entre estos documentos, son de destacar los números 167 y 168, en que se transcriben las capitulaciones entre Castilla y Portugal para el casamiento de la infanta Isabel con el infante Alfonso.

Completan la recopilación documentos relativos a las expediciones a Guinea (85, 87, 89, 96) y a la Mina de Oro (86, 89, 90), junto con los relativos a la propuesta Boda de Doña Juana con D. Juan y de la retirada de la principal responsable de la guerra de sucesión de Enrique IV, Doña Juana, a un convento (147).

La recopilación de documentos presentada escuetamente sin esquema anterior ni índice posterior alguno, seguramente vendrá a ser completada con la publicación anunciada del próximo segundo volumen. Con él quedará completa esta obra, realmente interesante y útil para aquellos que pretendan documentarse en esta turbulenta época a la que se refiere.

Junto a los documentos relativos a situaciones de objetiva impor-

tancia, se adjuntan otros que, aun no siendo de importancia primordial, contribuyen eficazmente a imaginarse los trastornos de la época y el criterio y los recursos de los que los reyes debieron servirse para obtener ese supremo «bien de la corona», identificado, entonces, con el bien público (46).

F. G. N.

WIEACKER, Franz: *Gründer und Bewahrer* (Göttingen, 1959), 238 págs.

Wieacker figura entre los más afamados romanistas de la actualidad, pero su personalidad excede de los límites de la romanística. En cierto modo, es una clara representación—como también, por otros modos, Rabel—de las posibilidades del estudio del Derecho romano («en el que todo el derecho consiste») para una influencia sobre la jurisprudencia en general y aun sobre toda la cultura de nuestro tiempo. Una llamada en este sentido fué—a pesar de sus grandes limitaciones y aun diría del tono inseguro de un vencedor débil—el libro de Koschaker, *Europa y el Derecho romano*. Pero Wieacker ha superado a Koschaker en la exposición de lo que ha significado la Recepción del Derecho Romano para la ciencia jurídica alemana. Su *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna* (trad. esp. 1957, de F. Fernández Jardón) aventaja notablemente la parte correspondiente de la obra de Koschaker.

En este otro pequeño libro se recogen escritos ya publicados, empezando por un profundo estudio sobre las causas y efectos de la Recepción, y todos ellos relativos a la tradición jurídica romana-alemana. Como es inevitable, emerge siempre la figura señorial de Savigny. Tradición alemana y también protestante, puesto que en el desarrollo del neohumanismo romanístico la constante de la Reforma parece haberse hecho ingrediente inescindible. Muy interesante son, en ese aspecto, los artículos sobre el apóstata Juan Apel (n. en 1486) y los programas de reforma del estudio del derecho del círculo de Wittengberg, también del siglo xvi. Dentro de esta línea, Savigny, legitimista, aúlico y aristocrático, resulta menos protestante, y de ahí su tirantez con los hermanos Grimm, a la que se dedica otro capítulo. El último producto de esa tradición alemana, burguesa y protestante sería Gerhard von Beseler, el famoso crítico de interpolaciones, a quien se dedica otro capítulo. Se podría decir que si Savigny fué el Goethe, Beseler fué el Nietzsche de la jurisprudencia, alemana. Una última figura sería, según la serie del autor, la de Andreas Bertalan Schwarz, muerto recientemente (1953). Pero, si es verdad que en él parece conservarse la vieja tradición alemana de la Pandectística, no es menos cierto que en él tuvo un influjo poderoso Mitteis, y Mitteis, austriaco, es otra cosa; es otra corriente menos enraizada en aquella tradición propiamente alemana; Mitteis es el padre, en cierto modo, de

la romanística internacional de hoy. No es, por ello, un acaso que Wieacker haya dejado de hablar de Mitteis en este libro.

No hemos mencionado otros capítulos sobre Bachofen, Windscheid y Jhering. Quien desee tener una visión profunda de la significación de la Recepción en Alemania, de la Escuela Histórica, del Derecho de Pandectas y de las personalidades que hemos mencionado, deberá acudir siempre a este libro escrito por quien parece encarnar en su misma persona aquella tradición tan importante para la historia cultural europea. Una cosa tan sólo echará de menos el lector; unas ilustraciones gráficas más expresivas que un par de páginas de escritura, ¡las efigies y quizá también los ambientes y paisajes en que se movieron!

A. O.

V A R I A

LA VII SEMANA INTERNACIONAL DE ESTUDIOS ALTOMEDIEVALES DE SPOLETO

Durante los días 7 al 13 de abril se ha celebrado en Spoleto (Italia) la Séptima Semana Internacional de Estudios Altomedievales, que anualmente organiza el *Centro Italiano di Studi Sull' Alta Medioevo*. Con ello, este Instituto ha consolidado la importante posición que en el campo histórico de la Alta Edad Media europea ha conquistado durante los últimos años, a través de los Congresos y reuniones internacionales en los que han participado las figuras más brillantes de la intelectualidad de los países occidentales, realizando con ello un esfuerzo que se destaca por sí mismo, y que tiene su más espléndido remate en la publicación cuidada de las actas, cuyos volúmenes van apareciendo en demostración de la vitalidad del organismo editor. El Estado italiano lo ha comprendido así, y este año los representantes del Centro han podido anunciar a todos los asistentes al solemne acto de apertura celebrado en el Teatro Caio Melisso el apoyo oficial en ciernes, no faltando en el mismo acto la presencia del Ministerio de Instrucción Pública, a través de la persona del Subsecretario, doctor Giovambattista Scaglia. Aunque la organización de una manifestación cultural tan interesante no pueda imputarse a personalidades aisladas, sino al clima de madurez intelectual de la nación italiana, debe destacarse el dinamismo del Presidente del Centro, profesor Giuseppe Ermini, Rector de la Universidad de Perugia, y la laboriosidad del Secretario, doctor Giovanni Antonelli.

Por lo que se refiere al lugar de celebración de estas reuniones internacionales, el Centro ha escogido Spoleto, antigua sede de un ducado longobardo, que conserva todo su encanto de ciudad medieval, situada en la Umbría, testigo de las andanzas de San Francisco de Asís, y que a sus encantos añade para los españoles la sugestión de que la ciudad esté presidida por la masa imponente de la *Roca albornoziana*, una de las fortalezas mandadas construir por el inquieto cardenal toledano del siglo XIV.

El tema objeto de la VII Semana Internacional de Spoleto ha sido el de *Le Chiese nei Regni dell' Europa occidentale e i loro rapporti con Roma sino all' 800*, y para su exposición se han distinguido los cuatro grandes mundos del reino franco, Italia, Península Ibérica e Islas Británicas. El primero ha reunido a los conferenciantes de habla francesa y alemana, desarrollándose las siguientes lecciones:

Etienne Delarruelle (del Instituto Católico de Tolosa): *L'Eglise franque dans ses relations avec l'Eglise romaine.*

Eugen Ewig (de la Universidad de Maguncia): *Kirche und Civitas in der Merovinger Zeit.*

François L. Ganshof: *L'Eglise dans la monarchie franque sous Pepin III et Charlemagne.*

Theodor Schieffer (de la Universidad de Colonia): *Willibrord und Bonifatius.*

Cyrille Vogel (de la Universidad de Strasburgo): *Les relations en matière liturgique entre l'Eglise franque et l'Eglise romaine.*

La exposición del tema en lo referente a Italia ha corrido a cargo de los profesores Ottorino Bertolini y Gian Piero Bognetti, de las Universidades de Pisa y Milán, respectivamente. El primero ha disertado sobre *La Chiesa longobarda dopo la conversione al cattolicesimo e i loro rapporti con il Papato*. El segundo ha pronunciado dos conferencias, la primera de las cuales con el título *La rinascita cattolica dell'Occidente di fronte all'arianesimo e allo scisma*, sirvió de discurso inaugural de la Semana, llevando por título la segunda el de *La continuità delle Chiese episcopali nel regno longobardo e l'azione di Roma sino alla fine del secolo VII*. Sin participar como conferenciante, pero por la frecuencia y extensión de sus intervenciones, hay que destacar la presencia del profesor G. Battista Picotti, de la Universidad de Pisa.

La materia española fué brillantemente expuesta por los Catedráticos de la Universidad de Zaragoza, Dres. José María Lacarra y José Orlandis Rovira. El primero disertó sobre *Las relaciones de la Iglesia visigoda con Roma*, y el segundo sobre *La posición de la Iglesia visigoda ante el principio constitucional electivo de la monarquía*.

Finalmente, lo referente a las Islas británicas fué desarrollado por el Prof. J. M. Wallace-Hadrill, de la Universidad de Mánchester, bajo el título: *The Anglo-Saxon Church and Rome up to the year 800. Some problems and their interpretation*, y por John Ryan S. J., de la Universidad de Dublín, bajo el título *The early irish Church and the See of Peter*.

Aparte de esta consideración del tema a través de grupos nacionales, se desarrollaron otras conferencias que no pueden insertarse en los mismos, y que el propio programa anunciaba bajo la rúbrica de *Problemas generales*. Han sido consideraciones generales de la época, bajo distintos aspectos de la cultura. Carlo Battisti, de la Universidad de Florencia, ha examinado el aspecto filológico, bajo el título: *Il problema linguistico: mutazioni e calchi lessicali nei rapporti delle Chiese dei regni dell'Europa Occidentale con Roma*, siguiendo especialmente la evolución del término *basilica* y su lucha con otras denominaciones como *eclesia*, *capella*, *cella*; Charles Higounet, de la Universidad de Burdeos, ha estudiado la distribución monástica y las causas económicas que han contribuido y que se han derivado de ella, bajo el título *Le problème économique: l'Eglise et la vie rurale pendant le très haut Moyen Age*;

Gabriel Le Bras, de la Universidad de París, con el título *La sociologie de l'Eglise dans le haut Moyen Age*, ha estudiado la Iglesia en su organización como sociedad humana; Carlo Cecchelli, de la Universidad de Roma, con el título: *Il problema artistico e archeologico: le chiese ariane d'Italia* ha tratado sobre los edificios conservados que fueron de culto arriano, y que posteriormente pasaron a formar parte del patrimonio de la iglesia católica; Paul Lehmann, de la Universidad de Munich, bajo el título: *Das Verhältnis der frühmittelalterlichen Kirche im Abendland zu Literatur und Gelehrsamkeit* ha estudiado la influencia de la cultura clásica latina como fundamento de la Iglesia, y Michele MacCarrone, del Ateneo Pontificio Lateranense ha examinado el aspecto jurídico de la primacía de la Santa Sede, con el título: *La dottrina del primato papale nelle relazioni con le Chiese occidentali*.

EL REINO FRANCO. Como elemento medular del Imperio occidental que ocupará toda la vida europea de la Edad Media, el Reino franco es el que ha tenido un mayor número de conferencias, habiéndose de tener en cuenta que el mismo se considera patrimonio común de las culturas francesa y alemana. Aunque en íntima conexión, todas las disertaciones han tenido o ángulos o ámbitos territoriales distintos, por lo que no cabe hablar de una superposición de ellas. Vogel ha demostrado un intercambio de influencias entre Roma y el Reino franco en la cuestión litúrgica, que excluye la existencia de una liturgia galicana por oposición a la de Roma, como también la manutención de una liturgia romana pura y ajena a todo cambio por el exterior. Schieffer ha atendido el aspecto misional de los dos héroes de su conferencia en la iglesia continental, pero no en su aspecto episódico, sino tratando de establecer las diferencias que separan a las iglesias continentales, por una parte de la iglesia en las Islas Británicas, y por otra de una iglesia como la de Roma, orientada en buena parte hacia el Imperio bizantino, y que determina unas iglesias de carácter nacional. La lección de Ganshof ha atendido solamente a la parte que pudiera llamarse «francesa» del reino franco, y ha estado referida a la intervención eclesiástica en la administración del Reino franco y a las prerrogativas del Estado dentro de la Iglesia casi a modo de contraprestación, preparando, como si dijéramos, los problemas que inquietarán toda la vida del Occidente al alcanzar su apogeo el Papado y el Imperio. Delarruelle quizá ha visto el problema desde el otro lado que Ganshof, y mientras éste se ha situado «dentro» del Reino franco, aquél lo ha hecho «fuera», en Roma, examinando así la influencia que el Papado ejerce sobre toda la vida espiritual y política del continente. Finalmente, Ewig ha examinado un problema concreto de la organización municipal en el Reino franco, que sigue las huellas de la organización eclesiástica.

A continuación se ofrecen los puntos más salientes, pero solamente de aquellas lecciones que afectan de una forma más directa a la Historia del Derecho.

La lección del Prof. Schieffer. Según Schieffer, en el siglo VI se ha producido una crisis en el Occidente, que ha determinado una separación religiosa debida a una separación de carácter político. Se ha debido esto a haber desaparecido la cohesión del Imperio romano, surgiendo una nueva concepción particularista (goda, franca, lombarda, etcétera), en tanto Roma ha mostrado una tendencia hacia el Oriente. En consecuencia, la crisis de la Iglesia Occidental se ha producido por la antitesis entre su fidelidad a Roma y su enemiga a Bizancio. A esto hay que añadir que el sistema bárbaro de nacionalidades era incompatible con la existencia de un Primado, dando lugar a la diversificación de liturgias, costumbres, etc., y hasta incluso sus asambleas, los Concilios, han sido de carácter nacional. No se ha tratado de una rebelión, sino propiamente de una adecuación, de una congruencia entre los principios políticos y los religiosos. La unidad ha sido proporcionada por la estirpe, y los Papas se han contentado con que los Reyes, al frente de los pueblos, se encontrasen dentro de la fe católica. En Inglaterra, a diferencia de los países continentales, no se ha producido la simbiosis romano-germánica, por lo que no ha nacido una iglesia particular como la franca, sino una iglesia misional originada por la misión romana del año 664, pudiendo considerarse un fenómeno inexplicable el del fervor anglosajón, que se ha mantenido fiel a la observancia romana, aunque no pueda decirse que estuviera gobernado por Roma, como lo prueba el importante papel desempeñado por Canterbury. Esta Iglesia, correspondiendo siempre la última palabra al Papa, puede calificarse de iglesia nacional de observancia romana, cuyo carácter se acentuó por su contacto con los francos. Por otra parte, la iglesia franca ha sido una iglesia compacta, pero en la que se impuso la impronta germánica, y la iglesia privada, que tuvo su nacimiento en este carácter germánico, no ha supuesto, sin embargo, un signo de decadencia moral en el siglo VII, aunque faltaba el ordenamiento canónico. La iglesia tenía necesidad de un poder real, que no podía encontrar en los mayordomos de palacio porque éstos no tenían la fuerza moral de los verdaderos Monarcas, estando por otra parte Carlos Martel obligado a la protección de sus partidarios, incluso llevando a cabo expropiaciones de bienes eclesiásticos. Según el Prof. Schieffer, la renovación de la Iglesia a través de la Monarquía se ha intentado por Willibrord y se ha llevado a cabo por Bonifacio, sin que pueda hablarse de contradicción en la relación doble que Willibrord ha sostenido con los francos y con el Papa, de lo que es una prueba el que en el año 695 el propio Pipino le enviara a Roma a ser proclamado Arzobispo de Frisonia, para lo que tomaría el nombre de Clemente y recibiría el palio para crear una provincia con Utrecht como metrópoli.

Finalmente, el Prof. Schieffer ha destacado la fructífera labor de Bonifacio en mutua ayuda con el Monarca, en cuanto la dinastía merovingia en su tercera generación ha necesitado su ayuda para la lucha contra la nobleza y el episcopado noble, y Bonifacio ha necesitado la

reforma política para la reforma eclesiástica, que sólo ha necesitado salvar en el aspecto doctrinal el concepto de «oficio».

La discusión en torno a la disertación del Prof. Schieffer ha sido muy animada, en cuanto ha despertado el recelo de los principales participantes italianos (Bertolini, Bognetti, Picotti) de poder ser considerado el obispo romano como un obispo bizantino o la Iglesia del Imperio como una Iglesia de los Emperadores, dando lugar, con ello, a la precisión de conceptos por el profesor alemán, sin abandonar la línea general trazada por él.

La disertación del Prof. Ganshof. El profesor de la Universidad de Gante, una de las figuras más conocidas y sobresalientes de estas reuniones de Spoleto, ha coincidido con el Prof. Schieffer en la apreciación de haber sido Carlomagno el que ha llevado a cabo la tarea emprendida por Bonifacio, siendo su labor la de conducir la Iglesia a su mayoría de edad mediante la asunción como primera autoridad de la responsabilidad de tan gran empeño. Entonces ha sido cuando se ha planteado verdaderamente el problema de las relaciones entre el Rey y la Iglesia, pasando ésta al servicio de aquél como contraprestación a la romanización del Monarca, lo que se manifiesta, por ejemplo, en la prestación de juramento de fidelidad por parte de los clérigos reflejado en las capitulares. El elemento eclesiástico ha intervenido activamente en la administración, rodeando al Rey, y clérigos han sido los *missi dominici* enviados por el Monarca a los distintos territorios de su monarquía, como abades y obispos han sido los encargados de la administración, en colaboración con los «comités». Las Asambleas o Dietas, en las que no es fácil distinguir el carácter de concilio o el de asamblea civil, han sido presididas por el Rey; las capitulares han sido disposiciones administrativas y eclesiásticas a la vez; la acción de los *missi* ha tendido tanto al control de la jerarquía eclesiástica como a la ejecución de las normas reales, y la designación de las dignidades eclesiásticas se ha realizado frecuentemente en contraposición a la regla canónica, en lo que a forma se refiere.

En esta época, la organización eclesiástica ha descansado en la idea de jerarquía, reposando en un restablecimiento del poder efectivo del episcopado a cargo del propio Carlomagno, siendo raros los Monasterios que han permanecido al margen de la citada jurisdicción episcopal, y se ha desarrollado la autoridad de los metropolitanos, como puede verse en el Concilio de Francfort, modelándose el clero rural sobre la base de lo observado en la *civitas*. La Monarquía ha otorgado una amplia protección a la Iglesia en sus diversas manifestaciones: judicial (a través, por ejemplo, de la recomendación a los Tribunales); administrativa (concesión de inmunidades, especialmente con Ludovico Pío); jurisdiccional (la jurisdicción eclesiástica concedida al obispo y los asuntos mixtos a una jurisdicción mixta, o protección negativa), y patrimonial (cuidando de la dignidad del culto). Este ha sido el cuadro institucional

que, según el Prof. Ganshof, han ofrecido el estado e iglesia francos, que muestra el gran poder alcanzado por la Monarquía.

La lección del Prof. Delarruelle. Para el profesor de Tolosa los términos romanos utilizados, la liturgia y las colecciones canónicas son demostración de que el Occidente sentía a la romana, y ha señalado el contraste entre el norte y el sur, siendo en los países mediterráneos donde ha existido una conciencia más clara de dependencia de Roma. Contra lo que puede pretenderse, no se ha precisado de una sumisión en todas las cuestiones, sino que ha bastado salvar el principio, y esto se ha puesto de manifiesto por la convocatoria de los concilios, la intervención en las cuestiones dogmáticas y las decretales que han emanado de los Pontífices. En tanto, se ha creado una burocracia papal y ha existido interés en la fundamentación de una política europea, como se demuestra a través del *Liber Pontificalis*. La dignidad real ha adquirido un carácter sagrado, y la concesión del palio ha poseído una profunda significación canónica. En relación con la primacía conseguida por el Pontificado, el Prof. Delarruelle ha destacado la curiosidad que ofrece la hagiografía franca donde S. Pedro asume un importante papel con el envío de los enfermos al Papa Martín, desarrollándose también la influencia pontificia a través de la distribución de reliquias. La Iglesia ha aparecido como continuadora del mundo antiguo, revelándose en la misma actitud misional de los anglosajones una admiración hacia lo latino. El concepto universalista de la Iglesia se ha destacado a través de los concilios como medio tradicional, a los que el Pontífice ha enviado delegados. La única cuestión que puede plantearse es la de si lo manifestado por el Papa ha tenido valor de prerrogativa o mandato, o solamente de consejo, pero la realidad es que aquél se ha dirigido a muchos personajes, sin que nadie lo haya repelido, por lo que según el Prof. Delarruelle, el nacionalismo ha sido exclusivamente político, y no ha tenido carácter religioso. Ello explica que, según la Ley Sállica, el pueblo cristiano sea superior al romano, en una muestra de fe orgullosa de sí misma.

En la discusión subsiguiente, entre otras intervenciones, cabe destacar la del Prof. Bertolini, insistiendo en la no existencia en esta época de un Estado de la Iglesia, con referencia todo ello a la cuestión del Patrimonio de S. Pedro, punto no tocado por el disertante; la del Prof. Ganshof destacando la acción de los anglosajones en defensa del culto de S. Pedro y la de Monseñor Maccarrone precisando lo exiguo del culto de S. Pedro en el período merovingio y la mutación radical operada en el siguiente período.

La lección del Prof. Ewig. El Prof. Ewig, que no ha podido asistir personalmente a causa de una desgracia familiar, ha mostrado en su comunicación cómo la ciudad se configura conforme a la Iglesia. La *citadelle* ocupa el centro y puede observarse una relación entre la basílica y el arrabal. Muchas ciudades han sido precisamente de fundación episcopal, y París y Metz pueden citarse como ejemplos de complejos

de catedral e iglesia, divididas posteriormente en distritos, lo que el profesor de Maguncia ha ilustrado con numerosos datos sobre la fundación de París y otros puntos por parte de los Reyes merovingios. En el siglo VI se ha observado una reorganización de las antiguas ciudades, con creación de otras nuevas, coincidiendo en muchos sitios las iglesias con los condados merovingios. El clero ha aparecido como agente de los «comites», y como asesor de los curiales, tras la identificación entre *Senatus* y *Curia*. La posición preponderante dentro de la Ciudad la ha ocupado el Obispo, como centro de la misma, incluso por encima del *comes*, de forma que en el mencionado siglo el término *civitas* ha llegado a ser sinónimo de sede episcopal, diferenciándose una zona de ciudades o centros urbanos, y otras de «pagos» o centros rurales que se han organizado en ducados (*Landschaftducats*), con un *comes* distinto del de la *civitas*.

ITALIA. Las disertaciones de los Profs. Bognetti y Bertolini se han desarrollado con total sincronización y con unidad de concepción. El primero ha hecho un estudio cuidado de las relaciones de Roma con los longobardos y el Imperio de Bizancio en el siglo VII, determinadas especialmente por la amenaza árabe, la lucha del Pontificado contra la herejía del monotelismo y la concesión de la autocefalia a la Iglesia de Ravenna, calificada por el disertante como «cabeza de puente» del Imperio en Europa. Ha mostrado el mundo longobardo como un poliedro, cuyo interior es romano, mientras las superficies son diversas de ducado en ducado, sin existencia de unidad, y ha destacado el renacimiento católico que se produce en el año 680 a través del Papa Martín, ayudado de Máximo, el Confesor, así como el retorno del primado de Roma producido cuando el Emperador Constantino IV depone el exarca de Ravenna y nombra otro, enemigo del monotelismo, acabando con ello el pequeño cisma que había supuesto la concesión de la acefalia referida, por parte de Constantino II. Sobre todo, el Prof. Bognetti ha combatido la idea dominante en la generación del *Risorgimento* de una destrucción de la organización de la Iglesia por los longobardos, y la explicación de la dispersión episcopal por una invasión violenta, que sólo cesa con el retorno a la conversión de la Reina Teodolinda. Según el profesor de Milán, los obispos arrianos no han oprimido a los católicos, en cuanto que éstos no han representado sino el pueblo vencido, y el favor longobardo está bien patente en el hecho de que vacantes las sedes episcopales católicas, no ha cesado la individualidad de las diócesis, antes, por el contrario, ha permanecido la *civitas* episcopal, y hasta es un hecho el influjo de la organización eclesiástica en la civil longobarda, la cual se ha operado precisamente por el Metropolitano de Roma, que ha ejercido una actividad directa en la Italia central.

Así como el Prof. Bognetti ha venido a demostrar la existencia de un respeto por los longobardos a la Iglesia católica y su organización antes de la conversión al catolicismo, el Prof. Bertolini ha expuesto la

fidelidad a Roma después de la conversión, como ha sucedido, por ejemplo, en lo referente al culto de las imágenes, y a través de numerosos ejemplos con que eruditamente ha ilustrado la disertación, algunos de interés tan significativo como el de la solicitud del envío del palio por el Papa realizada por el propio Liutprando, y el de la intervención papal en la apelación motivada en proceso seguido entre Arezzo y Siena. Según el Prof. Bertolini, en todo momento se ha reconocido la superioridad espiritual del Papado, y las disensiones han tenido mero carácter político.

La numerosa presencia italiana ha determinado una discusión muy animada, que solo las limitaciones que impone una reseña obliga a omitir.

EL REINO VISIGODO. La exposición del tema en relación con el reino visigodo ha correspondido a dos figuras españolas, bien conocidas de los asistentes a la Semana, incluso por anteriores intervenciones en ésta: Don José María Lacarra y el Rvdo. P. Orlandis Rovira, ambos Catedráticos de la Universidad de Zaragoza. Sus disertaciones se han complementado, en cuanto la del Dr. Orlandis se ha dirigido al problema político interno y la posición de la Iglesia visigoda en cuanto a éste, mientras la del Dr. Lacarra se ha orientado hacia la actividad observada por la referida Iglesia visigoda con respecto a Roma; la primera, ha considerado las relaciones entre la Iglesia y el Poder público en cuanto aquella puede adoptar una u otra posición frente a la organización y constitución de éste; la segunda, la mayor o menor independencia con respecto al Pontificado de la Iglesia, y cómo ha interpretado ésta la sumisión a aquél.

Las disertaciones de los profesores españoles, las únicas pronunciadas fuera de la ciudad y en el sugestivo marco de la iglesia longobarda de San Felice di Giano, han suscitado un notable interés. Lo español produce siempre la impresión de inédito, y nuestro país es «redescubierta» a cada paso, no importando que un problema haya sido divulgado, pues si éste afecta a España, créese encontrarse ante él por primera vez, y esto aun entre los italianos, tan afines a nosotros y, naturalmente, hablando en términos generales, pues no faltaron alusiones a nuestra patria en las disertaciones de Bognetti, Wallace-Hadrill, Higounet y otros. No ha faltado en esta ocasión esa impresión, pese a tratarse de una época que, como la visigoda, por su carácter universalista y, sobre todo, por pertenecer este pueblo a los germanos ha sido objeto de una atención preferente, especialmente por los autores alemanes (recuérdese Dahn, Zeumer, V. Schwerin y tantos otros). Como muestra de ello cabe indicar que una destacada personalidad italiana en el campo de la Historia, ha confesado encantadoramente en la discusión correspondiente, que una gran parte de los nombres de monarcas pronunciados por los profesores españoles creía oírlos por primera vez.

La disertación del Prof. Orlandis Rovira. En líneas generales, el Profesor Orlandis ha dicho lo que sigue:

Con la conversión al catolicismo en el año 589, cambia de rumbo la trayectoria de la monarquía visigoda. Durante la época arriana, en la que han existido diversos períodos, la Iglesia católica ha permanecido al margen de la Monarquía, pero al producirse el cambio se ha operado una vinculación de aquélla a ésta. La Iglesia elabora una doctrina del poder, y los Monarcas someten los asuntos a aquélla en verdaderas asambleas políticas. El precio es la intervención de los Reyes en la convocatoria de los concilios y en la designación de los obispos. Un problema político, concretamente planteado, es el de cómo ha de tener lugar la sucesión, siendo de difícil solución por la lucha desarrollada entre principios diferentes. El principio electivo es defendido por la aristocracia secular, en cuanto asegura su poder, y su triunfo se manifiesta en la elección de Suintila, la deposición de Tulga y el nombramiento de Rodrigo. Contra este principio luchan diversos monarcas en un intento de conseguir la sucesión hereditaria a través de los hechos, concretamente, a través de la asociación al Trono. Tales son los casos de Liuva y Leovigildo, todavía en el período arriano. Este designio fracasa en la persona de Suintila, pero obtiene el éxito con Chindasvinto y Egica. Por otra parte, la vigencia del principio electivo no ha sido absoluta y en el período arriano la elección recae muchas veces en uno de los miembros de la familia de Teodorico. ¿Cuál es la actitud de la Iglesia? La dificultad para determinarla es que no aparece siempre uniforme, pues, si de una parte los Concilios se mueven dentro de la más pura ortodoxia electiva, hay grandes figuras de la Iglesia que se pronuncian en sentido contrario. Por ello, los investigadores se dividen en distintos campos, representando, por ejemplo, dos posiciones contrarias el P. García Villada y Sánchez-Albornoz. Según el primero, la Iglesia defiende el principio electivo, como idea moderadora. Para Sánchez-Albornoz, en el extremo opuesto, el Concilio IV de Toledo no es sino una transacción entre el clero y la aristocracia con equiparación entre la iglesia y la nobleza, pues la aristocracia defendía el principio electivo puro, y la Iglesia favorecía la sucesión hereditaria, como factor de estabilidad.

Ante posiciones tan divergentes, se hace preciso exponer cómo se suceden los hechos. Suintila asocia a Ricimiro en un momento de esplendor, y S. Isidoro ruega por este feliz suceso, aunque de todas formas, Suintila no excluye el *consensus* de la nación. Sin embargo, Suintila concita la enemiga de la aristocracia, y ésta eleva a Sisenando. El Concilio IV de Toledo, celebrado dos años más tarde, año 633, es un concilio constituyente. Sisenando busca el asentimiento de la Iglesia, y ésta, que se lo concede, opera sobre la base de que no se ha arrebatado el cetro a Suintila, sino que ha sido éste mismo el que lo ha cedido. El Concilio trata de proteger el poder real de las intrigas, y anatematiza a los intrigantes. Los dos siguientes Concilios, el V y el VI, ambos bajo Chintila, perfilarán el plan trazado. El V, celebrado en el año 636, veda el acceso a los faltos de *origo* y de *virtus*, y el VI, en el año 638, hace lo mismo con los tonsurados, decálvados y extranjeros o siervos. En el

Concilio VIII, celebrado bajo Recesvinto, se reitera lo relativo a la sedición, y si es cierto que, como dice Sánchez-Albornoz, no se reduce el cuerpo electoral al sustituir la expresión *primates totius gentis* por la de *maiores*, también lo es que, al quedar diezmada la nobleza como consecuencia de las «purgas» de Chindasvinto, y reducida prácticamente a la palatina, sí pudo operarse una reducción del cuerpo de electores, a la que contribuiría también la norma que imponía la designación de sucesor en la Urbe regia o en el lugar donde hubiera fallecido el monarca precedente, como ocurrió a la muerte de Recesvinto en el año 672 en Gerticos, con la inmediata elección de Wamba. Así, pues, de hecho, sí existe en ciertos momentos una reducción del cuerpo electoral, sin que por lo demás se denuncie ninguna tendencia hereditaria. Lo que se persigue es la estabilidad, por lo que un S. Braulio, por ejemplo, pide en el Concilio IV la asociación. Por lo demás, la designación del sucesor por el anterior Monarca es sólo un título aducido en las últimas épocas, como se ve sucede con Ervigio al nombrar a su yerno Egica, con preterición de sus propios hijos. El propio Ervigio es el que en el Concilio XII invoca como tal legitimidad su designación por Wamba, el Monarca al que es sabido depuso mediante la administración de un narcótico y su decapitación.

En resumen, el Episcopado no muestra entusiasmo por el principio hereditario, aunque en ocasiones pueda manifestarse a su favor algún Obispo, sin que, además, quepa buscar el origen de estas posiciones en principios políticos generales. Quizá son más bien reflejos de una *communis opinio*, y que este estado de opinión puede haber existido, lo demuestra el que el Pseudo Pacense no calificará de tiránico el acceso al trono por la sucesión, sino sólo el acceso por la violencia.

Finalmente, se ha referido el Dr. Orlandis al importante papel desempeñado por la unción, cuya evolución parece haber conducido a la adquisición de un valor constitutivo, en tanto que si un Wamba, por ejemplo, retrasa el comento de recibirla, para recabar antes en Toledo el *consensus* de los que se hallaban ausentes en su elección, un Ervigio, por el contrario, trata de adelantarla lo más posible, como si viera en ella la que verdaderamente pudiera consolidar su posición.

La disertación del Prof. Lacarra. El Prof. Lacarra señala el fuerte contraste que ofrece la actitud de la Iglesia española en sus relaciones con Roma durante la época arriana, con la que muestra en la etapa católica. En tanto que en la primera, los obispos acudían a Roma en consultas y apelaciones sobre cuestiones de fe y de disciplina, el Papa nombraba vicarios o delegados apostólicos, los decretos generales llegaban de Roma con relativa frecuencia y eran aceptados con reverencia por todo el episcopado, bajo la monarquía católica las comunicaciones con Roma son muy escasas y no siempre estuvieron animadas de la cordialidad y reverencia que presidió las relaciones en el período arriano. Desde un punto de vista histórico interesa conocer el ambiente que produjo este enfriamiento de relaciones.

Dos etapas distingue el Prof. Lacarra en el proceso histórico que va

desde la extirpación de la herejía arriana a la invasión sarracena: la primera, que podía calificarse de isidoriana, se abre con el Concilio III de Toledo (589) y finaliza hacia 633-640; la segunda va entre estas fechas y el final de la monarquía goda.

La posición de Recaredo en el Concilio III es un tanto singular, pues no es un converso que acude a la Asamblea para que los Padres examinen su profesión de fe y le admitan en su seno, ya que su conversión había tenido lugar tres años atrás: él dirigirá todo el proceso del Concilio, propondrá a los reunidos tres días de ayunos, vigiliias y oraciones; suscribirá la declaración de fe, definiendo en estas cuestiones con el santo sínodo, etc. Aún dirigido el Concilio por el rey, los prelados deliberaron libremente sobre las cuestiones de disciplina eclesiástica, que luego serían sancionadas en un *Edictum regis de confirmatione Concilii*. Empezan a dibujarse algunos aspectos de la posición de la Iglesia en el nuevo Estado, pero no con suficiente nitidez: se reserva a los obispos un importante papel en el nuevo régimen y se limitan las actividades de los judíos. Pero nada de esto constituía una auténtica novedad, pues con matices distintos así venía ocurriendo en el Imperio de Oriente y en la monarquía merovingia.

Los reyes se reservarán en adelante el nombramiento de obispos para cualquier diócesis del reino, y, como príncipes cristianos, se considerarán obligados a velar por la pureza de la fe y de la disciplina eclesiásticas. Estas atribuciones, especialmente el nombramiento de obispos, lo ejercieron sin restricción alguna. La Iglesia, pues, si puede contar con la protección de la realeza, es a cambio de someterse enteramente a la despótica voluntad de los reyes. Se insinúa una Iglesia bien jerarquizada, con unos metropolitanos que atienden directamente las sugerencias regias.

En esta etapa la suprema autoridad del pontificado es reconocida en el Concilio III al confirmarse las epístolas sinodales de los pontífices romanos, a las que se concede la misma autoridad que a los decretos conciliares ecuménicos. En el Concilio IV, presidido por S. Isidoro, es aceptado el origen divino del Apocalipsis de S. Juan por estar así reconocido por Roma; al ordenarse la *Hispana*, se declaró en su prefacio que las decretales corrían en autoridad al par que los cánones, etc.

Sin embargo, si de las doctrinas pasamos a los hechos, sorprenderá que en estos cincuenta años no se conozca ningún caso de apelación al tribunal del Romano Pontífice por parte de los obispos españoles; la apelación del obispo de Málaga no cuenta, ya que su territorio estaba sometido a la autoridad imperial. La impresión general es que las comunicaciones con Roma fueron escasas—salvo las mantenidas con S. Gregorio Magno, pero a título personal—. La única conocida, la famosa carta dirigida al Papa Honorio I, revela bien que los obispos españoles habían perdido la costumbre de verse corregidos y aleccionados desde Roma, y aún podría pensarse que en Roma mismo no veían con buenos ojos la autonomía con que venían procediendo los preladospañoles.

¿Cuáles fueron las causas de este alejamiento? El Prof. Lacarra insiste en el recelo de los godos hacia el Imperio, que todavía ocupaba buena parte del territorio nacional. Al recelo con que podían ver los reyes las reivindicaciones imperiales, se unía el temor de la Iglesia española a caer bajo la autoridad omnímoda del emperador, y en este recelo no podían menos de coincidir con los Pontífices romanos. Sino que al distanciarse del Imperio, y a la vez de Roma, la Iglesia española venía a caer en la tutela más estrecha, por más próxima, de los monarcas toledanos.

La segunda etapa arranca de la importante decisión tomada por el IV Concilio de Toledo (633) en favor del principio electivo de la monarquía, en que por primera vez los obispos entran a formar parte del cuerpo de electores. Llamados los obispos a participar en las responsabilidades del poder, se verán mezclados en las intrigas y revueltas promovidas por los aspirantes al trono. La condición episcopal será ahora un cargo apetecido, pues puede ser un modo de hacer carrera en la corte, con el monarca reinante o con los que soliciten su apoyo en una futura elección. Muchos prelados alcanzarán la sede por medios simoníacos, y al correr de los años se nota un descenso en las calidades morales y culturales del clero reclutado bajo estas presiones y apetencias. Al propagarse la nueva categoría de obispos aúlicos, se van esfumando los límites entre la jurisdicción real y la eclesiástica.

Los monarcas prosiguen su política unificadora: un solo reino, una sola fe, una sola ley canónica y civil, una sola liturgia. Sólo Bizancio y España podían ofrecer en el siglo VII un panorama semejante de unidad interna. La autoridad de los metropolitanos sobre sus obispos sufragáneos se ve reforzada; un paso más hacia la unidad será el ascenso del obispo de Toledo a la dignidad metropolitana primero, y después a la de Patriarca o Primado de toda la Iglesia española. En 681 obtenía el excepcional privilegio de poder consagrar los obispos de cualquiera de las provincias eclesiásticas españolas, «entre aquellos que la potestad regia eligiera y fuesen considerados dignos por el prelado de Toledo». Así, pues, todos los prelados que en adelante se elijan serán hechura del rey y del metropolitano de Toledo.

Nada extrañará que en esta segunda etapa de la historia eclesiástica no haya tampoco noticia de que se elevaran a Roma consultas o apelaciones por parte de los prelados españoles; ni en los concilios o en los tratadistas encontramos especiales declaraciones sobre la autoridad del Romano Pontífice. En el concilio de Letrán (649) no figuraron prelados españoles, ni se solicitó su adhesión, ni tampoco suscribieron la profesión de fe del Papa Agatón (679). Sólo después de la reunión del VI Concilio de Constantinopla (680-681) se trató de obtener la suscripción de sus actas por los prelados españoles. Los incidentes a que dió lugar este hecho y la notable virulencia de las reacciones de San Julián ante unas observaciones verbales de Roma, revelan de una parte el recelo de la Curia Romana al dirigirse a la Iglesia española, teme-

rosa de respuestas poco complacientes; de otra, la independencia con que venía procediendo la Iglesia española desde largo tiempo atrás. Pero en el fondo no hay la menor sombra de cisma, ni aun reservas mentales frente al Papa o al Emperador. Contra el peligro de la excesiva sumisión de la Iglesia española a la autoridad centralista de los reyes, estaba el mismo carácter electivo de la monarquía, que impedía mantener una continuidad en la política eclesiástica.

La discusión sobre las lecciones españolas. La discusión en torno a las cuestiones planteadas por los profesores españoles ha sido singularmente intensa, presente siempre esa impresión de «inédito» en lo relativo a nuestra patria que se ha mencionado anteriormente, y ciertamente interesantes para nuestra historia jurídica por cuanto algunos de los principales profesores europeos con gran agudeza han suscitado problemas que no están resueltos por la ciencia de nuestro país. El Profesor Bertolini, ha planteado el de si la conducta ambigua de la iglesia visigoda puede calificarse de oportunismo o de realismo, y el de cuáles son las diferencias que pueden observarse entre los visigodos y francos merovingios en orden a la unción, cuyo interés es notorio para el estudio de las influencias entre los pueblos europeos, pero sobre todo creo que destaca el problema planteado por el citado Profesor Bertolini y por el Profesor Picotti en orden a la unción, en el sentido de cuál sea la relación entre ésta y la elección, siendo coetáneas ambas o por el contrario una posterior a la otra, y en el sentido de si la referida unción era necesaria o simplemente una ceremonia de solemnidad, lo que supone tanto como plantearse la cuestión del carácter substancial de la misma. Dentro de este problema se han producido intervenciones muy interesantes, pues dentro de cada una hay elementos aprovechables. Monseñor Maccarrone ha destacado el interés de estudiar más la parte doctrinal y se ha fijado en una de las frases de San Isidoro en que parece recogerse la doctrina bíblica. Independientemente, según el mismo Monseñor Maccarrone, se tendería a dar estabilidad a la Monarquía, creándose la teoría de un Rey ungido para el servicio de la Iglesia, y si al principio pudo haberse construido en defensa del Rey, luego constituyó la base para una teocracia. El Profesor Luigi Pròsdocimi, de la Universidad de Siena, ha recordado el principio del «Blutsrecht» y ha destacado el interés que ofrece conocer si la unción practicada ha sido la que corresponde al Nuevo Testamento, como a Vicario de Cristo, o a la del Antiguo. Sobre el principio del «Blutsrecht» también ha insistido el Profesor Ganshof, y aún el Profesor Bognetti, tratando de ver en la consagración una unión de elementos germánicos con la mentalidad romana. Por lo que pueda referirse a las influencias europeas, el Profesor Ganshof ha señalado que la unción entre los merovingios no era indispensable, y con respecto a un texto isidoriano sobre las cualidades del Rey ha hecho precisar al Profesor Orlandis su origen conciliar, extremo de importancia por tener distinta significación que lo

hubiera tenido si hubiera procedido exclusivamente de la doctrina del Santo.

Por lo que se refiere a los profesores españoles, el Doctor Orlandis ha puesto de manifiesto que si el principio del «Blutsrecht» puede haber sido observado en los primeros Reyes visigodos, no siempre tuvo una vigencia absoluta y estricta, como lo prueban las elecciones reales de Teudis, Teudiselo y Ervigio. El Profesor Lacarra, ha precisado que es dudoso cuál haya sido el primer Rey ungido, aunque quizá lo haya sido ya Recaredo, y que diversas frases bíblicas recogidas en los Concilios toledanos muestran prácticas de esa unción, la cual buscaron algunos Reyes para afianzarse en su poder, sin que los contemporáneos se plantearan el problema del carácter constitutivo de aquélla, pasando con gran oportunidad a leer diversos textos, de parte de los cuales podría extraerse la conclusión de su substantividad, mientras que esto es desmentido por otros que son contradictorios.

LAS ISLAS BRITANICAS. Los profesores Wallace-Hadrill y Ryan han estudiado el problema en las Iglesias anglosajona e irlandesa respectivamente, con la influencia de las mismas en intercambio con las restantes iglesias occidentales y la actividad de los Pontífices en relación a las mismas. El primero ha expuesto en particular la influencia de San Isidoro de Sevilla y de Casiodoro, así como la formación latina de Beda el Venerable. El segundo ha puesto de manifiesto el carácter monástico de la primitiva iglesia irlandesa, sin que los límites de esta reseña permita recoger con más amplitud las interesantes disertaciones.

La lección de Monseñor Maccarrone. Finalmente, y aunque los indicados límites de una reseña demasiado extensa impida la exposición deseada hay que destacar la disertación muy interesante para la historia del Derecho de Monseñor Maccarrone, en cuanto ha estudiado la aparición de la fórmula «Sede Apostolica» en los documentos pontificios, más jurídica y abstracta que lo había sido la de «Catedra Petri» que la había antecedido, y como ha llegado a predominar en el uso de la misma el concepto de autoridad, cuyo reconocimiento es patente en S. Columbano, y cuya autoridad otorgada es la que el Derecho romano reservaba al Emperador. En forma muy sugestiva, Monseñor Macc. ha proseguido con un análisis cuidado de la génesis de la relación entre San Pedro y su vicario, dibujando la evolución seguida en la doctrina del primado papal.

JESÚS LALINDE

† **JUAN SALVADOR MINGUIJON ADRIAN (1874-1959)**

El 16 de julio de 1959 falleció en Zaragoza el que fué durante largos años catedrático de Historia del Derecho de aquella Universidad, Don Juan Salvador Minguión y Adrián.

Un inesperado y providencial azar hizo que D. Salvador Minguijón viniese a morir a la sombra de su antigua Universidad. Domiciliado en Madrid desde hace un cuarto de siglo, D. Salvador tenía la costumbre de pasar todos los años unos días en Zaragoza, camino de su reposo veraniego de Irún. Esta vez, una repentina y fatal dolencia le sorprendió cuando se disponía a continuar su viaje, determinando su fallecimiento en plazo muy breve. La Universidad, de la que fué tanto tiempo profesor, le acogió después de muerto: en ella se instaló la capilla ardiente, y allí se celebraron también los funerales por el eterno descanso de su alma.

Contaba D. Salvador Minguijón al morir la avanzada edad de ochenta y cinco años. Había nacido en Calatayud el 23 de junio de 1874, y a los veintidós años se licenciaba en Filosofía y Letras en la Universidad de Zaragoza. Cuatro años más tarde, el 3 de julio de 1900, obtenía el grado de Licenciado en Derecho por la Universidad de Madrid, para doctorarse, por fin, con nota de sobresaliente el 3 de diciembre de 1906, siendo su tesis un estudio sobre *La responsabilidad civil extracontractual*.

La edad ya madura en que Minguijón obtuvo el doctorado parece indicar que no fué la suya una temprana vocación universitaria. En efecto, la trayectoria seguida hasta entonces parece acusar una cierta indecisión: su Licenciatura en Letras es cuatro años anterior a la de Derecho, e incluso una vez alcanzada ésta, tampoco se orienta resueltamente hacia la Universidad: en 1903 obtenía, por oposición, «con nota de sobresaliente» y ocupando el segundo lugar entre los aspirantes aprobados, la notaría de Sabiñán, localidad cercana a su villa natal de Calatayud, y de donde pasó, por permuta de 1905, a la notaría de Brea, en la misma provincia de Zaragoza.

Ese año 1905 representa quizá un momento decisivo para la orientación de Minguijón hacia la vida universitaria. En él se incorporó como Profesor auxiliar interino a la Facultad de Derecho de Zaragoza, y pronto renunciaría a su profesión de notario. Desde entonces su trayectoria aparece bien definida: al año siguiente leía la memoria doctoral y, en enero de 1907, obtenía por oposición la plaza de Profesor auxiliar numerario de la Facultad cesaraugustana, encargándose desde entonces de la cátedra vacante de Historia del Derecho español, que ganaría por oposición el 27 de abril de 1911.

Minguijón desempeñó ininterrumpidamente su cátedra en la Universidad de Zaragoza durante veintidós años, hasta que, en 20 de octubre de 1933, quedó en situación de excedencia, por haber sido elegido vocal representante de las Universidades españolas del Tribunal de Garantías Constitucionales. Dimitido el cargo a poco de iniciarse la guerra de liberación, la Junta de Defensa Nacional de Burgos dispuso su reincorporación a la Universidad el 30 de septiembre de 1936. Dos años después, Minguijón abandonaba definitivamente la cátedra—aunque se le reservaría hasta su jubilación por edad, el 23 de junio de 1944—al

ser nombrado Magistrado del Tribunal Supremo el 24 de noviembre de 1938. La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas le distinguió también haciéndole su miembro de número.

Desde los primeros años, la figura de Minguijón se nos presenta con esa personalidad polifacética que había de caracterizar sus publicaciones y sus actividades. Antes todavía de alcanzar la cátedra, dos libros suyos de juventud, aparecidos en Zaragoza, perfilan ya dos facetas de su fisonomía intelectual que habían de afirmarse cada vez más en lo sucesivo: la del periodista y la del sociólogo. *Las luchas del periodismo*, editado en 1908, evoca la memoria del futuro director de *El Noticiero*, del escritor incansable cuyos artículos, desde los primeros en la revista *La paz social* hasta esta última serie sobre el tema «Por un mapa de las ideas», que solo la muerte ha venido a interrumpir, han llenado durante muchos años las columnas de la prensa nacional. La otra obra, publicada en 1910, *Hombres e ideas. Estudios sociales*, nos habla del pensador católico y hombre de acción de la Democracia cristiana, hondamente preocupado por los grandes problemas sociales de nuestro siglo.

Como historiador del Derecho, a más de algún trabajo de carácter monográfico, la principal aportación de Minguijón han sido sus manuales, la *Historia del Derecho español*, publicada en la colección «Labor» en 1927 y reeditada por tercera vez en 1943, y, sobre todo, su *Historia del Derecho español* en cuadernos, de los cuales los dos primeros fueron publicados por él siendo todavía auxiliar numerario y que alcanzaron hasta el número de doce.

No siempre se ha hecho la debida justicia a la obra de Minguijón. Se han emitido acerca de ellas opiniones excesivamente severas, que minusvaloran el positivo valor que representa, si se la encuadra en el adecuado marco del tiempo y lugar en que se produce. Pero para que no parezca éste un juicio demasiado benigno, dictado por el respeto a la memoria del Profesor difunto, será oportuno reproducir las palabras, nobles y ponderadas, de Alfonso García-Gallo, escritas once años antes de su muerte en el estudio preliminar que abre el volumen I de la edición de las Obras completas de Hinojosa: «Juan Salvador Minguijón Adrián (n. 1874), en la Universidad de Zaragoza, renueva el contenido de la Historia del Derecho español. Llega a la cátedra a los treinta y seis años, abandonando el camino trillado de los viejos manuales, carentes de todo valor, para seguir las huellas de Hinojosa. Sigue de cerca el manual y los estudios de éste, recoge las conclusiones de las monografías españolas aprovechables y tiene en cuenta las más autorizadas obras de conjunto publicadas en Alemania, Francia e Italia. No es tampoco, propiamente, un investigador, pero busca en los fueros municipales y en los Códigos de la Edad Media los datos necesarios para bosquejar un cuadro de conjunto de nuestras instituciones. Su atención se orienta hacia éstas, con preferencia a las fuentes, y

dentro de aquéllas hacia las del Derecho privado. Con esta orientación ha comenzado a publicar, en cuadernos, una *Historia del Derecho español*, dirigida a la enseñanza, en los que en forma sumaria recoge las conclusiones más aceptables, superando rotundamente todos los manuales en uso aunque no llegue a escribir el apetecido».

He tenido en mis manos el expediente personal de D. Salvador Minguijón. Entre aquellos viejos papeles que amarilleó el paso del tiempo, su imagen recobra vida y se nos ofrece tal cual fué, tal como le conocimos: el Minguijón escrupuloso y cumplidor, que cursa tres oficios al Rector cuando ha de marchar por dos días a Barcelona, uno para solicitar el permiso, otro para comunicar el día que empezará a disfrutarlo y, el tercero, para dar cuenta del regreso; o que, año tras año, en plenas vacaciones estivales, notifica al Rectorado que proyecta ausentarse de Zaragoza, y le informa de la dirección de la casa de Irún en la que va a descansar y donde podrá ser habido. Entre esos papeles aparece, en fin, la imagen auténtica del caballero intachable que fué, por encima de todo, D. Salvador Minguijón.

Me encontraba en Zaragoza cuando sobrevino su fallecimiento. Tuve noticia de la enfermedad y acudí a su lado, pudiendo todavía hablar con él pocas horas antes de la muerte. Se interesó, con su delicadeza y cortesía habituales, por pequeños pormenores de la vida universitaria y, recordó, con prodigiosa lucidez, incidencias de tribunales de oposiciones en que habíamos coincidido hace ya bastantes años. Luego, estuve presente en sus funerales y en su entierro. Por esa circunstancia, y por haber sido sucesor suyo en la cátedra de Zaragoza, he creído que era para mí un derecho y un deber el honrar su memoria en las páginas del ANUARIO, y pedir a los lectores una oración por su alma.

JOSÉ ORLANDIS

EL XXV ANIVERSARIO DE LA MUERTE DE LENEL

El 7 de febrero de 1960 se celebra el XXV aniversario de la muerte de Otto Lenel, figura insigne de los estudios de Derecho romano.

Nacido en Mannheim, de una familia judía, el 13 de diciembre de 1849, comienza a los dieciséis años su carrera universitaria en Heidelberg, que continúa en Leipzig y Berlín. Entre sus profesores se cuentan Vangerow, Wächter—que le ganó para la jurisprudencia—, y Windscheid, que para Lenel, según testimonia Riccobono, era aburrido. Después de luchar como voluntario en la guerra francoprusiana, se doctoró en Heidelberg en 1871, y siguió la práctica del Derecho durante «dos años altamente fructíferos».

En 1876 presenta su «escrito de habilitación» para la docencia en Leipzig: *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*. En esta ciudad convive con jóvenes profesores como Friedberg, Eduardo Meyer y Stamm-

ler. En 1878 publica un escrito, que fué uno de los gérmenes de su genial reconstrucción del Edicto: *Beiträge zur Kunde der prätorischen Edicts*.

«Ordinarius» en Kiel en 1882, permanece en Marburg un semestre de 1884, de donde pasa a Estrasburgo, y en 1907, para el resto de su fecunda vida, a Friburgo de Brisgovia.

Su hijo mayor murió en la guerra europea, el segundo algo más tarde, y su hija sufrió dificultades con los nazis. Estas desgracias familiares y los *nubila tempora* para su patria fueron llevados resignadamente por el sabio, dedicado con afán al cumplimiento de su profesión.

La aportación capital de Lenel a los estudios romanísticos se cifra en dos prominentales obras reconstructivas: el Edicto perpetuo y la Palingenesia.

Los trabajos previos sobre el Edicto prepararon su reconstrucción de 1883 (*Das Edictum Perpetuum*), en cuyo prólogo explica el método con el que alcanzó tan sorprendentes resultados. Huelga encomiar el amplísimo conocimiento de las fuentes y la genial imaginación que esa obra presupone; con ella rasgó Lenel el velo que ocultaba una de las formas más espléndidas de Derecho clásico—ya que la forma de la recopilación adrianea es la más importante y extensa y recuperó para la ciencia romanística acciones hasta entonces desconocidas. En 1927 aparece la tercera edición, en la que presta especial interés a los resultados de la crítica de interpolaciones. Esta edición se ha reproducido en 1956. En la revista de *Savigny*, especialmente, publicó varios estudios que completan esta obra fundamental para los estudios de Derecho romano.

Wenger, en el escrito que dedica a la memoria de Lenel, en SZ 55 (1935) X, cuenta una anécdota personal: «Cuando siendo yo joven Dr. iur. fui a Leipzig con el fin de redactar mi escrito de habilitación con Ludwig Mitteis, y pensé en un tema de Derecho procesal, la primera recomendación de mi maestro fué: estudie usted ante todo el *EP* y las *Röm. Prozessgesetze* de Wlassak.»

Su segunda obra fundamental es la *Palingenesia iuris civilis* (Leipzig 1889, Reproducción en 1960). En ella restituye Lenel a su sede originaria los fragmentos de la jurisprudencia clásica. El mismo autor considera su *Palingenesia* como una obra que ha de ser continuada y perfeccionada, y en efecto, él siguió diligentemente la inmensa bibliografía, aniciando en un ejemplar que siempre tenía a mano los resultados de la literatura pertinente. Las sugerencias de una nueva edición, utilizando el material que había recogido y sometido a un primer examen, que alguna vez le fueron hechas, le movieron a decir, en SZ 51 (1931) 1, que tal tarea sobrepasa la fuerza de un solo hombre: Lenel la asigna a los futuros romanistas. Actualmente nadie que quiera establecer el valor real de un fragmento puede prescindir de la *Palingenesia*, precisamente por ser la reconstrucción de los escritos de los

juristas en su forma original. Facilita, asimismo, la consideración del método de trabajo de los compiladores.

Merced a su experiencia, su familiaridad con las fuentes y, sobre todo, su acribia pudo llevar a cabo la reconstrucción de la obra más famosa del derecho clásico: los *libri iuris civilis* de Sabino [*Das Sabinnussystem*, en *Festgabe Ihering* (Estrasburgo, 1892) 1-104]. En SZ 51 (1931) publicó un intento de palingenesis crítica de las *quaestiones* de Africano, es decir, una reconstrucción del tenor originario de lo conservado de esa obra del discípulo de Juliano. Con ello señalaba Lenel un método fecundo que, desgraciadamente, no ha sido seguido con la debida tenacidad.

Trabajaba con un orden inquebrantable, y hacía tres redacciones de sus escritos. No trabajaba por la noche—a pesar de sufrir insomnio casi toda la vida—, tiempo que dedicaba a la lectura, por lo que llegó a serle muy familiar lo más importante de la literatura universal. Al final de su vida sólo leía a Shakespeare y los trágicos griegos. Gustaba de la música, para la que su mujer estaba especialmente dotada. Alpinista en su juventud, nunca perdió su afición a los montes y a los bosques. Pasaba sus vacaciones en los Alpes o en Italia.

Sus discípulos recuerdan la gran claridad y sencillez de sus lecciones, basadas en una gran nitidez de pensamiento y en un cúmulo de saber. Como en los grandes juristas romanos, el espíritu científico estaba en él tan desarrollado como el sentido práctico. Su seminario era frecuentado por estudiantes ingleses, franceses y, sobre todo, italianos.

Fue doctor *honoris causa* de varias universidades y miembro de varias Academias, y, entre otros merecidos honores, le fueron dedicados el volumen 42 de la Revista de Savigny, la *Festschrift für Otto Lenel* de la Facultad de Friburgo (Leipzig, 1921) y los *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel* (Leipzig, 1934).

Lenel ha sido uno de los fundadores de la moderna ciencia historico-crítica del Derecho romano. El *EP* y la *Palingenesia*, revisables en algunos puntos, como su mismo autor advirtió, son parte esencial de los cimientos sobre los que se alza la investigación romanística.

J. BURILLO

NUEVO CATEDRÁTICO DE HISTORIA DEL DERECHO

En el mes de diciembre de este año y después de brillantes oposiciones, ha sido nombrado catedrático numerario de Historia del Derecho Español de la Universidad de La Laguna, nuestro colaborador José Martínez Gijón. Al ingresar así en el profesorado oficial, culmina una espléndida labor universitaria por él desarrollada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada primero, y en la de Madrid después, la cual sabemos que ha de proseguir sin desmayos.

El nuevo catedrático no necesita ser presentado a los lectores habituales del Anuario, pues tanto en el número anterior como en este que ahora sale a la luz aparecen varias contribuciones suyas al conocimiento de nuestro derecho medieval. Ambos trabajos son el fruto sazonado de una intensa vocación y dedicación total a los estudios histórico-jurídicos, y ponen claramente de relieve la sólida preparación de Martínez Gijón y las excelentes condiciones que para la investigación científica posee. Aplicado últimamente con preferencia a la ineludible revisión del problema de las relaciones existentes entre los diversos textos que integran la denominada «familia del Fuero de Cuenca»—el trabajo que ahora publicamos responde a esa preocupación—, los resultados de sus actuales y futuras investigaciones seguirán apareciendo en nuestras páginas, que hoy se complacen en dejar constancia del júbilo que en el Anuario se siente por el triunfo de su colaborador y en enviarle una cordial enhorabuena.

CREACION DE UN CENTRO DE DOCUMENTACION BIBLIOGRAFICA SOBRE LAS INSTITUCIONES DEL MUNDO MEDITERRANEO AN- TIGUO

Durante la última sesión de la Sociedad de Historia del derecho de la Antigüedad, celebrada en Friburgo del 13 al 18 de septiembre de 1959, se estudió la posibilidad de crear un servicio de documentación sobre las nuevas publicaciones que hacen referencia a instituciones jurídicas, económicas, políticas y sociales del mundo mediterráneo antiguo. Respondiendo a este deseo, el Instituto de Derecho romano de la Universidad de París acaba de organizar un centro de documentación bibliográfica.

Se persigue un doble objeto. Por un lado, constituir en París, en la sede del Instituto de Derecho romano (Facultad de Derecho y Ciencias Económicas, 12 Place du Panthéon, V) un fichero de las nuevas publicaciones y, en la medida de lo posible, una biblioteca formada por dichas publicaciones. Ambos estarán a la disposición de los historiadores de las instituciones del mundo mediterráneo antiguo. Por otro, y fundamentalmente, difundir las fichas bibliográficas de las publicaciones recientes. En estas fichas (de formato internacional, 12 cm., 5 × 7 cm. 5) se indicarán las obras, artículos y reseñas que traten de las instituciones jurídicas, económicas, políticas y sociales del mundo mediterráneo antiguo.

Para adaptarse mejor al sistema personal de clasificación utilizado por los investigadores y por los centros de investigación, las fichas no estarán clasificadas. Vendrán encabezadas por el nombre del autor y sólo contendrán las indicaciones bibliográficas en uso (formato, lugar y fecha de edición, número de páginas).

La confección de las fichas se hará bajo la dirección de M. E. Szlech-

ter, «maitre de recherches» en el C. N. R. S., en todo lo referente a los «derechos cuneiformes», de M. Modrzejewski, «attaché de recherches» en el C. N. R. S., para lo relacionado con el «derecho de los papiros», y de los MM. J. Gaudemet, J. Imbert y A. Magdelain para la parte griega y romana.

El envío de fichas a los abonados se efectuará dos veces al año (en junio y en diciembre). El primer envío tendrá lugar en junio de 1960 (el examen de las revistas se hará a partir de 1.º de enero de 1959).

Con el fin de asegurar una información lo más completa y rápida posible, se ruega insistentemente a todos los historiadores de las instituciones de la antigüedad que envíen, inmediatamente después de su publicación, un ejemplar de sus trabajos (libros, artículos, notas, reseñas, etc.) al centro de Documentación del Instituto de Derecho romano.

La suscripción al servicio de fichas está fijada en 25 NF (o su equivalente en moneda extranjera), pagaderos a la cuenta del Centro de Documentación del Instituto de Derecho romano, Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de París, 12 Place du Panthéon, París V.—Cuenta de cheques postales, París 13 897 77.

PREMIO EDUARDO. LOPEZ PALOP

La Academia Matritense del Notariado ha tomado el acuerdo de ampliar hasta el 30 de septiembre de 1960 el plazo para la presentación de trabajos al concurso abierto por la misma para la concesión del premio «Eduardo López Palop», dotado con 75.000 pesetas y un accésit de 25.000, al mejor trabajo que se presente digno de tal galardón, sobre el tema *Historia de la organización y funciones del Notariado en España, hasta la promulgación de la Ley de 28 de mayo de 1862.*

Acerca del apéndice documental que debe acompañar al trabajo y las condiciones por las que se decidirá el concurso, puede obtenerse información en las oficinas del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, sito en la calle de Juan de Mena, núm. 9, de esta capital.

Por una sensible omisión, en el artículo titulado *El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca*, del que es autor don José Martínez Gijón, no se ha hecho constar la siguiente nota, que en el original remitido figuraba: “El presente trabajo ha sido realizado gracias a una ayuda de estudios facilitada por la Fundación Juan March”.