





ANUARIO  
DE  
HISTORIA DEL DERECHO  
ESPAÑOL

Coedición del Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica) y el Boletín Oficial del Estado.

**El ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los trabajos publicados.**

---

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

---

ISSN: 0304-4319  
NIPO (BOE): 007-10-085-2  
NIPO (M. de Justicia): 051-10-012-X  
Depósito Legal: M-529/1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid.

**ANUARIO  
DE  
HISTORIA DEL DERECHO  
ESPAÑOL**

TOMO LXXX (2010)



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA



MADRID, 2010

**ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL**  
**Fundado en 1924 por don CLAUDIO SÁNCHEZ ALBORNOZ**

**DIRECTOR**

BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO  
(Universidad de Salamanca)

**CONSEJO DE REDACCIÓN**

JON ARRIETA ALBERDI (Univ. del País Vasco)	ANTONIO MERCHÁN ÁLVAREZ (Univ. de Sevilla)
FERNANDO DE ARVIZU (Univ. de León)	GREGORIO MONREAL ZIA (Univ. Pública de Navarra)
AGUSTÍN BERMÚDEZ AZNAR (Univ. de Alicante)	TOMÁS DE MONTAGUT I ESTRAGUÉS (Univ. Pompeu Fabra)
SANTOS CORONAS GONZÁLEZ (Univ. de Oviedo)	EMMA MONTANOS FERRÍN (Univ. de La Coruña)
JORGE CORREA BALLESTER (Univ. de Valencia)	PEDRO ORTEGO GIL (Univ. de Santiago de Compostela)
ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ (Univ. de Murcia)	FRANCISCO PACHECO CABALLERO (Univ. de Barcelona)
JOSÉ MARÍA GARCÍA MARÍN (Univ. Pablo de Olavide)	MARGARITA SERNA VALLEJO (Univ. de Cantabria)
CARLOS GARRIGA ACOSTA (Univ. del País Vasco)	JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA (Univ. de Castilla-La Mancha)
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ NEVOT (Univ. de Granada)	
MARTA LORENTE SARIÑENA (Univ. Autónoma de Madrid)	

**CONSEJO DE HONOR**

JAVIER ALVARADO PLANAS, MIGUEL ARTOLA, JUAN BARÓ PAZOS, ANA MARÍA BARRERO, FELICIANO BARRIOS, ELOY BENITO RUANO, JOSÉ LUÍS BERMEJO, BARTOLOMÉ CLAVERO, SALUSTIANO DE DIOS, JUAN CARLOS DOMÍNGUEZ NAFRÍA, JOHN H. ELLIOTT, JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, RAMÓN FERNÁNDEZ ESPINAR, REMEDIOS FERRERO, JOSÉ MARÍA FONT RÍUS, EDUARDO GALVÁN, RAFAEL GIBERT, EMILIANO GONZÁLEZ DÍEZ, MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ DE SANSEGUNDO, PAOLO GROSSI, ALBERTO DE LA HERA, ANTONIO M. HESPAÑHA, DAVID IBBETSON, AQUILINO IGLESIA, EDUARDO MARTIRÉ, GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, ADELA MORA, JOSÉ ORLANDIS, ROGELIO PÉREZ BUSTAMANTE, JOSÉ MARÍA PÉREZ COLLADOS, MIGUEL ÁNGEL PÉREZ DE LA CANAL, ANTONIO PÉREZ MARTÍN, MARIANO PESET, ROMÁN PIÑA, ANDREA ROMANO, JUAN SAINZ GUERRA, ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, JOSÉ MARÍA SARRIÓN, JOSÉ LUIS SOBERANES, DITLEV TAMM, VÍCTOR TAU, MANUEL TORRES AGUILAR, DAVID TORRES SANZ, JOAQUIM VERISSIMO SERRAO

**SECRETARIO**

BRUNO AGUILERA BARCHET  
(Universidad Rey Juan Carlos)

**VICESECRETARIO**

ALBERTO MURO CASTILLO  
(Universidad de Extremadura)

La correspondencia, envío de libros y publicaciones periódicas para recensión o en relación de intercambio deberán dirigirse al Secretario del Anuario de Historia del Derecho Español, Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales, Universidad Rey Juan Carlos. Paseo de los Artilleros s/n 28032 Madrid.

Los trabajos de investigación y recensiones remitidas a la Secretaría del Anuario para su publicación deberán ir acompañados del correspondiente soporte magnético, salvo los enviados por correo electrónico (bruno.aguilera@urjc.es)

ADMINISTRACIÓN  
**Ministerio de Justicia**  
(Centro de Publicaciones)  
C/ San Bernardo, 62. 28015 Madrid  
Web: [www.mjjusticia.es](http://www.mjjusticia.es)  
Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 84 / 97

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES  
**Librería del Boletín Oficial del Estado**  
C/ Trafalgar, 27. 28071 Madrid  
Web: [www.boe.es](http://www.boe.es)  
Tel.: 902 365 303  
Fax.: 91 538 21 21

SECCIÓN MONOGRÁFICA:

La publicación de las normas en la historia  
del Derecho español: la era de la imprenta





El 31 de diciembre del año 2008 se cerró sin estrépito una larga etapa de la historia de la publicación de las normas jurídicas en España. Una vetusta publicación que con distintos envoltorios y sucesivas denominaciones había atravesado varios siglos abandonó su nativo soporte impreso para adentrarse en la era digital. Por decirlo llanamente, con las palabras de quienes entonces anotaron el suceso: el venerable Boletín Oficial del Estado, el entrañable BOE, «se dejó de editar en papel». A diferencia de los acontecimientos políticos, cuyo eco se prolonga indefinidamente y marca para siempre la fecha en la que se produjeron, los jalones que delimitan el devenir de la cultura se suelen hincar en silencio y pasan inadvertidos a la inmensa mayoría.

La «galaxia Gutenberg» no se ha desvanecido, por supuesto. Es tan compacta y omnicomprendiva, tan hondo su arraigo, tan poderoso su influjo en la conformación de nuestra estructura mental, que ni siquiera acertamos a columbrar y todavía menos a representarnos los pormenores de su extinción, pero resulta incontestable que la luz que emite se ha apagado en uno de sus múltiples, incontables reductos. La publicación de las normas jurídicas ha salido en España de la *era de la imprenta*: el abandono del soporte tradicional la ha desbordado y clausurado al cabo de nada menos que... medio milenio.

La coyuntura invitaba a la reflexión; empujaba, si se prefiere, a hacer el oportuno balance de la etapa cerrada; merecía, cuando menos, un recordatorio. Nadie ignora que una cosa es el Derecho y otra el soporte –en principio mero instrumento– a través del cual se recogen, se exteriorizan, se difunden, en suma, se fijan y dan a conocer las reglas jurídicas. ¿Cómo estar seguros, sin embargo, de que no media relación alguna entre ambas realidades, las reglas y el soporte? ¿Cómo descartar que se hallen sutilmente vinculadas por un hilo, quizás oculto, que altera no sólo la veste de aquéllas cuando éste cambia? ¿Y quiénes más sensibles para indagar la posibilidad de tales conexiones y más aptos para registrarlas (aunque sea a posteriori) que los historiadores juristas, fedatarios por razón de su oficio de la historicidad del Derecho y supervisores de sus manifestaciones y de sus efectos?

Así planteada la cuestión, acotada con el elemental auxilio de las coordenadas que nos son propias –el Derecho y el pasado, esto es, el pasado del Derecho–, restaba patrocinar su examen, es decir, propiciar la consideración monográfica de la *publicación de las normas en la historia jurídica española durante la era*

*de la imprenta*; en definitiva, estimular y acoger el tratamiento historiográfico de un asunto de tan innegable calado, de tan palmaria enjundia jurídica.

Así fue como se proyectó la sección monográfica de este tomo LXXX del ANUARIO correspondiente al año 2010. A la hora de materializarla se optó por el enfoque clásico, por el tratamiento ajustado al orden cronológico de las principales ramas del gran tronco hispánico que hubieran acuñado, primero por separado y más tarde al operarse su convergencia en un Estado unitario, respuestas propias. Ello suponía la consideración en la época tardomedieval y luego en la de los Austrias de las especificidades castellanas, de las navarras, de las de los territorios hispánicos de la Corona de Aragón, de las del espacio indiano. Procedía desplazar la indagación, a renglón seguido, a la España borbónica del Setecientos, prolongarla hacia la España constitucional decimonónica y examinar, en fin, dentro ya del siglo xx, la experiencia republicana y el dilatado interludio que precedió al reencuentro con el Estado constitucional en 1978. Consideración, como es obvio, desarrollada, tamizada, llevada a cabo por los respectivos autores de conformidad con su propio criterio y de acuerdo con los dictados de su soberana y absoluta libertad.

El lector atento –los del ANUARIO lo son– advertirá de inmediato que los resultados que obran en las páginas que siguen no se corresponden enteramente con las previsiones antedichas. Al punto se acusará la ausencia –el vacío inocultable, ciertamente clamoroso– de alguna pieza, no precisamente de las menos relevantes o prescindibles, que deja el mosaico mutilado e incompleto sin remedio. Se echará en falta el tratamiento de la materia que constituye el objeto de esta sección en algún territorio de importancia cardinal que, justamente por serlo, debería haber abierto el dossier. Quien se extraña por esa carencia irremplazable, en verdad sorprendente, no errará si conjetura que el trabajo que concernía a ese territorio vertebral de la Monarquía hispánica al que se alude (basta con aludirlo, porque de puro obvio no hace falta nombrarlo) fue, y no por casualidad, el que primero se introdujo en el esquema general y cuya elaboración se encomendó más tempranamente. A la vista del altísimo nivel de los colaboradores que han cumplido con ejemplar seriedad y rigor el compromiso contraído, y de la excelencia de sus respectivas aportaciones (que no cabe dejar de agradecer muy sinceramente a todos ellos), deberemos consolarnos pensando que contar, además, con la que falta nos habría conducido a las puertas de la pura perfección, que ya se sabe no se compadece con la precaria naturaleza de los humanos y la índole de sus asuntos. Los griegos, tan sabios, desvelaron hace ya miles de años las artimañas con las que en ocasiones se complacen los dioses en jugar malas pasadas a aquellos mortales que con ingenua credulidad, contra toda evidencia, se empeñan en seguir confiando en sus semejantes...

Bien, así son las cosas. Sin perjuicio de lo anterior, mucho es con todo, muy rico y sugerente, el contenido de las páginas que siguen, que, no sin antes volver a agradecer el acierto y el generoso esfuerzo de sus autores, se dejan ya sin más preámbulos en manos de los lectores.

# La edición y constitución de normas en la historia del Derecho de Aragón \*

SUMARIO: 1. Bases conceptuales del modelo aragonés de fueros y observancias; el Fuero de Aragón, raíz de un sistema normativo abierto. Validez, exigibilidad y reacción frente al incumplimiento.–2. La búsqueda de un modelo normativo entre Jaime I y Jaime II. La manera de concebir la ley y el legislador, causa del fracaso de la compilación elaborada por Vidal de Canellas y aprobada mediante el decreto *in excelsis*.–3. La doble vía curial de edición del fuero durante s. XIV-XV: Fueros de Cortes: Observancias y determinaciones. La institucionalización del sistema desde el reinado de Jaime II hasta Pedro IV. Los fueros constitucionales. Las observancias, declaración judicial del Fuero de Aragón por el justicia. Los fueros de Cortes, declaración legislativa del Fuero de Aragón por las Cortes.–4. El Rey y el Fuero de Aragón: La confrontación y desarrollo de espacios normativos exentos del fuero. La construcción de un modelo teórico explicativo desde 1437. Recopilaciones y colecciones de normas deducidas del Fuero de Aragón. La publicación impresa de normas autónomas del Fuero de Aragón.–5. La implantación de un modelo normativo de tipo castellano a partir de las leyes del nuevo gobierno.

## 1. BASES CONCEPTUALES DEL MODELO ARAGONÉS DE FUEROS Y OBSERVANCIAS; EL FUERO DE ARAGÓN, RAÍZ DE UN SISTEMA NORMATIVO ABIERTO

### VALIDEZ, EXIGIBILIDAD Y REACCIÓN FRENTE AL INCUMPLIMIENTO

Los trabajos recientes sobre el procedimiento legislativo no dedican mucha atención a la cuestión de la aprobación y la sanción, y otros conceptos que sue-

---

\* Este trabajo forma parte de las actividades científicas del Proyecto de Investigación DER-2008-06370-C03-02/JURI, del cual el autor es Investigador Principal.

El proyecto se integra en un programa coordinado por el Dr. Juan Luis ARRIETA ALBERDI, de la Universidad del País Vasco, en el que se incluye otro grupo de investigadores dirigido por el

len formar parte de este campo semántico<sup>1</sup>. En todo caso creo que las palabras como aprobación, promulgación, publicación, edición, sanción... se han apelmazado y las diferencias originarias son hoy muy difíciles de establecer<sup>2</sup>. Podría ahora intentar un esfuerzo de reconstrucción de las capas de significado pero ni es esto lo que el lector espera encontrar en un artículo con este título ni, probablemente, soy la persona más adecuada para lograrlo. No obstante, siguiendo el método de mi maestro Lalinde, creo necesario y útil fijar unas bases terminológicas y conceptuales lo suficientemente precisas como para hacer posible el progreso argumental.

Las posibilidades de acometer un análisis de los mecanismos a través de los cuales un texto se convierte en norma jurídica en el sistema aragonés de Fueros y Observancias mejoran si diferenciamos los tres elementos que, en mi opinión, sustentan su eficacia, su eficacia normativa: validez, exigibilidad y reacción frente al incumplimiento.

Lo que llamamos aprobación estaría en el nivel de validez, la publicación en el de exigibilidad y, finalmente, la sanción sería precisamente la advertencia de la reacción frente al incumplimiento de una obligación válida y exigible. ¿Qué condiciones materiales y de procedimiento debe cumplir una regla para

---

Dr. Xavier GIL PUJOL, de la Universidad de Barcelona. Respectivamente: Derecho y política en la configuración institucional de los territorios vascos y de Navarra (siglos XVI-XVIII) DER2008-06370-C03-01/JURI. «Teoría política, derecho y gobierno en Cataluña y Valencia (s. XVI-XVIII)», DER2008-06370-C03-03.

Los tres son desarrollo del anterior proyecto: La Monarquía Española del Antiguo Régimen y sus integrantes: formas de pertenencia y vinculación jurídico-política en los casos de Navarra, Aragón y Vizcaya. SEJ2005-04672/JURI, promovido por el Dr. Arrieta y concluido en 2008.

<sup>1</sup> Para reconstruir el estado actual de la opinión sobre la aprobación, publicación y sanción del vigente derecho en España proporciona un buen punto de partida: Jornadas de Derecho Parlamentario (5: 1994). El Procedimiento legislativo: V Jornadas de Derecho Parlamentario, Madrid: Congreso de los Diputados, 1998. Entre las aportaciones realizadas a esta Jornadas, las más relevantes para nuestro tema:

Paloma BIGLINO CAMPOS, «La publicación como fase del procedimiento legislativo» en *El procedimiento legislativo: V Jornadas de Derecho Parlamentario*, pp. 539-550. Jorge RODRÍGUEZ ZAPATA «La sanción y la promulgación» en *El procedimiento legislativo: V Jornadas de Derecho Parlamentario*, pp. 521-538. Estos dos autores habían abordado anteriormente estas cuestiones: Jorge RODRÍGUEZ ZAPATA, *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*. Madrid: Tecnos, 1987. Paloma BIGLINO CAMPOS, «Veinticinco años de procedimiento legislativo» *Revista de derecho político*, 58-59 (2003-2004), pp. 449-470.

Ver también; FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «El procedimiento legislativo en España: el lugar de la ley entre las fuentes del Derecho» *Revista española de derecho constitucional*, 16 (1986) pp. 83-114. Texto completo: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_016\\_098.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_016_098.pdf).

Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «Sanción, promulgación y mandato de publicación de las leyes» en *El parlamento y sus transformaciones actuales: 11-13 de abril de 1988/ Ángel Garrorena Morales (ed. lit.)*, 1990, pp. 176-185. Jornadas de Derecho Parlamentario (3: 1988). *III Jornadas de derecho parlamentario: la función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2000.

<sup>2</sup> En los últimos años la Facultad de Zaragoza acoge varias iniciativas promovidas por Jesús Delgado, Catedrático de Derecho Civil, en orden precisamente a una decantación de algunos conceptos pertenecientes a este campo semántico o a campos próximos: validez, ineficacia, nulidad. Un punto de entrada a su actividad a través de su revista electrónica NUL y los blogs y recursos asociados: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/sommaire.php?id=377>.

convertirse en norma? ¿Qué mecanismos y plazos arbitramos para hacer razonable la exigencia de cumplimiento por terceros que no han intervenido en su producción? ¿Qué reacciones concretas comprometemos antes del cumplimiento y el incumplimiento y qué recursos asignamos para hacer creíbles estos compromisos?

Siguiendo con esta reflexión metodológica, hay otras cuestiones que creo conviene establecer desde el inicio: lo que denominamos sistema aragonés de Fueros y Observancias o, simplemente, Fueros de Aragón, es un modelo institucional que cambia de manera muy significativa a lo largo del tiempo<sup>3</sup>. El análisis debe, por tanto, estar claramente periodizado<sup>4</sup>. Tiene, no obstante, algunas características que podemos considerar presentes en todos los periodos:

La concepción medieval de que el derecho está o existe y el legislador o jurisdicente lo averigua y expresa o verbaliza, adquiere en Aragón carácter radical, literalmente, en la medida que es una noción que se sitúa en la raíz de todas las explicaciones. El Fuero de Aragón, o simplemente «el Fuero», es un depósito normativo difuso que puede ser objeto de verbalización explícita bien mediante un procedimiento de tipo legislativo (dando origen a un Fuero de Cortes) o mediante un pronunciamiento judicial (observancia); sobre esta duplicidad de vías todavía debieran añadirse mecanismos no formales, difusos, implícitos ... que pueden «realizar» una regla del Fuero. El sistema que se configura es, por tanto, un sistema abierto y así lo encontraremos definido hasta el último momento en las Instituciones de Lissa en 1703<sup>5</sup>, a las mismas puertas de las Leyes del Nuevo Gobierno.

---

<sup>3</sup> La aproximación al derecho aragonés histórico y a sus instituciones como algo abstracto y sin dimensión temporal condena al error o la insuficiencia muchos esfuerzos apreciables. Por citar ahora solamente en ejemplo, bajo el nombre de El Justicia Mayor de Aragón, la más reconocida de nuestras instituciones, se engloban en realidad tres o cuatro instituciones verdaderamente distintas. Por remitir al más específico de mis estudios en los que he intentado marcar esos periodos para acometer una razonable reconstrucción de la institución: Jesús MORALES ARRIZABALAGA «El Justicia de Aragón» en *Aragón, escenarios de la Justicia/Palacio de Sástago, 5 al 28 de septiembre de 2007*, [Zaragoza]: Consejo General de la Abogacía; Diputación Provincial de Zaragoza; Justicia de Aragón, 2007, pp. 111-136.

<sup>4</sup> Jesús MORALES ARRIZABALAGA, «La formación bajomedieval del sistema aragonés de Fueros y Observancias» en *La Corona de Aragón en el centro de su historia, 1208-1458. La Monarquía aragonesa y los reinos de la Corona*/ José Ángel SESMA coordinador, Zaragoza: Grupo de excelencia de investigación CEMA, 2010, pp. 353-394

<sup>5</sup> LISSA concibe un sistema en que coexiste por una parte el derecho común con el derecho real y, dentro de éste (Ad § Constat autem, Aut scripto, aut sine scripto, p. 6), las normas de Cortes (Ad § Lex est, p. 8), los decretos del Rey y los privilegios por éste concedidos (Ad § Sed Quod Principi Placuit, «In hoc Regno adeo privilegia valent, ut in contractum transeant, p. 10), la jurisprudencia (Ad § Responsa Prudentum, « cuius Responsum velut Forus sequendum est decisionibus causarum... », p. 10), y normas no escritas (Ad § Sine scripto: Iure etiam non scripto utimur in Aragonia, p. 10)

Gil Custodio de LISSA Y GUEVARA, *Tyrociniium iurisprudentiae forensis: seu animadversiones theorico practicae iuxta foros aragonum*, in *IV. Libros Institutionum Iuris Imperatoris Justiniani ...*, Caesar-Augustae: apud Emmanuelem Oman, Univ. Typ., 1703.

Hubo una segunda edición, mucho más extensa pero creo que muy poco difundida: *Tyrociniium iurisprudentiae forensis seu Animadversiones Theorico-Practicae iuxta Foros Aragonum in*

En un sistema abierto se asume que las normas exigibles nunca llegarán a estar reunidas todas en un cuerpo cierto; de hecho, no se trata de una imposibilidad o dificultad técnica sino más bien de una opción política. Naturalmente esta situación afecta a los temas que nos ocupan: un sistema cerrado puede representarse con un modelo lineal en el cual cada norma nueva sustituye a la anterior; por el contrario en un sistema abierto cada nueva verbalización de la norma raíz se superpone a lo existente, siendo ajena o poco coherente con este modelo la idea de derogación que en muy pocas ocasiones se formaliza.

Un modelo cerrado puede ser prescriptivo; un modelo abierto tenderá a ser descriptivo: así lo expresa la fórmula utilizada en las Observancias o las Recopilaciones aragonesas tardías que hablan de normas que habitualmente consideramos en uso y otras que solemos tener como en desuso:

«Observantias consuetudinesque Regni Aragonum in usu communiter habitas

Fori quibus in iudiciis nec extra ad praesens non utimur: propter illorum correctionem, & aliquorum temporis lapsu extinctionem, aliorumque a cessante causa deficientium non usum, ne quid antiquitatis occultetur in ordine priorum descripti sequuntur.»

Todo el esquema «aprobación-exigibilidad-sanción» se desdibuja o redefine en la medida que existen reglas en relación a las cuales es muy complicado afirmar que hayan sido aprobadas y que, sin embargo, se presentan como exigibles. Desdibujados así los perfiles de la aprobación, arrastran al concepto de sanción: en su sentido originario la sanción es la reacción del Rey frente a un incumplimiento de su voluntad que se entiende lesivo a su majestad. En las normas que no tengan un proceso nítido de aprobación es difícil establecer qué autoridad o institución protegible ha resultado dañada por el incumplimiento y, siendo difícil precisar el daño, las posibilidades de reparación o de reacción se hacen confusas.

De hecho, al menos en el modelo teórico, el sistema aragonés de Fueros y Observancias admite la coexistencia de reglas con texto (legislativo o judicial) y reglas sin texto. Naturalmente no es necesario hacer un gran esfuerzo de demostración para trasladar las dificultades que hay para aplicar un esquema de aprobación-publicación-sanción a normas sin texto, sin texto formal o preciso: aquellas en que se dice «es por fuero...» o «tenemos por fuero» sin mayor concreción. Es verdad que estas normas sin texto tienen más presencia simbólica que cotidiana y que se concentran en la periferia del derecho, cuando la

---

*IV libros Institutionum Iuris Imperatoris Justiniani /Nova aeditio cum aliquibus annotationibus tam ipsius auctoris, quam aliorum Iurisconsultorum adiectis, et iuxta Ordinem Titulorum et paragraphorum ad calam Operis appositis*, Zaragoza: Medardo de HERAS, 1788. El catálogo de Biblioteca Nacional de España menciona una edición, que no he visto, también de Medardo de HERAS pero de 1821.

El autor, aparte de la mala suerte de publicar en las puertas de la Nueva Planta, tuvo poco acierto al no emplear la palabra Instituciones en el título de la obra, lo cual ha dificultado su reivindicación como primer institutista de España.

juridicidad está dejando paso a la política; en lo que conocemos de la práctica judicial los conflictos concretos suelen resolverse mediante argumentaciones basadas en Fueros de Cortes, Observancias y construcciones doctrinales de la canonística o del derecho civil común, pero esa presencia constante de referencias a normas no escritas condiciona necesariamente nuestro intento de reconstrucción del modelo teórico subyacente, de la manera en que era entendido en Aragón el proceso legislativo.

Al Rey corresponde «hacer» las leyes; ¿podemos sustituir el hiperónimo «facere» por algún término con mayor intensidad semántica? Si partimos de los textos y de frecuencias de uso, las mejores opciones son los «edere» y «condere» pero más en cuanto conceptos que en cuanto palabras.

Edere encaja mejor con la idea del Fuero de Aragón preexistente y que simplemente se pone de manifiesto o saca a la luz; condere tiene un sesgo de fundación o decisión originaria que hace más difícil mantener el equilibrio entre la autoridad legislativa del Rey y la construcción pactista (Nota quod ad dominum Regem competit leges et foros facere... non tamen potest illas facere sine consensu populi Bardají, *Comentarii*, 23.i). Los textos forales y la doctrina utilizarán con frecuencia el término condere pero tras esta apariencia nominal subyace una realidad poco propicia a la idea de conditio. Estamos, en todo caso, ante un sistema compuesto en que coexisten normas en que predomina el matiz del edere junto a otras en que se impone el condere.

En un sistema abierto como éste los mecanismos para garantizar la exigibilidad y eficacia de las normas deben adaptarse. Una primera cuestión es configurar las decisiones como vinculantes directamente para los súbditos o más bien como órdenes a los oficiales con jurisdicción. Con carácter general, como veremos después, en Aragón se prefiere el segundo enfoque; incluso cuando en la fórmula de aprobación y promulgación se añada la referencia expresa a la vinculación de los súbditos puede apreciarse una desproporción entre la intensidad y nitidez del mandato dirigido a los oficiales en comparación con el que tiene a los particulares como destinatarios. A esto se añade la importancia decisiva que en este esquema normativo tiene el Juramento.

En un sistema abierto como el aragonés, debe preverse que puede haber reglas todavía no formuladas y que, sin embargo, se quiere que limiten la actuación de las instituciones y los oficiales. El único mecanismo para conseguir este efecto es por vía de Juramento: el Rey y sus Oficiales juran respeto a los Fueros de Cortes, pero también a otras normas deducidas del Fuero de Aragón, comprendida en la genérica expresión «privilegios, libertades, usos y costumbres». Juran en el inicio de su jurisdicción, pero siguen jurando constantemente por ejemplo en Cortes. Este juramento continuo es el mecanismo sancionador más eficaz, entre otras cosas porque genera acciones procesales concretas: cuando una autoridad u oficial es juzgado por haber actuado en contra del Fuero de Aragón, tanto el procedimiento como las sanciones están tasadas en el propio ordenamiento<sup>6</sup>

<sup>6</sup> MOLINO, *Repertorium*, voz Juramentum. En edición de 1514, fol. 192 y ss.

Creo útil diferenciar las normas que se entienden deducidas del Fuero de Aragón<sup>7</sup> y aquellas otras que son autónomas en relación a éste. En el primer caso, el Juramento del Rey y la manera de interpretarlo en los siglos XVI y XVII, le sitúan en una posición limitada al edere, sea cual sea el verbo que utilice. Pero lejos del alcance del Fuero de Aragón hay todavía un espacio importante para la acción de gobierno en el cual las decisiones del Rey se sitúan en el condere y tienen carácter constitutivo; estaríamos en el mismo tipo de conceptos que rodean la idea del gubernáculo. La línea entre uno y otro ámbito no está definida; veremos cómo lo que parece un mismo espacio –el régimen municipal– puede considerarse protegido por la reserva del Fuero (si el sujeto es la ciudad de Zaragoza) o fuera de ella. Si se acepta esta hipótesis que formulo, creo que sería interesante realizar trabajos más detallados en orden a trazar con la mayor precisión posible los límites de esos ámbitos en la práctica.

El Fuero de Aragón se edita, pone de manifiesto o verbaliza por varias vías. Las dos principales son leyes del Rey o Fueros de Cortes, y Determinaciones del Justicia o alguna otra Corte o Consejo<sup>8</sup>. En ambos casos estaríamos ante expresiones con identidad: con un texto cierto y una fecha y responsabilidad o autoría reconocibles. Pero el sistema aragonés de Fueros y Observancias mantendrá siempre una vía abierta a reglas todavía no formuladas, a partes del Fuero de Aragón no editadas o puestas de manifiesto.

La verdad es que el modelo resultante es bastante sofisticado y abstracto. Por la concurrencia de varias circunstancias hubo interés en mantener hasta lo posible la ambigüedad en relación con algunos de sus elementos centrales; llama, por ejemplo, la atención la falta de rigor de la propia noción de Fuero en autores tan precisos y sugerentes como Molino y el maestro Bardají; todavía es menos satisfactoria su presentación de las Observancias y Determinaciones. La situación es especialmente paradójica porque tanto Molino como Bardají mantienen esas Determinaciones o Decisiones como reglas deducidas del Fuero de Aragón y equiparables a los propios Fueros de Cortes<sup>9</sup>. Podríamos resumir diciendo que estamos ante una sofisticada construcción implícita, pero cuya parte explícita es bastante elemental y poco estable; a este resultado se llega por las condiciones en que el modelo se produce desde 1247 hasta la mitad del

<sup>7</sup> Sobre el concepto Fuero de Aragón he publicado recientemente varios trabajos; creo que los puntos de acceso más directos a estos análisis se encuentran en: *Fueros y Libertades del Reino de Aragón. De su formación medieval a la crisis preconstitucional (1076-1800)*, Zaragoza: Rolde de Estudios Aragoneses, 2007.

*Aragón, nacionalidad histórica. La declaración del Estatuto de 2007, su fundamento y efectos constitucionales*, Zaragoza: Gobierno de Aragón; Vicepresidencia del Gobierno, 2009. El análisis más completo: «La intervención de la Corte del Justicia y las Cortes del Reino en la formulación del Fuero de Aragón» en *Cuarto encuentro de estudios sobre El Justicia de Aragón* (Zaragoza, 16 de mayo de 2006), pp. 133-154.

<sup>8</sup> Josep CAPDEFERRO PLA «Práctica y desarrollo del derecho en la Cataluña moderna: a propósito de la jurisprudencia judicial y la doctrina» en *Juristas de Salamanca, siglos xv-xx*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2009, pp. 235-258.

<sup>9</sup> Ibando de BARDAJÍ, *Summa de los fueros y observancias del Reyno de Aragón y de las determinaciones y practicas referidas por Micer Miguel del MOLINO en su Repertorio*, Zaragoza: Juan de Altaaque, 1587.



siglo xv. No es de extrañar que la doctrina del siglo xix no percibiese esos matices y aplicase directamente su esquema contemporáneo: ley, jurisprudencia y costumbre. Identificaron como «ley» los Fueros de Cortes y aquellas otras normas que compartían apariencia con las leyes (expresión de la voluntad de una autoridad normativa, con texto «legible» y con propósito general); las Observancias se convirtieron en la manera en que las Cortes de justicia aplicaban los Fueros de Cortes; todo lo que no encajó en el concepto ley o jurisprudencia quedó convertido en costumbre a la que, por esta asimilación, dieron una relevancia muy superior a la que tuvo durante el periodo de Fueros y Observancias lo que en sentido estricto debe llamarse costumbre.

## 2. LA BÚSQUEDA DE UN MODELO NORMATIVO ENTRE JAIME I Y JAIME II

¿Cómo se aprobaron los primeros Fueros de Aragón? Los orígenes del cualquier sistema institucional son importantes; en casos como el aragonés resultan determinantes en la medida en que nos encontramos ante un modelo caracterizado precisamente por la rígida representación del momento fundacional: desde el siglo xv es generalmente aceptado que hay elementos del sistema constitucional aragonés fijados en su origen y que, en la práctica, escapan a cualquier posibilidad de modificación<sup>10</sup>.

Una primera cuestión que deberemos resolver es que el modelo constitucional aragonés tiene dos orígenes, el real y el imaginado; unas veces se superponen hasta confundirse, otras se diferencian. La fundación imaginada del Reino de Aragón es la que se deduce de la explicación basada en Fueros de Sobrarbe; esto nos sitúa en un momento muy próximo a la invasión musulmana y en un lugar geográfico situado en la línea de arranque del Pirineo, pero moviéndose entre Roncesvalles y Aínsa, pasando –naturalmente– por San Juan de la Peña. Si buscamos el origen real entiendo que todas las decisiones que definen el modo de gobierno y administración aragoneses son posteriores a 1240. Algo semejante ocurre con el Justicia: aunque Blancas sea capaz de crear una lista imaginada de Justicias que llegan hasta la misma época en que se deben encontrar los Fueros de Sobrarbe, las noticias ciertas de una institución con todos o la mayor parte de los elementos que consideramos definitorios no consiguen remontar más allá del reinado de Pedro III; Juan Jiménez Cerdán, protagonista de la construcción de las explicaciones legendarias, cuando tiene que dar una lista de Justicias que acredite la condición originaria de su jurisdicción no consigue rebasar ese momento final del siglo xiii.

Cuando la doctrina constitucional aragonesa desde el siglo xvi remita a las condiciones establecidas en la fundación del Reino, vinculantes para el

---

<sup>10</sup> Jesús MORALES ARRIZABALAGA, *Fueros y Libertades del Reino de Aragón. De su formación medieval a la crisis preconstitucional (1076-1800)*, Zaragoza: Rolde de Estudios Aragoneses, 2007.

Rey y prácticamente indisponibles, unas veces aluden a decisiones de Jaime I y algunos otros reyes ciertos de la baja edad media, otras veces llevan a ese acuerdo fundacional suprabense. El resultado final es la construcción de una imagen continua en la que prácticamente el tiempo intermedio no existe ni hay decisiones significativas que perfilen el sistema de administración y gobierno de Aragón. En un análisis más detallado podremos ver que la aportación deducida de Sobrarbe se refiere al origen de las dos instituciones nacidas de ese acuerdo fundacional –Rey y Justicia– y sus jurisdicciones, mientras que los actos concretos de Jaime I y sus sucesores serán considerados como definitorios de las condiciones en que actúan las Cortes que, sin afirmarlo directamente, aparecen como institución que ocupa el lugar de la asamblea fundadora.

Todas las explicaciones posteriores sobre qué sea la ley en Aragón, cómo se legisla y similares, buscarán la contestación en palabras o hechos de esos dos momentos o esfuerzos fundacionales que, como digo, suelen representarse de manera unitaria. A Jaime I corresponden las primeras decisiones documentadas para el desarrollo de una estructura que permita el ejercicio reglado de la jurisdicción del Rey; esta ordenación de la actividad jurisdiccional, en mi opinión, se realiza en tres niveles:

1. Reglas de Organización Judicial, que definen la actuación de las partes y del juez durante el proceso.
2. Criterios materiales que expresan la voluntad del Rey y que el juez delegado debe utilizar en sus decisiones.
3. Reglas de articulación entre los niveles del sistema: criterios de reparto del conocimiento de las causas, mecanismos de revisión o apelación, etc.

Si se comparte este análisis vemos que lo que solemos presentar como aprobación de los Fueros de Aragón queda encajado en un plan de actuaciones más amplio, con un sesgo más judicial que normativo: más *reglas mediatas* que órdenes inmediatas del Rey a los súbditos, los Fueros son órdenes del Rey a sus jueces que, indirectamente, condicionan la actuación de los súbditos en la medida que quieran ver amparadas sus decisiones en una eventual reclamación ante la justicia regia<sup>11</sup>. Si esta hipótesis es correcta, deberá tener su reflejo en los mecanismos mediante los cuales esas normas mediatas adquirirían eficacia y se hacían exigibles.

El sistema aragonés de Fueros y Observancias se estabiliza en el reinado de Jaime II; en concreto, creo que a partir de 1301 están definidos todos los elementos básicos del modelo. Para reconstruir lo sucedido entre 1247 y 1300

---

<sup>11</sup> El carácter judicial de los Fueros de Aragón fue destacado por Jesús LALINDE. Los Fueros de Aragón, Zaragoza: Librería General, 1976, p. 61. Su análisis fue confirmado y desarrollado por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Vidal Mayor, un Libro de Fueros del siglo XIII» en *Vidal Mayor. Estudios*, Huesca: Instituto de Estudios Altoaragoneses, [1989], pp. 43-81. Forma parte del tomo que acompaña a la reproducción facsimilar de la misma fecha y edición.

BIVIDA: [http://www.bivida.es/es/catalogo\\_imagenes/grupo.cmd?path=100956](http://www.bivida.es/es/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=100956).

tendremos que hacer frente a una gran inestabilidad de textos y versiones, que se retroalimenta con la indefinición de los conceptos fundamentales. La experimentación de varias soluciones y sus correspondientes fracasos va acompañada de una exploración de los conceptos raíz: la ley y el rey legislador. ¿Qué es la ley en Aragón?, ¿cómo se forma?, ¿en qué se fundamenta su fuerza vinculante?, ¿a quién corresponde su administración? Estas preguntas y otras similares van teniendo respuestas muy distintas hasta que, a partir de 1301, se llega a una construcción institucional aceptable por los principales intereses en conflicto.

Entre 1247 y 1300 tendremos que situar no menos de siete actuaciones relevantes en el proceso de formación de los Fueros de Aragón o, para ser más exactos, del fuero real de Aragón. Es el camino que se recorre desde una posición inicial en la que el Rey es ajeno a los Fueros hasta un resultado final en que se han convertido en norma del Rey. Éstos son los textos y actuaciones cuya secuencia debemos reconstruir, porque solamente podremos representarnos el proceso de decantación de las nociones de ley y legislador en la medida que acertemos en esa reconstrucción:

1. Los Fueros aprobados en la Corte General de Huesca, 1247.
2. El encargo a Vidal de Canellas para que haga una *compilación derechurera* de los Fueros.
3. La obra de Vidal de Canellas, el decreto de aprobación y su prólogo.
4. La versión apócrifa que conocemos como Vidal Mayor.
5. Los Fueros de Aragón en la versión contenida en el Manuscrito de Miravete de la Sierra.
6. La versión romance de Fueros de Aragón utilizada por Jimeno Pérez de Salanova por encargo de Jaime II para preparar su versión latina.
7. La versión latina de Fueros de Aragón, reducidos de nueve a ocho libros.

No es ahora el momento de reproducir un análisis detallado de estos textos; necesitamos únicamente recordar los elementos más decisivos para que esta reconstrucción nos permita recomponer el camino seguido en el proceso de definición de la noción «Fuero de Cortes» y todos los conceptos relacionados con la ley y el legislador en los cuales se sustenta.

En mi opinión, considero seguras las siguientes afirmaciones:

1. La ordenación de los Fueros de Aragón según un criterio sistemático corresponde a Vidal de Canellas. Utiliza, según su propia declaración en el prólogo *Cum de Foris*, el orden del *Códex de Justiniano*, pero no en su estructura originaria de doce libros, sino en el formato medieval de nueve.

1.1 La *Compilación derechurera* realizada por Vidal de Canellas estaba redactada en latín, organizada en nueve libros y en su texto incorporaba abundantes interpolaciones procedentes de la cultura del *Ius Commune*, pero también de otras fuentes de sabiduría medievales que no hemos intentado identi-

car. El texto resultante es aprobado como norma del Rey por Jaime I mediante el decreto *In Excelsis*

1.2 La obra que conocemos como *Vidal Mayor* no es de Vidal de Canellas. Probarían esta afirmación los errores de traducción identificados por Jesús Delgado, las manipulaciones de que es objeto el propio prólogo *Cum de Foris* (en que Vidal de Canellas, como Triboniano, explica el encargo recibido y el método y las opciones técnicas seguidas). De hecho, como he desarrollado en trabajos anteriores, creo muy poco probable que esta versión apócrifa se hiciera en vida de Jaime I y casi imposible que llegase a verla Vidal de Canellas, que muere en 1252.

No obstante, las intervenciones voluntarias realizadas sobre el texto han sido superficiales afectando únicamente a las referencias explícitas al Derecho o Justiniano; el resto de la obra, en su conjunto, creo que quiso ser fiel al original.

2. El decreto *Nos don Jaime* mediante el que Jaime I aprueba lo decidido en la Corte General de Huesca de 1247 fue redactado originariamente en romance.

2.1 El decreto *Nos don Jaime* nunca aprobó la compilación *derechurera* de don Vidal, iniciada después que esa Corte de 1247 concluyera su tarea normativa. Su utilización en el *Vidal Mayor* es una manipulación exigida por la supresión del decreto *In Excelsis* que aprobó la obra original de don Vidal.

3. El prólogo *Cum de foris/Como de los Fueros*, es incoherente con las versiones que llamamos breves de la compilación de Fueros. Cuando en él se alude a la organización en ocho libros de la compilación, es un texto manipulado.

Considero muy probables las siguientes:

1. Vidal de Canellas no tiene una intervención cualificada en la Corte General de Huesca de 1247.

2. En la Corte General de Huesca de 1247 no se discute ni aprueba ningún texto o borrador organizado sistemáticamente. En este caso, creo que la información mas precisa del procedimiento seguido es la que ofrece el prólogo del manuscrito de Miravete.

Este tipo de intervención –las distintas personas o corporaciones van leyendo textos de sus fueros y el rey se va pronunciando sobre la lectura– corresponde con la información ofrecida en el manuscrito JJ.OO. de Biblioteca Nacional de París. Aunque Molho lo editó como adaptación de Fuero de Jaca a los Fueros aprobados en Cortes de 1247 creo que son, en realidad, los únicos acuerdos de esas Cortes<sup>12</sup>. Tal vez el texto no sea completo (aunque no tenemos razón para pensarlo) pero en todo caso, creo que las actuaciones de 1247 fueron únicamente de este tipo.

<sup>12</sup> Mauricio MOLHO, *El Fuero de Jaca. Edición crítica*, Zaragoza: Escuela de estudios medievales; Instituto de estudios pirenaicos, 1964, pp. 196-197

El decreto Nos don Jaime que cierra este manuscrito parisino me parece la versión original o más próxima al original del decreto mediante el cual Jaime I convirtió en norma del rey los Fueros leídos y discutidos en la Corte de 1247.

3. La compilación derechojera es rechazada (reprobata, dirán desde el siglo xv) pero se tuvo conciencia del mérito y utilidad del esfuerzo técnico de depuración y ordenación de los fueros dispersos en libros de los que se tuvo conocimiento en la Corte de 1247 y, rebajadas las aristas políticamente menos aceptables, se intentó salvar el contenido.

Creo que en este punto se siguieron dos estrategias: una que conduce a Vidal Mayor intentando mantener la obra en su práctica integridad, y otra que conduce a versiones romances de fueros de Aragón, organizados en nueve libros, pero mucho más reducidos que la original porque han suprimido todos los añadidos conceptuales realizados por don Vidal. Es muy probable que el manuscrito de Miravete sea una de las versiones realizadas siguiendo el segundo enfoque: partiendo del texto de Canellas esos foristas y ancianos reharían el libro de fueros. Creo poco probable que el resultado fuese aprobado en Corte General, ni de Ejea ni ninguna otra; más bien pienso que se trata de una redacción para uso de algún órgano jurisdiccional, muy probablemente el Zalmedina de Zaragoza.

4. El encargo a Vidal de Canellas para la realización de la compilación derechojera es decisión personal de Jaime I; esta es la lectura más sencilla del decreto In Excelsis y del prólogo Cum de Foris. El decreto Nos don Jaime que aparece en el manuscrito de Miravete de la Sierra ofrece una versión distinta, aunque creo que en modo alguno incompatible<sup>13</sup>.

El proceso de formación de la compilación derechojera se hace en dos esfuerzos; en primer lugar en la Corte plenera de Huesca de 1247 se leen y confirman libros de fueros, suprimiendo reglas, introduciendo modificaciones y añadidos. A continuación «pregamos e mandamos a don Bidal... que el en fiziesse de todos un libro bueno e ordenado...».

Los verbos aparecen en plural, lo cual orienta hacia una decisión que el Rey comparte con los asistentes, pero no podemos descartar un plural de tipo mayestático:

*«En aquel logar fiziemos venir e aportar delant nos e delant toda la corth todos los libros biellos de los fueros... Aquí fueron leydos e esputados con consello e con voluntat de todos e confirmados todos aquellos fueros que eran buenos a semblant de todos e tallamos e trencamos aquellos que no nos semellaron buenos ni eran razonables e feçiemos en muytos de nuevos, aquellos que eran menester. Por ont, todos los fueros viellos e nuevos pregamos e*

---

<sup>13</sup> Antonio GARGALLO MOYA, *Los Fueros de Aragón [según el ms. del Archivo Municipal de Miravete de la Sierra (Teruel)]*, Zaragoza: Anubar, 1992.

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA; [Antonio GARGALLO MOYA], *Un prólogo romance de los Fueros de Aragón: El Manuscrito de Miravete de la Sierra*, [Zaragoza]: El Justicia de Aragón, [diciembre de 1991]. El libro contiene reproducción fotográfica de las primeras pp. del manuscrito, que utilizó para la transcripción con ligeras variantes de la propuesta por Antonio GARGALLO en este libro y en la edición completa de ANUBAR.

*mandamos a don Bidal, bispe de Uesca, que él en fiziesse de todos un libro bueno e ordenado. E con consello e voluntat e con ayuda de buenos foristas e ançianos fiço aquest libro bueno e ordenado e verdadero. E después, quando lo ovo feyto del todo e acabado, fiziesmos lo provar e emendar todo de cabo delant nos en Exeya, en cort plenera, e trobamos de consello e de voluntat de todos que el libro era bueno e verdadero»*

Recordemos que don Vidal muere en 1252 y que la primera reunión de Corte en Ejea de la que tenemos alguna noticia o indicio es varios años posterior, de lo cual debemos deducir que la información proporcionada en este texto es muy creíble, pero no puede tomarse literalmente. La secuencia es, en términos generales, verosímil pero la intervención ordenadora de Vidal y la de esos foristas y ancianos creo que no fue simultánea: entran a partir del texto de don Vidal, probablemente cuando éste ya ha muerto, y hacen una versión estrictamente foral (suprimidos completamente los muy extensos añadidos de derecho introducidos por don Vidal) en que mantienen en lo fundamental la distribución sistemática de la obra del Obispo de Huesca.

#### LA MANERA DE CONCEBIR LA LEY Y EL LEGISLADOR, CAUSA DEL FRACASO DE LA COMPILACIÓN ELABORADA POR VIDAL DE CANELLAS Y APROBADA MEDIANTE EL DECRETO IN EXCELSIS

Si analizamos los textos que consideramos correspondientes a este periodo de inestabilidad situado entre 1247 y 1300, encontraremos dos modelos normativos expresados en los correspondientes Decretos de aprobación: Nos don Jaime/Nos Jacobus e In Excelsis. Dentro de los correspondientes a la serie Nos don Jaime podremos apreciar variantes significativas, asumiendo que ninguna de las versiones conocidas coincide precisamente en esta parte sustancial.

*In Excelsis*<sup>14</sup> es el decreto mediante el que Jaime I aprobó la compilación derecho de los Fueros de Aragón redactada por Vidal de Canellas, no sabemos si personal e individualmente o con la asistencia de algunos tratadores: esos buenos foristas y ancianos de los que se habla en el manuscrito de Miravete. No es la primera intervención de Jaime I aprobando fueros de Aragón; ésta se produjo en Corte de Huesca de 1247. Entre la primera y la segunda hay un cambio radical de modelo normativo que es, en mi opinión, una de las dos causas de su rechazo por los beneficiarios del statu quo aragonés; la otra creo que es la apariencia demasiado jurídica, la presencia explícita del *Ius Commune*,

<sup>14</sup> Jose Luis LACRUZ BERDEJO, «Dos textos interesantes para la historia de la Compilación de Huesca» *Anuario de Historia del Derecho Español*, 18 (1947) pp. 531-541. El texto *In Excelsis*: 538-540; Cum de Foris: 540-541. [http://www.bivida.es/es/catalogo\\_imagenes/grupo.cmd?path=101228](http://www.bivida.es/es/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=101228).

Antonio PÉREZ MARTÍN, «La primera codificación oficial de los fueros aragoneses: las dos compilaciones de Vidal de CANELLAS» *Glossae*, 2 (1989-1990), pp. 9-80. *In Excelsis* en 46-47; Cum de foris: 48-49.

que llevaba asociado un modelo monocrático que se quiso evitar<sup>15</sup>. Los nobles juzgarían con las reglas hasta entonces conocidas –que empiezan a identificarse como costumbre de Aragón o Fuero de Aragón– mientras que en una eventual apelación, el Rey con los juristas que le acompañan, aplicarían esta versión romanizada de los fueros; por este mecanismo se produciría un vaciamiento de la actividad judicial de la nobleza.

«[1] In excelsis Dei thesauris, cunctis operibus foelicior sapientia gloriatur cuius sceptri summitas irradiens universa, fontæ gratia madefacta irrorando quæ respicit fomenti beneficio, singulis salutis tribuit incrementum; huius ergo roris stillarum dulcedine delebuta machina fabricæ mundinalis, gaudet singulis quæ continent hoc vere investigabili ordine proportionaliter derivato. Horum ergo de minimo, *Nos, Iacobus, rex Aragonum ...*

[2] ... videntes foros Aragonum in foristarum manibus sicut gladium ancipitem in manibus furiosi, eo quod sine scripto et aliqua certitudine fori scientia, imo potius dementia haberetur, decente quolibet facillimo forisperiti nomine adquisito id esse forum, quod magis cederet suae arbitrio voluntatis, prout ventus praetii, timoris, odii, vel amore eius anime ingluvie rapiebantur illius scientia supervalente, ... ex quo in iudiciis tanta perturbatio habebatur, quod forisperiti non oratores sede declamatores potius viderentur, subditorum nostrorum duximus miseris miserendum, dolentes nostri et nostrorum antecessorum praeteriti temporis curricula, sub tanto discrimine defluxisse.

[3] Quare episcoporum, optimatum, militum et civium, apud Oscam convocata curia generalia, omnium unanimiter consilio requisito, resecentes superflua, reparantes collapsa et utilia adiungentes, fori tradidimus sub compendio disciplinam, cuius compilationem venerabili et fideli nostro V. episcopo oscensi, viro utique erudito, provido et discreto, duximus commitendam, iniungentes eidem ut fori substantia conservata, quæ ad ornatum et bene esse fori scientiae sibi facere iudicaret iuxta discretionem sibi a deo datam operi duceret inserendum.

[4] Libro ergo ab ipso laudabiliter compilato et foeliciter consummato, omnibus nostri subditis infra fines Aragonum constitutis, tam praesentibus quam futuris, *praecipimus, iniungimus et mandamus*, ut tam in iuditiis quam extra iuditia praedictum librum et omnia quæ in eo scripta sunt amplectantur, recipiant et sequantur, postulantes, consulentes et iudicantes, secundum censuram huius libri in omnibus procedendo.

---

<sup>15</sup> Jerónimo ZURITA narra algunas quejas nobiliarias producidas en 1264 que pueden hacer pensar que en ese momento todavía el Rey aplicaba o pretendía aplicar la Compilación derecho-dera, su Fuero Real, al que los nobles se refieren como «derecho común y decretos» es decir, derecho romano y canónico– «Quejábanse que habiendo los ricos hombres de juzgar los pleitos como era costumbre antigua de Aragón, los determinaba el rey por el derecho común y decretos; y eran gobernadas las leyes del reino a su albedrío habiendo sido establecidas para que ellas rigiesen» *Anales*, III, cap. 66.

Los ricos hombres eran jueces antiguamente en Aragón; juzgarían con las reglas hasta entonces conocidas –que empiezan a identificarse como costumbre de Aragón o Fuero de Aragón– mientras que en una eventual apelación, el Rey con los juristas que le acompañan, aplicarían esta versión romanizada de los fueros; por este mecanismo se produciría un vaciamiento de la actividad judicial de la nobleza.

[5] In his autem quando casus expressus contentus opere se non duxit, extendendo alicui de contentis, si natura negotii hoc deposcit, adaptetur, nam cum omnes casus sit impossibile exprimi in hoc foro, ubi forus deficit de similibus ad similia procedendum <est>; ubi autem nec consilimitudo poterit reperiri, per probabiles rationes et naturales sensu hominum tam in allegationibus et sententiis quam in quibuscumque aliis negotiis procedatur.»

He dividido el texto en cinco piezas argumentales a las que he añadido un número para facilitar la referencia; la estructura encaja con un esquema retórico convencional. El primer bloque es una invocación del origen divino del poder y del orden de las cosas; el segundo nos presenta unos foristas que convierten en fuero su voluntad –en ocasiones mediando precio u otra circunstancia que hace especialmente reprochable su actuación– con efectos negativos en los juicios fundados en esta arbitrariedad y con daño a los súbditos. A continuación en el bloque tercero Jaime I cuenta el procedimiento seguido: iniciado en la Corte general de Huesca de 1247, completado con el encargo a Vidal de Canellas y concluido cuando éste entrega el resultado de su trabajo añadiendo a lo aprobado en Huesca lo que según su sabiduría y criterio pareció conveniente. El párrafo cuarto es la fórmula mediante la cual Jaime I convierte en norma del Rey la obra de Canellas; el quinto, finalmente, expresa los criterios interpretativos –analógicos, por cierto– que deben aplicarse sobre el texto<sup>16</sup>.

A los efectos de nuestro estudio la información principal la proporciona el 4 (Libro ergo...). La autoridad normativa es el Rey; a pesar del ambiguo uso del plural (praecipimus, iniungius et mandamus) creo que en este caso los verbos elegidos exigen una autoridad bien perfilada, condición que la agregación de la autoridad del Rey con las Cortes todavía no tiene en torno a 1250, fecha probable del texto. Los súbditos son destinatarios directos y principales de la orden; el ámbito de aplicación es tanto judicial como extrajudicial.

No hay fórmula de sanción en que se expresen las consecuencias del incumplimiento de la orden del Rey.

El decreto *Nos don Jaime*, que aprueba como norma del Rey lo actuado en Cortes de 1247, estuvo inicialmente redactado en romance; su versión a latín debe realizarse por Jimeno Pérez de Salanova, dentro del encargo general que Jaime II le hace de llevar a latín –y homogeneizar– los textos de distintas lenguas romances originales. Éstos son los elementos sustanciales de la redacción JJ.OO. que considero original o más próxima al original

«[1] *Nos, don Jagme, per la gracia de Deu rey d’Aragon, de Mayorgas y de Valencia, Compte de Barçalona e d’Urgel y seynnor de Montspeler, ... per ço que ls nostros feytz sian feytz plus saviament, e ls Fueros d’Aragon anaden y trahen y exponen y profitosament emendantz, en la ciutat d’Osca general Cort mandamos aplegar.*

<sup>16</sup> Jesús MORALES ARRIZABALAGA, «Formulación y hermeneútica de la foralidad aragonesa (1247-1437)» en *Estudios de Derecho Aragonés*, Zaragoza: Rolde de Estudios Aragoneses; Colegio de Abogados de Zaragoza, 1994, pp. 47-99. [http://www.bivida.es/es/catalogo\\_imagenes/pup.cmd?path=101056](http://www.bivida.es/es/catalogo_imagenes/pup.cmd?path=101056).



[2] *A la qual ... los Fueros d'Aragon, así com per moltz escriutz de nostres antecessors los trobams, en nostra presencia fazemos legir. Totas las cosas dels quals gardadas o las sobrefluitatz treytas o las no profitosas complidas, e.l que no deçia ben o era escur per conuinentz enterpretacions expost sotz volumen e certans titols.*

[3] *dels anticx fueros algunas cosas moviemos y corrigiemos e la escu-ritat d'aquels declaramos, lo cosseyll y la esmança de todas las devant ditas personas de tot en tot atorgant per aquestos fueros en moltas cosas*

[4] *Per aquels alguna cosa no acrexem <a la nostra seynnoría> ni delas acceptables franqueças dels nostros sotzmessos delivran.*

[5] *Em per ço, en la vertut de la nostra fe, a totz los baylles, iusticia e çavalmedinas, iuratz, iutges, alcaydes, iuncters y officials, aquels que offici de conoxer y de iutgar pleytz es delivrat i comandat, y a totz los nostros fidels mandamos que aqetz Fueros solament usen en totas las cosas de totz los pleytz y en las terminacions d'aquels.*

[6] *Mas pero on los davant ditz Fuers non abondaran, al natural sen y mesurança corra hom.*

[7] *Mas a certas qui contra aquels venran assi com crebantadors y desonradores de la nostra maïestat, segontz la devida pena seran tormentatz.»*

Hemos seleccionado las partes que entendemos sustanciales del decreto y añadido números para cada pieza argumental. También he optado por una puntuación mas coherente con mi lectura, aunque alejada de las reglas usuales de edición; los puntos introducidos deben ayudar a marcar las partes del discurso.

Comienza con la expresión de la oportunidad [1] y del método seguido en la Corte: se van leyendo distintos textos y sobre cada uno de ellos el Rey se pronuncia confirmando, añadiendo, desarrollando... Estas intervenciones sobre los fueros antiguos se hicieron con «lo cosseyll y la esmança de todas las devant ditas personas».

El mandato es directo a los jueces y oficios jurisdiccionales, indirecto para los súbditos [5]. El ámbito de aplicación es institucional o judicial: no se incluye la mención a la obligación de usarlos fuera de juicio. El fundamento es el juramento de fidelidad que se le ha prestado; ésta creo que es la lectura que debe hacerse de la frase: *en la vertut de la nostra fe* (en la versión latina: *In virtute itaque debita nobis fidei*).

El párrafo que marcamos como [6] proporciona criterios de interpretación. Finalmente en este caso sí hay fórmula de sanción [7]: *qui contra aquels venran assi com crebantadors y desonradores de la nostra maïestat, segontz la devida pena seran tormentatz.*

Destacar que se declara expresamente que con la intervención de Rey en las Cortes de 1247 no se deriva incremento de la autoridad del Rey ni detrimento de las franquezas de los súbditos o liberación del Rey de las obligaciones contraídas por él o sus antecesores: *Per aquels alguna cosa no acrexem <a la nostra seynnoría> ni de las acceptables franqueças dels nostros sotzmessos delivran.*

La comparación entre In Excelsis y Nos don Jaime desde el punto de vista del modelo normativo subyacente es elocuente. Los asistentes a Cortes han debido quedar muy satisfechos al conocer el decreto Nos don Jaime y desde luego sorprendidos con el cambio radical introducido por Jaime I mediante In Excelsis. Creo que en fecha muy próxima a su aprobación el decreto In Excelsis desaparece de la memoria de los aragoneses. La versión romance Vidal Mayor lo ha cambiado por una versión bastante literal del decreto Nos don Jaime de 1247.

A partir de aquí, todas las versiones posteriores, incluso la latina que pasará a considerarse oficial, mantienen el modelo normativo de Nos don Jaime: mandato directo a oficiales y sólo indirecto a súbditos; ámbito judicial (iniungimus quod his foris tantum utantur in omnibus et singulis causarum discussionibus et terminationibus earundem) y fórmula expresa de sanción (tanquam reos laesae maiestati nostrae animadversiones per debite puniemus). En nada se ha aprovechado la intervención para incrementar la autoridad del Rey o disminuir los derechos de los súbditos; una de las versiones latinas introduce el término «libertades» para describir las posiciones jurídicas de los aragoneses:

*«... Dominio nostro per eos nihil accrescendo penitus, nec subditorum nostrorum libertatibus acceptabilibus detrahendo.»*

Hay cambios relevantes únicamente en los términos utilizados para expresar el tipo de intervención de los asistentes a Cortes reforzando la concurrencia de voluntades: consilio et convenientia. La asmanza de que habla el manuscrito JJ.OO. y su adaptación en Vidal Mayor –que podía quedar como una conformidad genérica– adquiere perfiles jurídicos más nítidos como prestación de consentimiento. Nos don Iaymes, versión que precede a Vidal Mayor, utiliza una fórmula más descriptiva: «con bueno et sano conseillo et la semeillança et asmança de todas las devanditas personas de todo en todo aytorgant». La doctrina del XVI convierte en regla estas fórmulas de la serie Nos don Jaime/Nos Jacobus: fori et acta Curiae non fiant nisi de consensu omnium<sup>17</sup>.

Jaime I ha ensayado dos modelos normativos. El que fundamenta In Excelsis pertenece más a la cultura del condere, la decisión creadora del monarca; el referente de Dios y su poder organizador, alimentan el intento de emulación del Conditor Orbis; la voluntad del Rey se hace Ley y ésta obliga con carácter general. Por su parte, Nos don Jaime exige la neutralidad de la intervención del Rey respecto de lo que existe: ni puede mejorar su posición ni empeorar la de los súbditos; si aceptamos que el manuscrito JJ.OO. corresponde mejor que cualquier otro con esa primera intervención en Corte de Huesca de 1247, el tipo de verbos que utilizan para describir las actuaciones ofrece una imagen de actuación dependiente del Rey en relación con lo que existe; el Rey no «crea» las normas. De hecho no razonan en términos normativos sino de derechos subjetivos corporativos: estos son los fueros que tene-

<sup>17</sup> BARDAJÍ, *Commentarii*, 25.II.

mos los que pertenecemos a este grupo y que el Rey no puede disminuir ni dañar. Tendrá que pasar un tiempo para que el conjunto de esas posiciones –unas veces basadas en título, la mayor parte carentes de él– se conviertan en el Fuero de Aragón y para que las libertades de individuos o grupos se engloben en las Libertades del Reino<sup>18</sup>.

### 3. LA DOBLE VÍA CURIAL DE EDICIÓN DEL FUERO DURANTE S. XIV-XV: FUEROS DE CORTES; OBSERVANCIAS Y DETERMINACIONES

#### LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DESDE EL REINADO DE JAIME II HASTA PEDRO IV. LOS FUEROS CONSTITUCIONALES

Los textos de Cortes del año 1300 demuestran que la tensión entre esas dos concepciones (Ley-Fuero; *condere-edere*), sigue sin resolverse. En 1301 la dualidad se ha resuelto en el plano formal dando entrada a una fórmula pactista.

Se configura técnicamente la ley de Cortes como norma cuya fuerza vinculante exige la concurrencia del consejo y consentimiento de todos los presentes: *Rex non potest condere foros sine consensu populi, secus de jure*<sup>19</sup>.

Para evitar el nombre «ley» que iba entonces asociado con una forma de concebir la autoridad del Rey, deciden utilizar el término «Fuero de Cortes» o simplemente «Fuero». Toman una palabra que se usaba para referirse precisamente a las normas de tradición, cuya autoridad no dependía del Rey. Tenemos la impresión de encontrarnos ante el fruto de un acuerdo político con intercambio de beneficios: Jaime II consigue el apoyo de una parte de las personas y grupos que habían mantenido en el pasado una actitud hostil; por su parte, asume el Fuero de Aragón (y no el derecho romano) como principio de su acti-

---

<sup>18</sup> El término lo consagra Miguel del MOLINO convirtiéndolo en voz de su Repertorio; a partir de entonces será cita obligada en casi cualquier análisis de carácter general sobre la ley y el legislador en Aragón. Miguel del MOLINO, *Repertorium fororu[m] [et] obseruantiarum regni aragonum: vna pluribus cum determinationibus consilij iusticie aragonum practicis atq[ue] cautelis eisdem fideliter annexis*, Impressum ... in Cesaraugustana ciuitate ...: arte vero [et] industria Georgij Coci..., 1513.

La edición más común es la de 1585, actualizada por Miguel PÉREZ DE BORDALVA, por encargo de la Diputación: *Repertorium fororum et obseruantiarum regni Aragonum: vna pluribus cum determinationibus consilij iusticie aragonum practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis...: additae aliquae nouae forales dispositiones ... / In hac quoq[ue] tertia editione ... eiusdem auctoris apostillae ... additae ... / per Ioannem Michaellem Perez a Bordalua... ex commissione ... dipputatos Regni Aragonum, Caesaraugustae: ex officina Dominici á Portonariis...*, 1585. Aunque faltan estudios de detalle, las voces que he manejado más intensamente utilizando las versiones de todas las ediciones revelan que las aportaciones y modificaciones posteriores al propio MOLINO son escasas y, hasta donde he visto, sin afectar ninguna de las conceptualizaciones originales.

<sup>19</sup> BARDAJÍ, *Commentarii*, §22 del comentario al Privilegio General, fol 25-IV y siguientes.

vidad normativa dotándole con ello de una más clara legitimidad y comprometiéndose en la garantía de su cumplimiento.

En 1301 consigue la pacífica aceptación de las prerrogativas reales en orden a la creación de leyes por parte del monarca: el Fuero de Aragón, texto cuya formación había sido fundamentalmente ajena a los reyes, se formula ahora con el acuerdo y la voluntad de los llamados a Cortes, renovándose mediante un procedimiento de naturaleza legislativa que el Rey dirige y, dentro de márgenes razonables, controla.

Formalmente quedan establecidas las bases para la solución en el plano legal de las dificultades que origina la conjunción entre el derecho regio y la foralidad; conseguirlo en la práctica judicial será, como en Castilla, algo más complejo. El nombramiento de jueces por el Rey, el correcto funcionamiento de un sistema de apelaciones, el desarrollo de las causas reservadas, etc., son temas que van perfilándose con lentitud.

En el ámbito de la definición de la iurisdicción, el monarca aragonés, obligado a aceptar los instrumentos y Cartas de donaciones y cambios, no consigue una clara recuperación del monopolio del Mero Imperio y, con ello, se abre el camino a órdenes jurisdiccionales que escapan de su control. La rotunda reserva de la más alta jurisdicción contenida en los textos del reinado de Jaime I tiene ahora tantas excepciones que difícilmente puede ser reconocida como regla. Los primeros y principales beneficiados de este traspaso de autoridad política (*translatio potestatis*) son los nobles y las ciudades.

Esta iurisdicción arrebatada al Rey habitualmente no encuentra fundamento en ninguna ley ni instrumento; el Privilegio General ampara las cartas de donación o permuta de jurisdicción, pero nada le ampara a él mismo. Para evitar la tacha de usurpación ilegítima, y la precariedad que generaba, quedaban abiertas dos puertas: fundar ese uso jurisdiccional en costumbre o, con mayores límites, en prescripción. El Justicia y su Consejo, durante las primeras décadas de su actuación, se convierten en la instancia que declara y defiende derechos de todo tipo adquiridos por costumbre o prescripción prestando amparo a situaciones concretas que, de otra manera, quedaban al margen, en contra o más allá de fueros y privilegios. El objetivo final es garantizar la continuidad de las situaciones formadas al margen o en contra de la voluntad del monarca; para conseguirlo, el Justicia deberá extender y definir ampliamente su propia jurisdicción.

Para establecer el momento en que se produce la transformación de la Corte señorial en las Cortes de Aragón el primer paso es fijar qué entendemos por Cortes. En este punto mantengo un criterio que puede considerarse restrictivo, pidiendo la concurrencia de todas estas condiciones:

1. Reunión estable.
2. En la que interviene el depositario de la autoridad legislativa (en el Antiguo Régimen, el Rey).
3. Que tiene entre sus funciones principales la aprobación de normas de tipo legal.

4. Que tiene mecanismos para formular de manera inequívoca su voluntad colectiva.
5. Cuyas decisiones resultan vinculantes incluso para sus miembros con opinión discrepante o no asistentes.

Los aspectos más destacables de este análisis son los dos últimos. Hay muchas reuniones en que se discuten y acuerdan decisiones de la máxima relevancia para el gobierno de un territorio, pero que sólo vinculan a los asistentes (en persona o por representante) que presten su conformidad; es el modelo romano de consentimiento que tantos problemas plantea, por ejemplo, en el ámbito del derecho de los mercaderes. Para hablar de Cortes éstas han tenido que dar un paso y convertirse en algo más que la reunión de las personas que deben ser llamadas por el Rey para la adopción de grandes decisiones; debe superarse este nivel feudal. En Aragón este cambio se produce en 1300 y se ve en algo tan sencillo como las firmas que aparecen en los actos; hasta ese momento firman todos los asistentes que expresan su conformidad, desde 1301 firma el Secretario de las Cortes que certifica cuál ha sido la voluntad de la institución, haciendo abstracción de las personas conformes. En 1300 se han aprobado los fueros que articulan el cambio, especialmente el que convierte en obligatorio para todos los convocados lo decidido por la mayoría de los asistentes.

Siempre una reunión de estos tipos de Cortes tiene un componente de negociación y contraprestación; la diferencia está en que hasta 1300 el acuerdo necesario tiene rango político y jurídico, mientras que a partir de 1301 sólo es ya acuerdo político. Explicaré algo más esta idea. En ambos casos para llegar a una decisión habrá un juego de negociación con intercambio de contrapartidas; en el esquema feudal contractual, este acuerdo se materializa en un convenio, en una serie de convenios, de cada uno de los asistentes conformes con el Rey. A partir de 1301 no hay tal convenio sino una norma; las Cortes con el Rey adoptan una decisión que obliga con carácter general y con independencia de la conformidad o discrepancia.

Es verdad que en Aragón la fase de negociación política está muy reforzada y organizada, y que puede bloquear la que llamo fase normativa, pero me parece innegable que desde 1301 las decisiones de Cortes son formalmente normas de tipo legal y no contratos o pactos. Los brazos de las Cortes tienen bastantes mecanismos y oportunidades para impedir la aprobación de Fueros, pero cuando ésta se produce su conformidad es, desde el punto de vista de su cumplimiento, eficacia y exigibilidad, indiferente. Coloquialmente: nadie puede decir «este fuero no lo cumplo» o «este fuero dejo de cumplirlo».

En un uso riguroso de los conceptos creo que no existe la categoría «leyes pactadas» como especie del género «ley». Hay pactos o convenios, y hay leyes, pero no ese híbrido.

Naturalmente que podemos y debemos hablar de un pactismo en Aragón; basta con preguntarle a los Reyes del siglo XVI si creyeron en su existencia. Pero no veo fundamento para atribuir a los Fueros aprobados en Cortes natura-

leza convencional o contractual. Son leyes; leyes que no pueden aprobarse sin el consentimiento del Rey.

Leyes que vinculan al mayor de los poderes distintos al Rey, que no son los nobles, sino la Iglesia, las gentes de religión.

El régimen político aragonés es pactista, nítidamente pactista. Sin acuerdo de los cuatro brazos y el Rey no hay Fuero de Cortes, pero producida la aprobación de éste por el Rey, las negociaciones y transacciones que la han hecho posible se desdibujan, por que es ya una ley. Si fuese un contrato, el incumplimiento por una parte de sus obligaciones o compromisos, liberaría a la otra de los suyos; se podría pedir lo que llamamos resolución del contrato. No he encontrado nada parecido en relación con un Fuero de Cortes. Cuando los miembros de las Cortes creen que el Rey ha incumplido sus compromisos previos a la aprobación de los Fueros de Cortes, lo que hacen es presentar en la reunión siguiente un Cuaderno de Greuges, quejas, agravios, *doleánces*, semejante a los que tenemos en otros reinos. El efecto del incumplimiento del Rey opera hacia el futuro, no hacia el pasado: le amenazan con no aprobar más Fueros mientras no se dé satisfacción a esos incumplimientos: no veo que planteen la ineficacia de los Fueros aprobados. No pueden hacerlo, porque no son pacto, sino ley.

Nótese que hablo en todo caso de los Fueros de Cortes. Hay un ámbito en que sí se razona en términos de pacto jurídico, de contrato cuyo incumplimiento por una parte libera a la otra de sus obligaciones correspondientes. Es el caso del fuero fundacional, Fueros de Sobrarbe o como le queramos llamar; tendremos que dedicarle atención individualizada, pero cuando lleguemos a la fecha en que fueron inventados, un siglo largo después del momento que ahora estamos analizando.

Jaime II está redefiniendo la estructura institucional en la parte legislativa, no en la judicial. Completa la transformación de la Corte como reunión nobiliaria, en las Cortes como institución que forma su propia voluntad, que es algo más que la simple acumulación de las voluntades de los asistentes. También da nombre a las decisiones de tipo legislativo de las Cortes, y elige la palabra Fuero. Es una opción cargada de sentido político. Se evita el término ley (que podríamos considerar el nombre natural) porque se quiere marcar la diferencia respecto del modelo del derecho común; si mi análisis es correcto, Jaime II hace un esfuerzo consciente para evitar las palabras y los conceptos que provocaron el rechazo del Fuero real aprobado por Jaime I: nada de leyes, nada de derecho. No es fácil prescindir del referente romano; casi todas las palabras del lenguaje normativo de la época eran latinas. Elige la palabra Fuero; en el plano político esta opción le aporta grandes beneficios, bien es verdad que en el plano técnico normativo complica bastante la situación.

Jaime II, con los que hayan sido sus asesores en esta refundación del reino de Aragón, quiere conectar la actividad normativa de las nuevas Cortes con la experiencia jurídica aragonesa más enraizada. En la segunda mitad del siglo XIII, no sólo en Aragón, la ley del Rey y las normas de tradición (fueros) existentes antes de su intervención como legislador se perciben como antagonistas:

el Rey debía elegir entre fuero, legislación o derecho. Cuando Jaime II forma su fuero real decide usar el término Fuero para nombrar las leyes del Rey, está sugiriendo una aproximación, coincidencia y continuidad entre el derecho existente y el nuevo, entre el régimen de cosas anterior y lo porvenir. Es la misma idea que en Navarra se expresa mediante la palabra Amejoramiento. La irrupción del Rey legislador es ahora presentada como respetuosa y compatible con el estado de cosas altomedieval.

En este diseño continuista el Rey no está solo. Entre sus asesores creo que la mano principal de la reforma es Jimeno Pérez de Salanova, Justicia Mayor del reino. Él ha recibido el encargo expreso de rehacer los fueros antiguos, los que en ese momento se consideran aprobados por Jaime I. De esta refacción hemos sabido siempre que el Rey le ha encargado verterlos del romance al latín; desde los decisivos estudios de Antonio Pérez Martín creemos también que puede ser el responsable de la compresión de la obra original de Jaime I, transformando sus nueve libros en ocho, por el procedimiento de unir en uno los antiguos libros segundo y tercero. Este formato es el que han tenido los Fueros de Jaime I desde entonces, dando origen a todo tipo de problemas y confusiones; a modo de ejemplo, imaginemos lo difícil que es combinar el texto en que Vidal de Canellas dice que ha redactado en nueve libros la obra que se le ha encargado, mientras que el texto conocido tenía solamente ocho.

La colaboración de Jimeno Pérez de Salanova tendrá un precio en términos institucionales. Creo que es la explicación más verosímil del anómalo desarrollo de la institución del Justicia Mayor. Lo veremos.

## LOS FUEROS CONSTITUCIONALES

Cuando se estudian las regulaciones del Antiguo Régimen desde nuestra actual cultura constitucional, llama la atención la escasez de leyes o fueros de Cortes dedicadas a la definición del Rey y las Cortes —el Justicia, por el contrario, fue objeto de regulaciones constantes— o la fijación de los conceptos básicos del sistema normativo. En Aragón, la construcción del sistema normativo es enteramente doctrinal partiendo de una regulación foral que prácticamente se limita a cuatro normas, y de la interpretación de algunas expresiones utilizadas en los momentos fundacionales:

Quod Dominus Rex possit facere un Curia statuta et foros de voluntate et assensu illorum qui ad curiam venerit et omnes absentes teneantur illa statuta et foros observare (Zaragoza, 1301)<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Sigo la reproducción facsímil editada por PÉREZ MARTÍN. *Fori Aragonum*, Fol 49v, p. 134. SAVALL I, 10b.

Fueros de Aragón, *Fori Aragonum vom codex von Huesca (1247) bis zur Reform Philipps II (1547)*, nach der Ausgabe Zaragoza 1476/1477, mit den handschriftlichen Glossen des MARTIN DE PERUSA und mit Ergänzungen nach den Ausgaben Zaragoza 1542m 1548 und 1576/Faksimiel-druck mit einer Einleitung con Antonio PÉREZ MARTÍN, [s.l.]: Topos Verlag, 1979.

De generali curia aragonensibus celebranda (Alagón, 1307)<sup>21</sup>

De iis quae Dominus Rex et alii succesoros ipsius, Gubernator aragonum, et eius vicem gerentes, iustitia aragonum, et alii iudices et officiales facere et servare tenentur ut Fori aragonum conserventur ( Zaragoza, 1348)<sup>22</sup>

De Juramento praestando per Officiales, de Servando foros, Privilegia, Libertates, usus et consuetudines Regni Aragonum (Zaragoza, 1348)<sup>23</sup>

Hay, lógicamente, algunos otros Fueros de Cortes que contienen alguna regulación útil pero la práctica totalidad de las construcciones doctrinales tiene su eje argumental en éstos (en especial el de 1301 y de 1348).

Los otros dos textos fundamentales del modelo constitucional y normativo aragonés no son en sentido estricto Fueros, pero son homologados como tales o se integran en el cuerpo foral. El que suelen llamar «Proemio» que es el decreto Nos Jacobus de 1247, al que se acumulan todos los demás decretos regios que cerraban la actividad foral de las Cortes y que se incluyen en las ediciones impresas de la recopilación de Fueros de Cortes y Observancias. El Privilegio General y todos los textos asociados con él, bien para ordenar que sea tenido por Fuero, bien sus Declaraciones.

## LAS OBSERVANCIAS, DECLARACIÓN JUDICIAL DEL FUERO DE ARAGÓN POR EL JUSTICIA

Descartando las explicaciones acerca del origen del Justicia que asumen narraciones fantásticas o manejan con poco rigor los conceptos, podemos decir que las opiniones mayoritarias fijan el origen de la institución en 1265 o en torno a esa fecha<sup>24</sup>. En mi lectura durante esos años se aportan algunos otros elementos de la institución, pero creo que el proceso no está completo. El Justicia del que se habla entre 1265 y 1283, ese juez medio, creo que no es ni el Justicia del que habla el decreto que aprueba Miravete, ni tampoco el que conocemos unos años más tarde. El Justicia que se describe en esos textos parece un juez especial, llamado a conocer únicamente de las cuestiones litigiosas de contenido señorial; no veo razones que permitan concebirlo como un Juez con jurisdicción universal. Más bien creo que estamos ante un *Juez de fuerzas*, figura que no es nueva ni privativa de Aragón, y que podemos encontrar por ejemplo en Navarra en 1254. Se trata de un juez comisionado, es decir, al que el Rey le encarga la actuación en un determinado conflicto.

Creo que el salto se produce en 1285, con las actuaciones de apariencia judicial presididas por Juan Gil Tarín (rebelde, firmante del Privilegio General) citando ante su presencia a un Rey que naturalmente no comparece, y es juzga-

<sup>21</sup> Fori Aragonum, Fol 50r, p. 135.

<sup>22</sup> PÉREZ MARTÍN, Fori Aragonum, Fol 73r, p. 161. SAVALL, I, 25.

<sup>23</sup> SAVALL, I, 25.

<sup>24</sup> Jesús MORALES ARRIZABALAGA «El Justicia de Aragón» en *Aragón, escenarios de la Justicia/Palacio de Sástago, 5 al 28 de septiembre de 2007*, [Zaragoza]: Consejo General de la Abogacía; Diputación Provincial de Zaragoza; Justicia de Aragón, 2007, pp. 111-136.



do en rebeldía perdiendo sistemáticamente todos los pleitos en favor de las pretensiones señoriales. Aquí está el elemento que nos faltaba –una jurisdicción que parece no proceder del Rey– lo que sucede es que ahora se han perdido los otros porque este Justicia no forma parte de la estructura oficial de gobierno sino de los rebeldes unionistas.

¿Cuándo se fusionan todos los elementos? En mi opinión con Jimeno Pérez de Salanova. Recordemos: el primero del que Juan Jiménez Cerdán proporciona datos precisos cuando ofrece su relato de las gestas de los Justicias Mayores. También el primero con noticias concretas que cita Juan Antich de Bages en sus comentarios *Super Observantias*.<sup>25</sup>

Con estos datos, podemos concluir que en los años de guerra unionista el Justicia Mayor rebelde incorpora un elemento jurisdiccional del que ya no se va a desprender; en mi opinión la institución tiene todos los elementos que considero definitorios cuando Jaime II atrae a su proyecto organizativo a Jimeno Pérez de Salanova (al que podemos calificar como rebelde moderado). Nos estamos situando alrededor de 1300, en los mismos años que hemos establecido la transformación de las Cortes, y los mismos que Lalinde señala como fecha de transición del sistema procuratorial inorgánico al sistema procuratorial orgánico asociado con la primogenitura regia.

Son unos pocos años decisivos, en lo que el Rey actúa y decide, pero en los que no hay una previa definición legal o foral de la nueva estructura institucional del reino, ni tampoco –en mi opinión– un diseño global y armonizado del sistema. Son cuatro grandes líneas de actuación (modelo normativo; Cortes legislativas; primogenitura y procuración general; Corte judicial) eficaces a corto plazo, pero con una debilidad estructural en su concepto que se irá manifestando conforme unas y otras se consoliden. Creo que no hubo un modelo teórico, sino que el Rey optó por la acción. Las líneas entre unas y otras instituciones no están definidas desde el inicio y eso, en algún momento, termina por aflorar en forma de conflicto institucional.

El Justicia Mayor de Aragón completa su transformación durante el mandato de Jimeno Pérez de Salanova. Aunque el nombre sea conocido en la práctica institucional aragonesa del siglo XIII, creo que a partir de 1300 estamos ante una nueva institución. Su fundación o refundación no procede de una decisión de Cortes, no hay una regulación u ordenanza fundacional; es la práctica, la propia actividad de Jimeno Pérez la que constituye el órgano, la que define sus atribuciones.

La práctica de esas décadas incorpora a la institución algunos elementos que definen una jurisdicción que no resulta fácil de explicar según el esquema ortodoxo de juez delegado del Rey. El Justicia Mayor está haciendo cosas

---

<sup>25</sup> De los manuscritos atribuidos a ANTICH DE BAGES conservados en la Biblioteca Universitaria de Zaragoza, creo que sólo el ms.95 corresponde con la obra de este jurista. En sus folios 370v-371r, comentando una observancia de PÉREZ DE SALANOVA ofrece una relación de Justicias; los anteriores a Galacián de TARBA: «Ante vero dictum Galacianum de Tarba fuerunt Garcia Ferdinando de Castro, Sancius Eximinus de Ayerbio, Peregrinus de Ançano, Eximinus Petri de Salanova, Petrus Martini D' Artasona, Petrus Petri Justicia Aragonum».

que no encajan con el modelo de juez delegado. La más importante: durante unas décadas está creando derecho. Me explicaré: El Justicia de Aragón crea derecho en sus Observancias mediante la verbalización del «Fuero de Aragón».

Las Observancias no son la aplicación judicial de los Fueros de Cortes; no sólo<sup>26</sup>. Son formulación directa desde la misma raíz del Fuero de Aragón. Las Observancias del siglo XIV son Fuero; expresión directa del mismo Fuero de Aragón del que se han extraído los Fueros de Cortes. Eso explica que muchos de los elementos definitorios de lo que conocemos como derecho aragonés (*Standum est Chartae*<sup>27</sup>, viudedad...) sólo los encontremos en Observancias, sin regulación foral. Eso explica, también, las dificultades para encajar esta actividad del Justicia de Aragón en un esquema institucional ordinario.

Desde 1347 se intenta reconducir al Justicia a una función de juez que aplica el derecho cuya creación corresponde únicamente a las Cortes con el Rey. Pedro IV es consciente de las anomalías institucionales que hereda y administra. La asociación de las Cortes en la actividad legislativa empieza a abrir fisuras y, sobre todo, la práctica consolidada por el Justicia Mayor le parece al Rey –con bastante razón– fuera de toda lógica y ortodoxia institucional. Pedro IV intenta convertir al Justicia en un juez que declara, aplica e interpreta los Fueros del Rey con las Cortes. Habitualmente se lee esta decisión del Rey como expresión de la consolidación de la institución del Justicia; creo que, al contrario, es el inicio de las tensiones y conflictos que van a protagonizar hasta 1591. En este diseño de Pedro IV el Justicia interpreta y aplica los Fueros de Cortes. Debe, por tanto, abstenerse de incorporar reglas que extraiga personalmente del Fuero de Aragón. El Rey con las Cortes reclaman el monopolio normativo; el Justicia debe limitarse a aplicar el Fuero en la forma que ha sido expresado por ellos.

---

<sup>26</sup> Jesús MORALES ARRIZABALAGA, «La intervención de la Corte del Justicia y las Cortes del Reino en la formulación del Fuero de Aragón» en *Cuarto encuentro de estudios sobre el Justicia de Aragón*, Zaragoza: el Justicia de Aragón, 2003, pp. 133-153. También: «Formulación y hermenéutica de la foralidad aragonesa (1247-1437)» en *Estudios de Derecho Aragonés*, Zaragoza: Rolde de Estudios Aragoneses; Colegio de Abogados de Zaragoza, 1994, pp. 47-99.

Otras aproximaciones a la institución del Justicia: «El proceso de institucionalización y organización del Justicia de Aragón» en *Séptimo encuentro de estudios sobre El Justicia de Aragón (Zaragoza, 8 de mayo de 2006)*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2006, pp. 59-96.

«El Justicia de Aragón en el siglo XVIII: la transición de una institución jurisdiccional a un símbolo político» en *Octavo Encuentro de estudios sobre El Justicia de Aragón. (Zaragoza, 3 y 4 de junio de 2008)*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2008, pp. 45-78.

<sup>27</sup> José Luis MOREU BALLONGA, «Mito y realidad en el *Standum est chartae*» en *El Doctor Juan Luis López. Primer marqués del Risco (1644-1703)*, pp. 315-502.

Por mi parte me he aproximado ya en varias ocasiones al estudio del principio *Standum est Chartae*. Las tesis más recientes y desarrolladas en Jesús MORALES ARRIZABALAGA, «Uso y Carta como título de derechos en el área de expansión de la foralidad jacetana» en *Historia de la propiedad. Costumbre y prescripción. IV encuentro interdisciplinar, Salamanca, 25-28 de mayo de 2004*, [S.l.]: Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, [2006], pp. 139-180.

Estos primeros intentos de Pedro IV para reconducir la actividad del Justicia a un modelo institucional ortodoxo fracasan o tienen un éxito muy limitado. ¿Cómo lo sabemos? Por la reiteración de medidas en esa dirección y por el contenido de las Observancias que conocemos a través de las colecciones de Jaime de Hospital. Una parte considerable de las Observancias son pronunciamientos sobre pretensiones señoriales; una de las líneas de discusión más frecuente es la jurisdiccional: los señores se encuentran usando una jurisdicción que ahora el Rey reclama como propia. Las Observancias dan entrada a construcciones como la usucapión, la concesión de jurisdicción mediante consentimiento tácito y otras soluciones que sirven para consolidar ese mapa jurisdiccional señorial. Situaciones irregulares que no tenían título jurídico en que sustentarse, se convierten en tituladas al obtener sentencia del Justicia Mayor favorable a sus pretensiones.

Tendemos a pensar que el Rey y los nobles aragoneses estaban constantemente discutiendo y discutiendo acerca de la creación del derecho en Aragón, del poder del Rey, su origen y sus límites. Creo que nos equivocamos; éste es un tema fundamental pero sólo de manera intermitente. Es verdad que hay décadas en que apenas se debió hablar de otra cosa, pero no es menos cierto que durante otros largos periodos se acepta un determinado equilibrio de posiciones, se dan por buenas unas explicaciones y la cuestión apenas recibe nuevas aportaciones. El periodo que sigue a las reformas introducidas por Pedro IV en 1347 es uno de esos momentos de estabilidad.

## LOS FUEROS DE CORTES, DECLARACIÓN LEGISLATIVA DEL FUERO DE ARAGÓN POR LAS CORTES

La construcción teórica de los juristas aragoneses sobre las nociones de Fuero y legislador –correspondientes a las de «ley» y «legislador»– son parcas. Las aportaciones básicas son de Molino, en algunas de las voces de su Repertorio (Fori, Rex...) y, sobre todo, Bardají<sup>28</sup> al comentar los que denomino fueros

---

<sup>28</sup> Ibando de BARDAXI, *Commentarii in quatuor aragonensium fororum libros/ Ibando de Bardaxi, Domino locorum de Bellestar & de La Selva, in Aragonensi Senatu Regio Consiliario, Auctore*, Zaragoza: Lorenzo Robles, 1592. En el ejemplar reproducido en la Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés (bivida.es) hay una nota manuscrita inquietante que merecería la pena investigar: «Está purgado de orden del Tribunal de la Inquisición en 13 de abril de 1731. Sebastián Quartero» También recordar que hay indicios de atribuciones que parecen erróneas de sus escritos dentro de su familia.

Bardají maneja mucha doctrina, creo que más y mejor que MOLINO. Para las partes más «constitucionales» se apoya mucho en la canonística, naturalmente BELLUGA, y REBUFFO.

Pierre REBUFFI, Pierre [=Petro REBUFFO], *Commentaria in constitutiones seu ordinationes regias... In quibus facilis ad praxim curiarum Franciae via, & Iurium intellectus explicatur... Lugduni: Haerdes Gulielmi Rovillii, 1599 [gallica]*. La primera edición que tengo localizada: Lugduni: apud Claudium Senneatonium, 1567.

Javier GARCIA MARTIN «En los orígenes del derecho comparado. Pierre REBUFFI (1487?.155) y la creación de una tradición jurisprudencial salmantina en el comentario del derecho regio» en *Juristas de Salamanca, siglos xv-xx*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2009. pp. 13-80.

constitucionales (Quod Dominus Rex possit facere in Curia Statuta, De iis quae dominus Rex, Privilegio General ...); Bardají se pregunta «Leges qualiter fieri debeant» (Comentarii, f. 22.III, 22.IV y 23.I) pero lejos de acometer un análisis completo y estructurado de la cuestión, se queda en el análisis de la participación de las Cortes en la aprobación, pero sin desarrollar otros aspectos del tema.

Pedro Calixto Ramírez en su fundamental *De Lege Regia* se orienta hacia un nivel más abstracto de concepto y fundamento del poder. Crespí en esta materia opta por un enfoque más teórico que el que tiene en otros temas dentro de su obra, lo cual le lleva a preocuparse por la legislación en general, más que por la técnica normativa concreta seguida en Aragón. Finalmente autores como Martel o Ustarroz<sup>29</sup> están ya fuera del apogeo de la doctrina foral y tienen una perspectiva más práctica que de conceptualización.

Para realizar una reconstrucción de las actuaciones de efecto normativo de las Cortes, tenemos ahora el magnífico material que van proporcionando las ediciones de los registros de Cortes dirigidas por Ángel Sesma<sup>30</sup>, siempre con las limitaciones derivadas de las pérdidas documentales sufridas, porque Zaragoza ha tenido la mala suerte –o mal criterio– de tener algunos de sus principales archivos jurídicos (Casas de la Diputación, Colegio de Abogados, Universidad, Seminario de San Carlos-Colegio de Jesuitas...) en la zona de las murallas que todos los enemigos exteriores ponen especial empeño en bombardear durante los Sitios. A pesar de las copias realizadas para los Brazos, hay Registros que seguramente están perdidos para siempre; alguno de ellos se puede recomponer parcialmente a través del Sumario y Resumario de las Cortes compuesto por Blancas<sup>31</sup>.

En esos Registros de Cortes vemos el proceso de nombramiento de Tratadores y toda la tramitación y aprobación de los acuerdos que van a ser Fueros. La incorporación de un texto a los libros de Registro parece condición de validez.

«Aquesto feyto, los de la dita Cort proponieron que en las Cortes celebradas en el lugar de Monçon eran seydos feytos algunos fueros por el senyor rey con voluntat de los quatro braços de la Cort, los quales fueros no eran seydos publicados. Por esto, suplicaron al senyor rey et requirieron al dito Justicia de Aragón, judge en las ditas Cortes, que los ditos fueros mandassen

---

Howell A. LLOYD, «Constitutional Thought in Sixteenth-Century France: the case of Pierre Rebuffi» *French History* 8-3, (1994) p. 259-275. «According to W. F. Church, Rebuffi belonged to the “extremely absolutist school wich flourished under the strong rule of Francis I and Henry III» *ibidem*, p. 259.

<sup>29</sup> Jesús MORALES ARRIZABALAGA, «Aragón. Práctica y estilo parlamentarios (J. Martel: forma de celebrar Cortes en Aragón. Diego Dormer, Zaragoza, 1641)» *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 10-11 (2001-2002), pp. 189-221.

<sup>30</sup> *Acta Curiarum Regni Aragonum*, hasta ahora publicados ocho tomos correspondientes a reinados de Pedro IV (3), Martín I (2), Fernando I (1) y Alfonso V (2).

<sup>31</sup> Jerónimo BLANCAS, Sumario y resumario de las Cortes de Aragón [Manuscrito] / hechos por Jerónimo BLANCAS, Ms-97 de la Biblioteca de la Universidad de Zaragoza. En el fol. 115 hay un recibo de BLANCAS acreditando haber percibido 320 escudos por elaborar «modo de proceder» y «sumario y resumario».

publicar et observar, et aquellos con los fueros del present feytos el senyor rey jurasse.

Et el dito senyor rey respuso qu'el plazia que los ditos fueros fuesen publicados, jurados e observados. Et el dito Justicia de Aragon dixo que el ordenaria los fueros feytos en las Cortes de Monçon e los fueros feytos en las presentes Cortes et de aquellos mandarian dar copia a qui la queresse.

E dito senyor rey luego juro en la manera siguiente...»<sup>32</sup>

Nombrados los Tratadores, sus acuerdos se presentan al pleno, en el Solio Regio, para su aprobación. Si hay conformidad se publican como tales por el Justicia en las propias Cortes. Los textos concretos se suelen insertar al final del Registro, no en el lugar en que temporalmente correspondería de acuerdo a la secuencia temporal.

«El tenor de los capitulos por el senyor rey et la Cort por fueros concordados et en la dita Cort publicados, de los quales la part de suso en el presente processo se faze mencion, yes segunt se sigue:

[I] Primerament como los sobrejunteros de Aragon fagan muytos et diervsos lugartenientes...

...Declaratum fuit in Curiis per dictum Justiciam decima dia madii, ut supra, anno LXX<sup>o</sup> secundo<sup>33</sup>.»

En Cortes de Zaragoza y Alcañiz de 1441-1442 se regula expresamente el régimen de copias y certificaciones de los Registros<sup>34</sup>. Este régimen irá a la Recopilación cuando su contenido se extienda a los Actos de Cortes<sup>35</sup>.

Los Registros de Cortes actúan también como mecanismo de publicación de normas que no son Fuero<sup>36</sup>; por ejemplo, la Concordia sobre la Inquisición de 1568, del Rey con Diego de Espinosa, Presidente del Consejo de Castilla e Inquisidor General. Técnicamente es un decreto del Inquisidor con

---

<sup>32</sup> Acta Curiarum Regni Aragonum. Tomo III, Cortes del Reinado de Pedro IV/2. Actas de las Cortes de Zaragoza y Calatayud de 1365-1366; Actas de las Cortes de Zaragoza de 1367; Actas de las Cortes de Caspe, Alcañiz y Zaragoza de 1371-1372; Actas de las Cortes de Tamarite de Litera de 1375/ Edición a cargo de Carlos LALIENA, Zaragoza: Grupo CEMA; Ibercaja; Cortes de Aragón; Gobierno de Aragón, 2008. Página 85. La petición se presenta en la Cortes de Zaragoza y Calatayud (1365-1366).

<sup>33</sup> Acta Curiarum Regni Aragonum. Tomo III, ... Actas de las Cortes de Caspe, Alcañiz y Zaragoza de 1371-1372..., pp. 378-381.

<sup>34</sup> 1441-1442; Acto de Cortes: En el registro de las Cortes celebradas en Alcañiz y Zaragoza por la Reina doña María, año 1441 y 1442. Fol. XLVI. *Actos de las copias que se deven fer &c. Acto que dentro de seys meses el notario de la Cort haya de entregar a los Diputados copias auténticas de los procesos de las Cortes* (Savall, *Actos*, tomo II, 296-297).

<sup>35</sup> Sobre las Recopilaciones y los Actos de Cortes: Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, *Segunda muestra de documentación histórica aragonesa. Los Fueros de Aragón*, [s.l.]: Diputación General de Aragón, [1989].

[http://www.bivida.es/es/catalogo\\_imagenes/grupo.cmd?path=101085](http://www.bivida.es/es/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=101085).

<sup>36</sup> Juan Francisco BALTAR RODRÍGUEZ, «Atribuciones y competencias de los Protonotarios. 5.3. El protonotario y las Cortes de los Reinos» en *El Protonotario de Aragón 1472-1707. La Cancillería aragonesa en la Edad Moderna*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2001.

fecha diez de julio de 1568, que el Rey confirma y sanciona el 17 del mismo mes y año. Cuando se edita en la Recopilación de Fueros se dice el lugar del que se ha extraído el texto auténtico: Registrata in Curia Aragonum II, fol. CXIII<sup>37</sup>.

La actividad de Cortes no se limita a la aprobación de Fueros; hay muchos otros acuerdos parciales y, sobre todo, debemos incorporar a nuestro objeto de estudio las sentencias pronunciadas en ellas, y las funciones del Justicia como Juez de Cortes<sup>38</sup>. También merece alguna reflexión la cuestión de las protestaciones: pase lo que pase, se llegue a los acuerdos que sea, los Registros reflejan la rutinaria protesta de los distintos intervinientes o grupos de intervinientes, dejando siempre salvado su régimen actual. Sabemos que estas protestaciones tendrán un uso retórico (por ejemplo las relativas a la presidencia de la Reina María en ausencia de Alfonso V, o la lugartenencia de don Juan en ese mismo reinado) pero no conocemos decisiones judiciales en que estas protestaciones hayan sido argumento decisorio (y no *obiter dicta*) ni he encontrado en los foristas de referencia planteada la cuestión desde una perspectiva jurídico-práctica.

#### 4. EL REY Y EL FUERO DE ARAGÓN; LA CONFRONTACIÓN Y DESARROLLO DE ESPACIOS NORMATIVOS EXENTOS DEL FUERO

##### LA CONSTRUCCIÓN DE UN MODELO TEÓRICO EXPLICATIVO DESDE 1437

En torno a 1420 toca cambio. El estado de cosas, el régimen del siglo anterior deja de ser satisfactorio y el Rey busca una nueva definición de las relaciones políticas y de gobierno, para lo cual necesitará el apoyo de una nueva construcción teórica. Alrededor de 1400 tenemos ya diferenciados los embriones de lo que, siglos más tarde, llamaremos «tres poderes». Hay un gobierno judicial; un gobierno legislativo y, poco a poco, los Reyes van definiendo un espacio exento, un ámbito propio que terminaremos conociendo como el *gubernáculo*.

El gobierno judicial se ha desarrollado tomando de manera muy directa y completa las reglas de procedimiento formuladas en el ámbito de la Iglesia y su derecho canónico. En la mitad del siglo XIII el Rey ha construido su nueva autoridad ofreciendo un sistema de jueces y tribunales cuya actuación está regulada o reglada tanto en la parte externa, formal o procedimental, como en los criterios que deben utilizar en sus decisiones. Esta vía de ejercicio del poder del Rey mediante juicios es, desde su raíz, reglada y por tanto limitada.

<sup>37</sup> SAVALL, II, *Actos de Cortes del Reino de Aragón posteriores al año de 1554*, pp. 443-450.

<sup>38</sup> «Se hace visible que las Cortes no dejan de ser un ámbito especial de ejercicio de la jurisdicción regia». JON ARRIETA ALBERDI, «El Consejo de Aragón y la función normativa» en *El Consejo Supremo de la Corona de Aragón (1494-1707)*, Zaragoza: Institución «Fernando el Católico», 1994, pp. 475-484.

El gobierno mediante leyes le deja un margen de acción superior, pero sólo relativamente. Mientras la actividad de juzgar es desde el inicio objeto de muchos Fueros de Cortes, la propia actividad legislativa apenas está regulada. No hay Fueros que establezcan cómo se hacen los Fueros; las mejores definiciones españolas de qué sea la ley y qué el legislador las tenemos que buscar en los alrededores del derecho, entre las páginas de los teólogos.

En comparación con los dos anteriores, el ámbito gubernativo aparece ante los reyes como un espacio abierto, prácticamente libre, en que la bondad de las acciones tienden a medirse únicamente por su eficacia. Es el lugar natural que buscan los reyes del renacimiento para desarrollar su autoridad. El problema que encuentran es que los ámbitos legislativo y gubernativo les llegan sin diferenciar en la medida que el medio ordinario de gobierno es la legislación. No es casualidad que el siglo XV reúna una extensa colección de construcciones teóricas concentradas en definir esos espacios regidos por principios que legitiman una acción regia prácticamente libre (llámense razón de Estado, defensa de la fe, salud de los súbditos...) y extraerlos de las reglas que rigen las actuaciones judiciales o legislativas.

El primer paso exige el reconocimiento de efectos legales a las decisiones personales del monarca. Se respeta el modelo medieval de ley que mantiene el elemento comicial o curial que arrastra desde Roma; lo que se pretende es reproducir el salto que en la propia Roma se da para reconocer efectos comparables a los de las leyes comiciales bien sea a las decisiones del Senado (Senadoconsultos) bien a las decisiones del emperador (Constituciones imperiales). Basta afirmar esta máxima: la voluntad del Príncipe tiene fuerza como de ley (Quod principi placuit, legis habet vigorem).

La transición se hace fácil en Castilla<sup>39</sup>, pero encuentra enérgica resistencia en Aragón y Cataluña. El paso al nuevo modelo en Castilla suele situarse en los años comprendidos entre las Cortes de Olmedo de 1445 y las de Ocaña

---

<sup>39</sup> Una aproximación accesible a la consolidación de la creación regia del derecho en Castilla: José Manuel NIETO SORIA «El poderío real absoluto de Olmedo (1445) a Ocaña (1469): La monarquía como conflicto» en *La España medieval*, 21 (1998), pp. 159-228. La tesis central del autor es que este poderío real absoluto, comienza a formarse antes de 1445 y tendrá que seguir desarrollándose más allá de 1469. Del mismo autor: «La monarquía castellana en el tránsito del Medievo a la Modernidad» en *Las Cortes y las leyes de Toro de 1505: actas del congreso conmemorativo del V Centenario de la celebración de las Cortes y de la publicación de las Leyes de Toro de 1505: Toro, 7 a 19 de marzo de 2005/ coord. por Benjamín GONZÁLEZ ALONSO*, Fuensaldaña: Cortes de Castilla y León, 2006, pp. 103-126.

Los trabajos que consideramos fundamentales corresponden a Benjamín GONZÁLEZ ALONSO. Podemos destacar éstos: «De Briviesca a Olmedo (algunas reflexiones sobre el ejercicio de la potestad legislativa en la Castilla bajomedieval)», en *El Dret Comú i Catalunya. Actes del IV simposi internacional/Homenatge al professor Josep M. Gay Escoda*, Barcelona, 27-28 de maig de 1994, Barcelona: Fundació Noguera, 1995, pp. 43-74.

«Nuevas consideraciones sobre el ejercicio de la potestad legislativa en Castilla (1475-1598)» *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67, 1997, pp. 693-706.

«Poder regio, Cortes y régimen político en la Castilla bajomedieval (1252-1474)» en *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media: actas de la primera etapa del Congreso Científico sobre la Historia de las Cortes de Castilla y León, Burgos 30 de septiembre a 3 de octubre de 1986*, Vol. 2, 1988, pp. 201-254.

de 1469. En la Corona de Aragón y el Reino de Navarra se organiza la resistencia mediante la formulación de construcciones teóricas pactistas o, de momento, comunitaristas. Estas tesis suelen aparecer asociadas con elementos contractualistas: A la hora de explicar el origen y fundamento de la propia comunidad, debe encontrarse una razón que justifique la fundación y el modo concreto a través del cual se hace material. La expresión de las razones tiene más variantes (alrededor de la idea de necesidad, supervivencia...); el modo, el instrumento de fundación, suele revestir forma de contrato o acuerdo fundacional.

En un contexto mayoritariamente dominado por los modelos políticos basados en Derecho Común (y el referente del Papa y el Emperador) las explicaciones comunitarias-contractualistas sólo se activan cuando se producen unas concretas condiciones en el ambiente político. Como tesis minoritarias, su desarrollo requiere la intervención de agentes promotores que las activen. En Aragón en el inicio del siglo xv se dan estas condiciones: un estado de cosas consolidado en que perviven estructuras políticas y jurisdiccionales ajenas al Rey, y Alfonso V intentando reconducir su régimen hacia el modelo monárquico ortodoxo.

El desencadenante del desarrollo de tesis contractualistas no es una sola medida de gobierno sino la línea política de fondo mantenida por el Rey. En todo caso, si hubiera que buscar un hecho con mayor fuerza simbólica creo que es la intervención de Alfonso V y las Cortes del reino en las Observancias.

El Rey y las Cortes encargan a una comisión presidida por Martín Díez de Aux la formación de una colección de Observancias que usualmente llamamos la «colección oficial». La novedad de esta colección no es su carácter oficial. El elemento definitorio formal es la intervención de las Cortes legislativas (y no las judiciales) en la iniciativa de su formación, pero, sobre todo, la raíz del proyecto está en el contenido: se quiere terminar con esta forma de formulación del Fuero de Aragón. Como no se puede ignorar lo que se ha hecho y aceptado durante el siglo xiv, se intenta al menos reducir y fijar su alcance para que, a partir de ese momento, la creación del derecho en el reino corresponda a las Cortes con el Rey, y el Justicia termine de definirse como un tribunal que aplica la legislación, pero no la crea.

En mi opinión Juan Jiménez Cerdán ha comprendido el calado profundo del proyecto entendiendo que lo que se presenta como consolidación de las Observancias mediante su reconocimiento oficial es en realidad su final, recorriendo de paso las atribuciones que de hecho venía ejerciendo la institución del Justicia. La carta notarial pública (Letra intimada) que dirige a su sucesor Martín Díez de Aux contiene la expresión de la protesta por el proyecto y por su marginación personal en la colección de Observancias que en buena parte proceden de la época de su ejercicio como Justicia. La reacción de Jiménez Cer-

---

En el plano europeo un buen punto de partida: André GOURON; Albert RIGAUDIÈRE, *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'état*, Montpellier: [Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit], 1988.



dán es enérgica y contiene la semilla de lo que van a ser los Fueros de Sobrarbe en la retórica política aragonesa a partir de ese momento<sup>40</sup>.

Le bastan unas pocas palabras que invoquen, casi a modo de conjuro, alguno de los más potentes arquetipos y tópicos de la cultura política medieval. Desde el siglo XIII se ha asumido –más tácita que explícitamente– que en el reino de Aragón la creación de las normas de carácter general (Fueros de Cortes) se ha hecho mediante la concurrencia de las voluntades del Rey con la oligarquía presente en Corte General. De aquí se deducirá que hay una parte del Fuero de Aragón que no está en la mano del Rey, que excede a su potestad (consuetudines non sunt in potestate principis, nec pertinent ad legem regiam).

Lo que hace Jiménez Cerdán es proporcionar el apoyo para formular modelos teóricos que expliquen por qué esto es así y, en las versiones más completas, permitan defender que esto debe ser así. Se trata de transformar una situación de hecho en otra de derecho: saltar del simple «ser» al complejo y potente «deber ser». Para esto no necesita muchas palabras; el núcleo de su tesis cabe en una frase:

«E por aquella razón las sobreditos Conquistadores del Regno de Aragón acordaron desleyr Rey, i que hoviessen un Iudge entre él i ellos, que hoviesse nombre Iustitia de Aragón. Es opinion de algunos que antes eslieron al Iustitia que no el Rey...»

Primero existe la comunidad, la «república» en el sentido genérico de cosa o interés común; pero no es una república o comunidad popular, sino aristocrática. Son jefes-conquistadores, es decir, que adquieren los dominios y la jurisdicción que conlleva la posesión mediante el título originario de conquista; el mismo que invocará –no por casualidad– Felipe V.

Estos nobles fundadores, para su organización y supervivencia, acuerdan unas reglas fundacionales; constitutivas. Una de estas reglas establece que se gobernarán mediante un Rey; otra que juzgarán mediante un Justicia. Por este procedimiento la institución del Rey se hace contingente y no necesaria, ni natural o esencial: la existencia de Rey no pertenece a la naturaleza de las cosas, sino que es resultado de una decisión que podría haber tenido otro contenido.

Esta idea del Rey elegido como ministro o administrador de un interés común no es original. En realidad es una versión divulgativa de afirmaciones de mejor expresión técnica por teóricos del mayor prestigio. Hincmaro de Reims, entre ellos, es contundente en las palabras que dirige al Emperador: no fuisteis vos quien me eligió, sino que yo con mis colegas y otros fieles servidores de Dios y de vuestros progenitores, os elegí para el gobierno del reino bajo la condición del debido cumplimiento de la ley.

---

<sup>40</sup> Clizia MAGONI, *Fueros e libertà. Il mito Della costituzione aragonesa nell'Europa moderna*, Roma: Carocci, 2007.

Al situar en el mismo nivel o momento fundacional la institución del Justicia, se está sugiriendo un reparto de la jurisdicción: de la capacidad para gobernar mediante leyes y juicios, núcleo de la autoridad política el modelo constitucional que hemos visto implantarse en el siglo XIII. Una parte de la jurisdicción se ha transferido al Rey (la de gobernar mediante decretos) y otra al Justicia (la de gobernar mediante juicios). Gobernar supone la capacidad para formular el Fuero de Aragón. Una parte al menos de la jurisdicción del Justicia no proviene del Rey, sino que tiene el mismo origen (y rango) que la autoridad de éste. Aún añade Jiménez Cerdán que en opinión de algunos el Justicia no sólo es simultáneo (simul: semejante) al Rey sino incluso anterior (prior: preferente).

Creo que las nociones políticas contenidas o sugeridas por Jiménez Cerdán no resultaron sorprendentes para quienes las leyeron en su época. Actuaban en un contexto propicio construido sobre la constitución *Nos Jacobus*, ahondando ahora la que era tesis principal del siglo XIV: desde la primera vez que el Rey de Aragón ha intervenido en el fuero general, lo ha hecho con el consejo y consentimiento de las Cortes.

La asociación entre esas tesis normativas contractualistas conocidas y la explicación suprabense sugerida por Jiménez Cerdán es tan eficaz y poderosa que, sobreviviendo incluso a los Decretos de Felipe V, llegará al constitucionalismo del siglo XIX y desde éste a parte del discurso político actual.

La tensión política e institucional generada alrededor de la edición de las Observancias de Martín Díez de Aux es, en mi opinión, el gran punto de inflexión en la evolución del Justicia de Aragón. Desde 1461 la regulación de su organización y actividad es uno de los elementos fijos en las reuniones de Cortes. En torno a este año se producen o inician dos fenómenos verdaderamente llamativos y a los que la historiografía, con las excepciones de González Antón y Jarque, no ha dado relevancia.

En primer lugar se aprecia un desdoblamiento entre lo que podemos llamar el Justicia-Juez y el Justicia-símbolo. El Justicia real es cercado institucionalmente por una serie de reformas constantes y que afectan a los elementos decisivos de su organización y procedimiento; el peso material de las decisiones judiciales pasa en pocos años a manos de técnicos que primero entran como Asesores letrados pero después se convierten en auténticos regentes o lugartenientes. En este proceso de tecnificación no es cuestión menor el desarrollo de herramientas que convierten al Justicia en responsable. Se desvanece sobre el papel de los Fueros cualquier apariencia de irresponsabilidad, atributo de los soberanos: no puede ser enjuiciada la actuación de quien no tiene superior.

Es cierto que por un lado tenemos este proceso de regularización institucional, en el sentido literal de imponerle reglas estrictas. Pero no es menos cierto que coincide con la eclosión del Justicia simbólico, de la institución que personifica las Libertades del Reino y se convierte en el referente de los pleitos constitucionales, conflictos y alteraciones del siglo XVI.

No sabemos apenas nada de estas transformaciones; llegamos hasta donde nos llevan los textos de los Fueros y lo poco que sobre esto quieren decirnos nuestros grandes foristas; los mismos que dan rango de concepto central a las

Libertades del Reino. Molino, Bardají (especialmente éste), que analizan con detalle otras reformas o reparos posteriores, no parecen decir nada acerca de las transformaciones institucionales producidas entre 1461 y los Reparos de 1528-1533. No he encontrado, por ejemplo, ninguna reflexión que analice el hecho fundamental de la vinculación de la institución con la familia Lanuza, en cuyas manos estará durante centuria y media. Tampoco los Cronistas solventes (Zurita, Dormer, Argensola...) pasan de un nivel descriptivo de los hechos.

Creo que el verdadero núcleo del modelo político aragonés que se construye a partir del siglo xv es la definición del Reino como sujeto político autónomo, titular de sus propios derechos, que se deriva de algunas de las versiones y lecturas de los Fueros de Sobrarbe. El pactismo, las limitaciones al poder del rey que son, sin duda, aspectos fundamentales, me parece que dependen de esa previa subjetivización del Reino. Incluso cuando Felipe V quiere erradicar ese modelo político aragonés asumirá como real e indiscutible la existencia de ese sujeto político antagonista de su propia autoridad regia.

Las breves frases con las que se formula el mito de los Fueros de Sobrarbe en sus versiones más primitivas tienen como efecto principal invertir la relación entre los conceptos rey-reino. Primero existe el reino, la comunidad, y es ésta la que decide organizarse como reino y ser gobernada por un jefe de tipo rey.

Esto explica que haya una parte de la autoridad política originaria que la comunidad reserva en sus manos y no transfiere al que designa como jefe. Hay normas anteriores al rey; éstas son el fundamento de su propia existencia. Si el rey fuese contra ellas estaría actuando contra la misma raíz de su autoridad.

El esquema que hemos visto practicado en el siglo xiv adquiere ahora una explicación teórico-histórica. La jurisdicción originaria reside en el reino que la transmite en parte al Rey y en parte al Justicia. La raíz de todo el derecho es el Fuero de Aragón que se formula bien por el Rey en forma de Fuero de Cortes bien por el Justicia Mayor en forma de Observancia.

La transferencia de autoridad desde el reino hacia el Rey está sujeta a condición y es revocable. Muchas de las frases utilizadas en el siglo xv evocan –creo que conscientemente– la situación de la institución regia durante el mandato de Pedro III. Creo que en la memoria histórica de los reyes seguían presentes las palabras Unión, Cruzada, Excomunió, Carlos de Valois... y que una leve sugerencia en esa dirección debía ser suficiente para activar esos fantasmas familiares.

Este modelo teórico pactista está definido en sus aspectos fundamentales en el reinado de Fernando II de Aragón. Pronto –en 1484– va a ponerse a prueba en condiciones reales y, la verdad, es que el éxito no le acompaña.

El Rey Fernando el Católico tiene una percepción clara de las diferencias constitucionales entre Aragón y Castilla, y de sus consecuencias en la acción diaria de gobierno. Mientras sus antecesores parecen gestionar los problemas que este modelo constitucional les plantea a medida que van apareciendo, en el caso del Rey Fernando creo que hay un programa de acción con dos líneas: evitar la comunicación de este sistema a nuevos territorios y encontrar una fórmula

que permita generar un espacio de gobierno en que el sometimiento a la legislación aragonesa se relaje.

La primera línea de acción tiene oportunidad de ponerla en práctica cuando propicia que los nuevos territorios que se incorporan por conquista lo hagan a Castilla y no a Aragón, porque el uso de este mecanismo de anexión conlleva la automática aplicación del derecho del territorio principal.

La segunda línea de actuación creo que está en el origen del establecimiento del Santo Oficio para la Inquisición de la Herética Pravedad. La Inquisición, que supone la primera grave crisis foral de la época posterior a la formulación de los Fueros de Sobrarbe. Esta primera gran prueba de la eficacia de la construcción de las Libertades del reino parece un fracaso que tiene, desde luego, consecuencias. El fracaso de esta invocación de las Libertades de Aragón como límite de la actuación del rey, producido pese al desarrollo y reforzamiento que esta noción ha tenido en el siglo xv induce una activación de estas líneas argumentales y las lleva a posiciones más extremas (sirva Jerónimo Blancas como símbolo de esta hipertrofia).

#### RECOPIACIONES Y COLECCIONES DE NORMAS DEDUCIDAS DEL FUERO DE ARAGÓN

Como he expuesto, en mi opinión la intervención de Alfonso V en las Observancias, alterando su texto y modificando su concepto están en la raíz de la reacción de Juan Jiménez Cerdán que es, a su vez, la primera piedra en la construcción del modelo basado en Fueros de Sobrarbe; hay también un componente personal originado en los conflictos que ha tenido durante su largo ejercicio como Justicia, el procedimiento mediante el cual ha sido apartado de su oficio y, finalmente, su marginación en el proceso de colección de unas Observancias que en buena parte habrán pasado por sus manos. En cualquier caso, el éxito de este intento por reservar la expresión del Fuero de Aragón a los Fueros de Cortes es bastante limitado. Ya no con el nombre de Observancias –que Molino todavía mantiene– sino como Decisiones o Determinaciones de las Cortes jurisdiccionales y, más tarde, del mismo Consejo de Aragón ponen de relieve que la vía judicial de expresión del fuero se considera abierta<sup>41</sup> y que el sistema normativo aragonés sigue desbordando lo contenido en los Fueros de Cortes:

«Una pluribus cum determinationibus consilij iusticie aragonum practi-  
cis atq[ue] cautelis eisdem fideliter annexis (Molino)

Observationes illustratae Decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum  
Consilii, Supremi Consilii S. Cruciatæ, et Regiæ Audientiae Valentinae  
(Crespi)

<sup>41</sup> Miguel del MOLINO, *Repertorium fororu[m] [et] obseruantiarum regni aragonum: vna pluribus cum determinationibus consilij iusticie aragonum practi-  
cis atq[ue] cautelis eisdem fideliter annexis*, Impressum ... in Cesaraugustana ciuitate ...: arte vero [et] industria Georgij Coci..., 1513.

Decissionum Sacri Senatus Regii regni Aragonum, et Curiae domini Justitiae Aragonum causarum civilium, et criminalibus (Sessé)

Variae iuris resolutiones practicae cum totidem decissionibus; nec non consuetudinaes Regni Aragonum ad iuris terminos redacta traduntur, et explanantur (Sessé).»

Aragón es uno de los primeros reinos de Europa en que la imprenta de tipos móviles se utiliza para un libro de legislación; se sitúa en todo caso antes de 1481 y probablemente entre 1476 y 1477. Siendo llamativa esta preferencia por un texto «temporal» de derecho real sobre los clásicos intemporales que concentran la mayor parte de los incunables, en 1496 se realiza una segunda impresión que incorpora algunos textos inusuales en una edición de normas; entre los más llamativos la Carta de Juan Jiménez Cerdán a Martín Díez de Aux, la lista de reyes legisladores y la acumulación de los decretos de las distintas Cortes mediante los cuales se producía la aprobación de la parte de lo actuado en ellas que debía convertirse en Fuero<sup>42</sup>. Se trata de textos que van a proporcionar sustento a las construcciones pactistas. La explicación de estas diferencias entre ediciones tan próximas creo que se deduce de la naturaleza de los textos que se incorporan, máxime viendo el uso intenso de que van a ser objeto en los inmediatamente posteriores conflictos constitucionales en que, antes de empezar cualquier análisis de Fueros concretos, incorporaban como pieza argumental casi obligada una reflexión sobre la naturaleza de la legislación en Aragón –que deducían de las palabras del decreto Nos Jacobus de 1247– sobre las explicaciones fundacionales que arrancan de la Letra Intimada de Juan Jiménez Cerdán.

La Recopilación ordenada en 1547 y publicada en 1552, va precedida de una Prefación llamativa<sup>43</sup> sobre cuyo significado político advirtió Jesús Delgado<sup>44</sup>. Se representa la secuencia completa de intervenciones de los Reyes en Fueros de Aragón (desde 1247); la información histórica está llena de errores (es 1247 se aprueban ocho libros; el Privilegio General es aprobado como Fuero por Pedro III en 1283...); va acompañada de los apoyos narrativos necesarios para fundar un poder originario que reside en una corporación de fundadores. Las tierras de Aragón no se reciben, se conquistan. El dominio sobre ellas es originario sin dependencia o subordinación del Emperador romano ni de los propios reyes godos.

El procedimiento de formación de la Recopilación está completamente bajo el dominio de la Diputación; el criterio de selección es el uso (cogiendo los Fueros que hoy están en observancia). Especialmente llamativo es que se refieran al propio rey Felipe II como si se tratase de una tercera persona y no la

---

<sup>42</sup> Una descripción más detallada de las diferencias entre las dos ediciones incunables de Fueros de Aragón y su relevancia política: Jesús MORALES ARRIZABALAGA, «La «foralidad aragonesa» como modelo político: su formación y consolidación hasta las crisis forales del siglo XVI». *Cuadernos de estudios Borjanos*, XXVII-XXVIII (1992) pp. 162-164.

<sup>43</sup> SAVALL, I, f.III-VI.

<sup>44</sup> Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, *Segunda muestra de documentación histórica aragonesa. Los Fueros de Aragón*, [s.l.]: Diputación General de Aragón, [1989].

autoridad que ha nombrado a los Comisarios que ahora rinden cuenta del encargo («Despues se siguen... las Cortes que el rey D. Felipe I, deste nombre en Aragón, ha celebrado...»)

La explicación suprarbense es explícita y aparece con sus apoyos conceptuales y textuales. La constitución política del reino se ha definido en un momento remoto del pasado y está presente en textos y actuaciones; por eso es relevante el esfuerzo declarado «Porque no se ignore cosa alguna de las antigüedades del Reyno...». Desde la primera intervención del Rey confirmando el Fuero de Aragón, todas las actuaciones posteriores sin excepción se han hecho con el consentimiento de las Cortes; para acreditarlo «ante los Fueros se ponen los prólogos que los Reyes y Lugartenientes Generales hicieron poner en los fueros que por ellos fueron hechos...».

## LA PUBLICACIÓN IMPRESA DE NORMAS AUTÓNOMAS DEL FUERO DE ARAGÓN

Los reyes no han encontrado manera de rebatir la construcción del modelo constitucional basado en las leyes fundacionales de Sobrarbe, ni han podido controlar o limitar sus efectos. Si repasamos la amplísima documentación generada en los pleitos político-constitucionales del siglo XVI y XVII (Virrey Extranjero, Señores de Vasallos, Antonio Pérez, Privilegio de Veinte, Capitán de Guerra) vemos que bastantes Alegaciones de los abogados del Rey siguen una estrategia argumental correcta pero, por razones que hoy no conocemos, no producen su efecto natural; probablemente se explica porque en el momento álgido –siendo Justicia Mayor Juan de Lanuza IV y Juan de Lanuza V– existe una clara parcialidad de este órgano judicial.

Fernando II de Aragón ha encontrado una fórmula para desarrollar un espacio de gobierno mediante el establecimiento del Santo Oficio para la inquisición de la herética pravedad<sup>45</sup>. Cuando las instituciones del Reino reaccionan –sin demasiados reflejos– al nombramiento que hace Torquemada de Juan de Colivera como Inquisidor delegado para Aragón, y comienzan a denunciar Contrafuero, Fernando II responde el 18 de enero de 1485:

«Quanto a la segundo... es de maravilliar que alguna persona docta diga que los Fueros del Reyno comprehenden el Officio de la Sancta Inquisicion de la heretica pravidat, ni otros officios e oficiales ecclesiasticos puestos e creados por el Santo Padre...

Quanto al sexto... a estos responderán que la intención nuestra nunca ha sido ni es de quebrantar los Fueros e Libertades de aquel Reyno, mas de fazerlas guardar y observar como la experiencia lo ha mostrado. E que no es

<sup>45</sup> José Ángel SESMA MUÑOZ, *El establecimiento de la Inquisición en Aragón (1484-1486). Documentos para su estudio*, Zaragoza: Institución «Fernando el Católico»; Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1987.

Jesús MORALES ARRIZABALAGA, «La “foralidad aragonesa” como modelo político: su formación y consolidación hasta las crisis forales del siglo XVI» *Cuadernos de estudios Borjanos, XXVII-XXVIII* (1992) pp. 99-175. En concreto sobre el establecimiento de la Inquisición, pp. 156-161.

de pensar que tan catholicos vasallo como han sido los de aquel Reyno impe-  
trassen Fueros ni Libertades que fuesen en disfavor de la Fe ni en defensión  
de la heretica pravidat...»

Sabemos que estas tensiones del momento inicial se aplacan después del  
asesinato del Inquisidor Pedro Arbués en La Seo del Salvador y que, tras un  
largo silencio, las instituciones del Reino buscan la ordenación de las activida-  
des inquisitoriales mediante sucesivas Concordias. Aunque la práctica está pla-  
gada de conflictos, se canalizan por las vías jurisdiccionales ordinarias de  
Competencias; el Rey ha conseguido crear un espacio «eclesiástico» fuera del  
sistema constitucional aragonés; exento del Fuero de Aragón.

El avance del rey en esta línea de desarrollar ámbitos de gobierno que esca-  
pan a las condiciones deducidas de las constituciones antiguas (equivalentes a  
la Old English Constitution de la que entonces también se escribe) exige un  
gran esfuerzo y una conquista de ese espacio normativo caso por caso; es el  
terreno de pragmáticas y rescriptos<sup>46</sup>. Por su importancia creo que el segundo  
espacio destacable se encuentra en el ámbito municipal; en algunas áreas del  
gobierno municipal<sup>47</sup>.

Para empezar, en el modelo bajomedieval, no estamos bajo el concepto de  
Ley –al que por analogía se adscribía el Fuero– sino en el ámbito de los Esta-  
tutos.

«Statuta fieri possunt per universitates, et de quibus potest per illas statui  
et quos dicta statuta ligent, et plura de dictis statutis<sup>48</sup>.»

El desarrollo e institucionalización del régimen municipal y la gradual  
intervención regia en su organización es apreciable desde el final del siglo xv.  
El engarce de la nueva organización municipal en un esquema complejo de  
administración y de gobierno no es sencillo. Todos los elementos que se ponen  
en relación se están redefiniendo. Poco tienen que ver las universidades de  
vecinos con los Concejos y ayuntamientos; por su parte, las expresiones «Fue-  
ros de Aragón» o «Reino de Aragón» varían su significado de manera sustan-  
cial entre el siglo xiii y el xvi.

Podemos decir que las bases teóricas para la institucionalización del Reino  
de Aragón desde una perspectiva regia se definen en el siglo xv (como en el  
resto de los reinos de Europa), pero en nuestro caso, los Reyes encuentran

---

<sup>46</sup> JON ARRIETA ALBERDI, «El Consejo de Aragón y la función normativa. 1.2. Normas gene-  
rales no dadas en Cortes» en *El Consejo Supremo de la Corona de Aragón (1494-1707)*, Zarago-  
za: Institución «Fernando el Católico», 1994, pp. 479-484.

<sup>47</sup> CRESPI, ... se enfrenta a la pregunta de si el rey puede hacer interpretación declarativa por  
rescripto general o crear derecho en el sentido de «ley universal... sin las Cortes. La respuesta es  
diferente en función del reino de la Corona de que se trate. En Aragón puede el rey dar órdenes,  
preceptos y ordenaciones para las universidades o particulares que no obsten o deroguen a los  
fueros y privilegios. No puede hacer leyes generales sin las Cortes» en JON ARRIETA ALBERDI, «El  
Consejo de Aragón y la función normativa» en *El Consejo Supremo de la Corona de Aragón  
(1494-1707)*, Zaragoza: «Institución Fernando el Católico», 1994, p. 479.

<sup>48</sup> BARDAJÍ, *Commentarii*, §32 del comentario al Privilegio General, fol. 25-IV y siguientes.

mayor resistencia para el desarrollo efectivo de sus nuevos planteamientos; además, esta resistencia desarrolla su propio sustrato teórico que contrapone al modelo regio. En este contexto de tensión, la posición de los municipios en la estructura institucional del Reino resulta también insatisfactoria para el Rey; el desarrollo de los Concejos y Ayuntamientos ha llevado a sus manos un número enorme de competencias de gobierno; los ciudadanos perciben nítidamente estas instituciones locales como autoridad cuyas decisiones condicionan su vida cotidiana. Un Rey que aspira al monopolio del poder político, que intenta implantar un modelo en que toda la autoridad –reciba el nombre que sea– tenga en él su origen, no puede permitir la existencia de ese núcleo de poder como autónomo o exento de la propia autoridad regia. Por poner un ejemplo, los Concejos han consolidado el uso de la fórmula «Estatuymos et ordinamos» que explican como realización de un poder normativo; no es razonable que el Rey se enfrente con el Reino por el monopolio legislativo que se concreta en la aprobación de Fueros de Cortes o adopción de decretos de gobierno, y deje fluir esa potestad normativa local.

«Non solo de razon scripta, mas ahun por privilegios por los Illustrissimos Reyes de Aragon de inmortal memoria a la ciudad de Jacca atorgados, la dicha Ciudad puede fazer estatutos y otros paramientos e ordenaciones. Por tanto...»<sup>49</sup>

Los fundamentos de esa potestad normativa municipal son tres, que se presentan en diferentes grados y se combinan en diferentes proporciones:

1. Concesión-delegación regia mediante unos privilegios que son citados de manera genérica. En concreto, en el caso de Jaca, no he sido capaz de encontrar en los distintos Privilegios reales ningún fundamento claro para esta pretensión.
2. Uso, en sus diferentes versiones. Una genérica remisión a la práctica que en este caso no va acompañada expresamente de un análisis técnico que la relacione con usucapión, prescripción o tácito consentimiento (elementos que sí aparecen en las Observancias de Jaime de Hospital en relación con jurisdicción señorial).
3. Razón escrita, o Derecho, sin proporcionar tampoco mayores detalles.

El fundamento teórico de esa potestad normativa no era muy consistente; es verdad que no era de peor condición que el soporte proporcionado por los Fueros de Sobrarbe. También en el caso de las pretensiones municipales, sorprende que el análisis revisor propiciado por el Rey no cargue el esfuerzo argumental en esos fundamentos, sino que se concentre en un momento lógico posterior intentando definir límites de uso y condiciones de ejercicio; el Rey

<sup>49</sup> Podemos ver ejemplos muy claros en la ciudad de Jaca, cuyas actuaciones conocemos gracias a una de las magníficas obras de Manuel GÓMEZ DE VALENZUELA: *Estatutos y actos municipales de Jaca y sus montañas (1417-1698)*, Zaragoza: Institución Fernando el Católico, 2000. El documento concreto del que procede el párrafo es el número 23, p. 91.



acepta una inversión de la carga de la prueba asumiendo la negación de unos argumentos que debiera haber proporcionado con mayor precisión quienes afirmaban la existencia de esa autonomía normativa.

Creo que el Príncipe Felipe, antes incluso de reinar como Felipe II, es responsable de una estrategia activa de intervención regia que forma parte de su representación del gobierno de Aragón. Torras i Ribé habló de la desnaturalización del procedimiento insaculatorio<sup>50</sup> pero situó el proceso ya muy cerca de 1591, varias décadas después del momento en que yo creo que puede identificarse con claridad esa intervención regia creciente a través de conceptos generales como el «bien universal» versión de la época de nuestro «interés general»; creo que su análisis está condicionado porque extrapola a los municipios del reino la muy especial situación de Zaragoza<sup>51</sup>. Mi opinión es en este punto muy distinta: casi hablaría de un proceso generalizado de intervención regia en el régimen municipal, por una parte controlando personas insaculados, pero también al hilo de la depuración del procedimiento insaculatorio, reformando sus normas de régimen orgánico y funcional.

Dentro de este nuevo planteamiento podemos establecer una especie de línea o gradación de intervención que iría desde la realizada sobre Teruel y Albarracín hasta el fracaso frente a los privilegios de la ciudad de Zaragoza. En posiciones intermedias, la situación más frecuente es una intervención de apariencia indirecta que busca cobertura en la regularización de las insaculaciones.

En unos casos la intervención regia no parece haber generado resistencia, pero en otros vemos enfrentados al Comisario regio con el Concejo; el símbolo físico de este conflicto era en bastantes ocasiones la posesión física de las bolsas que contenían los redolinos con los nombres: en 1544 el Comisario Regio Pedro de Ateza no consigue que los miembros del Concejo de Tauste le entreguen las Bolsas, ni las llaves del arcón que las contiene; cuando dice que las abrirá «con las llaves del rey» se niegan a indicarle dónde está el archivo. A finales del siglo XVII Torras documenta casos en que los Comisarios se han llevado las bolsas (Alcañiz, Albaracín...) y otros en que se les dificulta o impide en acceso a ellas<sup>52</sup>.

Completando el análisis del Dr. Torras, que sigue siendo exacto en lo fundamental, nuestra revisión del proceso de intervención regia se construye desde la magnífica edición de documentos notariales de este periodo realizada por San Vicente a través de los cuales podemos ver los poderes otorgados a los

---

<sup>50</sup> Josep M.ª TORRAS I RIBÉ, «La desnaturalización del procedimiento insaculatorio en los municipios aragoneses bajo los Austrias» en *Studia Historica. Historia Moderna*, 15 (1996) pp. 243-258.

<sup>51</sup> «Según todas las apariencias, con posterioridad a la muerte de Fernando el Católico el intervencionismo monárquico en los municipios aragoneses se atenuó notablemente... y durante buena parte del siglo XVI parece haber quedado reducido a algunas actuaciones puntuales en el concejo zaragozano, realizadas durante los años 1565 y 1566 a las que cabe atribuir una significación limitada». Josep M.ª TORRAS I RIBÉ, «La desnaturalización...» p. 246.

<sup>52</sup> «El secuestro de las bolsas de insaculación a finales del siglo XVII, epílogo del intervencionismo monárquico en los municipios aragoneses» en Josep M.ª TORRAS I RIBÉ, «La desnaturalización...» pp. 257-258

Comisarios Reales –normalmente del Consejo– y la estrategia seguida, semejante en sus elementos sustanciales al régimen de Visita que podemos encontrar en el área castellana. En la mayor parte de los casos que conocemos, la intervención del Comisario regio tiene su núcleo en la depuración de las bolsas de insaculados, pero rara vez se queda en la refacción de un censo sino que va habitualmente acompañada de la reforma o nueva redacción de reglas que funcionalmente al menos encajan en el concepto de Ordenación, término usado en el ámbito aragonés cuando se hacen ediciones impresas de las normas que en Castilla se llaman Ordenanzas de las respectivas ciudades. En esa reforma de reglas promovida por el Comisario regio intervienen uno o más Comisarios del propio Concejo que, a tenor de la fórmulas empleadas, parecen tener la capacidad para autorizar o rechazar en nombre del Concejo las reformas propuestas por el Comisario regio<sup>53</sup>.

Algunas veces tenemos documentada la discrepancia; entonces afloran los argumentos que está utilizando el Rey para legitimar su intervención. Los deducimos invirtiendo las razones del rechazo:

«...y la susodicha comission no aya sido hecha a suplicacion de la univrsidad de la dicha Villa ni con su voluntad ni consentimiento, y no conviene al servicio de Su Magestad ni Alteza, ni al bien universal de la dicha villa...»<sup>54</sup>

Esta negativa de Tauste no detuvo al Comisario regio, Pedro de Ateza, que exigió la aceptación de su Comisión; el Consejo no quiso siquiera indicarle quién tenía las llaves del Archivo donde estaban las Bolsas ni dónde estaba el propio archivo. El 17 de abril decretó unilateralmente una extensa regulación que el Concejo tuvo que aceptar tras expresar su *protestación*<sup>55</sup>. El 24 de abril el Comisario regio hace público su decreto sobre las bolsas de oficios municipales y los nombres que en cada una de ellas quedan definitivamente incluidos

Vemos cómo el Rey utiliza los argumentos de tipo genérico (interés del servicio real, compromiso con su Alteza; bien universal...); son los atributos originarios de la construcción bajomedieval de la autoridad regia, pero que ahora son objeto de una interpretación cada vez más expansiva y, por tanto, conflictiva.

Como decimos, en los extremos de esta escala de intervención regia en la ordenación del régimen municipal aragonés encontramos la resistencia de Zaragoza y el allanamiento de Teruel y Albarracín.

<sup>53</sup> Los ejemplos de esta situación son abundantes en la obra de Ángel San Vicente; por citar uno que es especialmente descriptivo: el documento n.º 19, de 29 de diciembre de 1561, en que Carlos de Santacruz, Comisario real, y Vicente Agustín, Comisario del Consejo de Zaragoza, presentan al Consejo de Alagón las credenciales que les facultan para decretar ordenamientos político-administrativos para dicha villa» en Ángel SAN VICENTE, *Colección de fuentes...*, pp. 179-184.

<sup>54</sup> Ángel SAN VICENTE PINO, *Colección de fuentes...*, doc. 5, pp. 52-54. El Documento es de 13 de abril de 1544; el párrafo citado aparece en la p. 55. El tema fue litigioso.

<sup>55</sup> Ángel SAN VICENTE PINO, *Colección de fuentes...*, doc. 6 y siguientes, en especial, el n.º 7, pp. 59-84 en que aparecen una Ordenanzas decretadas por el Comisario el 17 de abril: cuatro días después del primer intento consensuado. La protestación del Concejo, pp. 60-62.

*Felipe II transforma los Fueros de Teruel en Ordenanza real*<sup>56</sup>. Durante el siglo XVI las Comunidades de Teruel y Albarracín todavía disponían de unos fueros y regulaciones propias distintos a los generales de Aragón. Las sucesivas peticiones desde estos lugares a los monarcas de la concesión de algunos de los derechos contemplados en los Fueros de Aragón llevaron al rey Felipe II (I de Aragón) a nombrar al Vicecanciller Bernardo de Bolea comisario para la formación de un fuero para la ciudad y comunidad de Teruel y villa de Mosqueruela. El trabajo técnico de esta norma se funda en la comisión regia otorgada a Gil de Luna en Toledo, el 30 de agosto de 1560. Gil de Luna es auxiliado en este trabajo por personas nombradas «por las dichas Ciudad, Comunidad, e Villa». Como punto de partida se revisa el «Padrón» o «volumen» de los Fueros de la Ciudad, Comunidad y Villa; se revisan registros y archivos, y se forma un nuevo volumen. El treinta de mayo de 1564, Bernardo de Bolea se reúne en la iglesia mayor de Teruel con los diputados por las ciudad, comunidad y villa, junto con jueces, alcaldes, regidores, «e otros muchos ciudadanos, o vezinos, e moradores de la dicha ciudad, assi eclesiasticos como seculares, e del procurador general, regidores, y otros vezinos de dicha comunidad».

Bernardo de Bolea, en uso del poder especial otorgado en su favor, decretó y otorgó «cum gratiarum actione» los fueros por los que, en adelante, habían de regirse las dichas ciudad, comunidad y villa. Según cuenta el propio Gil de Luna, aceptaron y recibieron estos fueros todos los presentes «en nombre y boz de las dichas universidades, y de todos los otros particulares, e habitantes, presentes, absentes, y futuros». Levantó acta de la sesión el notario Juan Dotza, remitiendo dos copias fehacientes: una al Archivo Real de la Diputación en Zaragoza y la otra al Archivo de la ciudad de Teruel.

El once de marzo de 1565, Gil de Luna obtiene licencia regia para la impresión de un libro que recoja el fuero decretado por Bernardo de Bolea en 1564. La obra se edita el mismo 1565, en los talleres de Juan Mey.

Siguiendo la práctica de las ediciones de Fueros de Aragón, el libro incluye una significativa relación de los Reyes de Aragón que han celebrado Cortes en la ciudad de Teruel, y los que han dado fueros a la dicha ciudad y comunidad, y a la villa de Mosqueruela, en las dichas Cortes y fuera de ellas. Esta relación iconográfica y literaria de reyes que han otorgado fueros a la ciudad, comunidad y villa, cumple la función de establecer el fundamento de la autoridad para crear fuero: los fueros de Teruel de los que hay noticia fidedigna proceden todos ellos de una decisión del Rey que responde a una petición de legítimos representantes de las dichas universidades. La actuación puede realizarse en Corte, o fuera de ella: es una circunstancia que no afecta a la esencia normativa. El Rey concede, decreta, confirma, deroga... para mejora de los Fueros. Las mismas atribuciones tiene el Rey sobre las costumbres, que son tenidas como Fuero (*secundum consuetudinem Turolii, quae pro Foro servatur*, ff. 80 a).

---

<sup>56</sup> Jesús MORALES ARRIZABALAGA, «Presentación» *Fori turolii*— Los Fueros de Teruel/ Edición de Gil de Luna, 1565, Valencia, Imprenta de Juan Mey, Teruel: Ayuntamiento de Teruel; el Justicia de Aragón; Instituto de Estudios Turolenses, 1998.

Los Fueros de la Ciudad y Comunidad de Teruel, y la Villa de Mosqueruela, son obra regia: «per eos condita, et inferius exarata».

Gil de Luna sólo recoge directamente como Fuero de Teruel normas aprobadas por reyes: aquéllos que figuran en la relación literaria e iconográfica antes referida. Gil de Luna organiza la impresión de un Fuero de Teruel aprobado en 1564 por Bernardo de Bolea en nombre del Rey. Este Fuero tiene naturaleza legal y efecto derogatorio sobre otras normas de carácter legal, acuerdos de cualesquiera órganos de gobierno de la ciudad, comunidad y villa, resoluciones judiciales o arbitrales (incluidas de los propios reyes), concordias, tradiciones y costumbres. La intervención de Felipe II alcanza la práctica totalidad de las cuestiones, en especial las relativas a la ordenación de mercado, oficios de república y artesanales, procesos, contratos y régimen familiar. La aprobación del nuevo texto supone la derogación de todo lo que queda fuera, incluso sentencias reales y concordias. Aunque se presentan como «los» Fueros de Teruel mejorados y ampliados, estamos en realidad ante una *Ordenanza* decretada por Felipe II para la Ciudad, Comunidad y Villa, con derogación de todo lo no incluido o confirmado expresamente en su cuerpo y cerrando cualquier vía de creación de ley o fuero distinta al decreto regio. La participación de representantes de las instituciones turolenses, tiene significado político, pero no eficacia jurídica.

«Para quitar toda duda, y que aquellos que han seydo removidos, y abolidos, no se puedan de aqui adelante allegar assi en juyzio como fuera del, en decision de causas, e processos algunos, ni otros fines y efectos semejantes. Statuymos y ordenamos, que de qualesquiere otros... que se contienen en los libros y volumines de los Fueros de la dicha ciudad, comunidad, y villa, fuera del presente volumen, no se haya de haver razon alguna, mas que si nunca hechos ni statuydos fueran.»

Este efecto derogatorio del libro de fueros aprobado en 1564, no lo tenían las colecciones anteriores, que siempre salvaban lo que contuviera el «padrón o volumen de los Fueros» o se pudiese acreditar por instrumento.

Felipe II consigue así sentar en relación con estos territorios su autoridad legislativa, frente a la cual no puede invocarse límite foral. A diferencia de lo que sucede con los Fueros de Aragón, sus decisiones legislativas pueden derogar cualesquier normas de la ciudad y comunidad de Teruel. Éstos son factores que facilitan en 1598 la integración en el ordenamiento general del reino<sup>57</sup>.

En el extremo opuesto de esta línea de eficacia en la intervención regia en la apropiación o recuperación de la potestad normativa se sitúa el fracaso en los intentos por revisar los privilegios jurisdiccionales de Zaragoza, que provoca una reacción organizada desde finales del siglo XVI. Sabemos que en el siglo XVI los elementos estructurales del modelo político aragonés se desajustan hasta desencadenar conflictos casi constantes de revisión constitucional; unos se centran sobre posiciones o derechos de los que se considera titular al

<sup>57</sup> José Luis CASTÁN ESTEBAN, *El final de los Fueros de Teruel y Albarracín en el siglo XVI*, Tramacastilla [Teruel]: Centro de Estudios de la Comunidad de Albarracín (CECAL), 2009.

«reino», otros corresponden a los señores, corporaciones como la Casa de Ganaderos<sup>58</sup>, y otros a universidades de vecinos, con una posición muy destacada de la ciudad de Zaragoza en este grupo.

El Dr. Torras i Ribé difundió un importante informe de Martín Miravete de Blancas, fechado en 1596<sup>59</sup>, en el que hace una revisión de la organización municipal aragonesa, del fundamento efectivo de sus regímenes, y de los mecanismos a través de los cuales puede articularse la intervención del rey en sus elementos sustanciales<sup>60</sup>. Llama la atención que el esfuerzo argumental, una vez más, no se concentra en la revisión de la veracidad del fundamento invocado por los Concejos para defender su régimen y limitar la intervención regia, sino que el representante de las posiciones del Rey los acepta en términos generales y, desde esta posición de inferioridad, realiza un esfuerzo de ingenio para remontar la desventaja argumental de partida que él mismo ha concedido. No es insólito; exactamente es la misma situación que puede verse en los conflictos constitucionales que tienen su eje en los Fueros de Sobrarbe: aunque algunos letrados en sus Alegaciones en Derecho sí revisan la credibilidad de esos fueros fundacionales, las tesis del Rey suelen aceptarlos como ciertos y buscan estrategias indirectas para limitar o controlar sus efectos. El Dr. Torras sitúa en este informe el desencadenante del proceso de intervención regia en los procesos insaculatorios<sup>61</sup>. Como he dicho, sin negar en modo alguno la relevancia del documento, creo que lo que hace es reforzar una tendencia medio siglo más antigua. Todas las noticias que tenemos indican que en el siglo XVII la política está ya consolidada y el régimen municipal aragonés ha cambiado, más de facto que de jure, o mejor dicho, más por vía de la jurisprudencia doctrinal que de la reforma foral, se adopta un modelo de insaculaciones decenales intervenidas por Comisario regio<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> María Angeles ÁLVAREZ AÑAÑOS «La defensa de los privilegios municipales frente al Reino: Zaragoza contra Orencio Luis Zamora» en *El poder real de la Corona de Aragón: (siglos XIV-XVI)*, Vol. 5, 1996, pp. 27-46.

<sup>59</sup> Miravete de BLANCAS no es un autor menor. En mi opinión es el primero de los juristas aragoneses de primer nivel que aborda una revisión general de elementos clave de nuestro modelo político-constitucional. Por ambas líneas familiares pertenece a la aristocracia letrada del Reino. Ha dictaminado en el Pleito de Virrey extranjero y sobre el Privilegio de Veinte y privilegios nobiliarios y de la Casa de Ganaderos. Sus obras son tenidas en la mano por los autores –cronistas y juristas– que forman opinión sobre Fueros en el siglos XVII: Andrés de UZTARROZ, Orencio Luis ZAMORA, Blasco de LANUZA, LEIZA, Marqués del Risco... Realizó unos comentarios sobre los Fueros de Aragón y unos Scholia ad Molinum, que no se llegaron a imprimir.

<sup>60</sup> Josep M.<sup>a</sup> TORRAS I RIBÉ, «La desnaturalización...» pp. 248-251.

<sup>61</sup> «La realidad documental parece poner de manifiesto... que la monarquía puso manos a la obra con cierta celeridad para ejecutar el proyecto de apoderarse de las insaculaciones de las universidades aragonesas...» Josep M.<sup>a</sup> TORRAS I RIBÉ, «La desnaturalización...» p. 249.

<sup>62</sup> «... Según los datos contenidos en una «Relación de las insaculaciones de las ciudades, universidades, villas y lugares del Reyno de Aragón» elaborada a finales del siglo XVII, prácticamente se había difundido por todos los municipios del reino el proceso de implantación del nuevo procedimiento de insaculaciones decenales ejecutadas por medio de comisarios regios» Josep M.<sup>a</sup> TORRAS I RIBÉ, «La desnaturalización...» p. 251. El funcionamiento de este nuevo régimen decenal lo ofrece a partir de la p. 253.

## 5. LA IMPLANTACIÓN DE UN MODELO NORMATIVO DE TIPO CASTELLANO A PARTIR DE LAS LEYES DEL NUEVO GOBIERNO

Las especiales circunstancias en que se crea la Real Audiencia de Aragón le confirieron un contenido político mucho más acentuado que el que pudiéramos encontrar en los tribunales castellanos de los que tomó prestada la base para su organización<sup>63</sup>. Por esta razón la Audiencia, de manera semejante a lo que sucedía con el Consejo Real de Navarra, tiene unas atribuciones normativas y gubernativas que en los territorios castellanos quedaban fuera de Chancillerías y Audiencias.

Mientras que en las cuestiones de naturaleza jurisdiccional contenciosa la intervención de la Audiencia agota, en la mayor parte de los casos, la vía jurisdiccional, en las de naturaleza gubernativa serán habitualmente actuaciones intermedias, insertas en un proceso que concluye en los Consejos o en el propio monarca.

Dos fueron los grandes bloques en que podrían encuadrarse la mayor parte de las actuaciones gubernativas de la Audiencia de Aragón: aquéllas que suponen un apoyo a los asuntos del Consejo de Castilla que afectaban al Reino de Aragón, y aquellas otras en que controla, ordena o coordina las acciones de Corregidores, regidores y demás órganos de gobierno territorial.

El Consejo de Castilla tenía atribuidas las principales facultades para el gobierno del Reino de Aragón; ninguna decisión de importancia escapaba a su intervención pero, lógicamente, el conocimiento que tienen de los detalles menores en que deben fundarse sus decisiones es incompleto y reducidas, también, las posibilidades que este órgano supremo tiene para hacer ejecutar con sus recursos propio, las decisiones que adopta.

La Audiencia de Aragón será su apoyo en el reino, bien suministrándole previamente la información necesaria para la adopción de resoluciones, bien encargándose de que éstas se conozcan, cumplan y ejecuten.

La Audiencia, por su propia iniciativa o a requerimiento del Consejo, elaboraba Informes, memoriales o propuestas sobre aquellas cuestiones relativas al Reino de Aragón, que van a ser afectadas por decisión del Consejo. Se pronuncia sobre el fundamento y procedencia de los méritos que alegan quienes solicitan ser recompensados con un título que les acredite como oficiales de

---

<sup>63</sup> En los últimos años he vuelto sobre la Nueva Planta. Creo que los trabajos más detallados son: «La Nueva Planta del Reino de Aragón: la recuperación de la iurisdicció regia» en *Génesis territorial de España* José Antonio ESCUDERO LÓPEZ (coord.). Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2007, pp. 91-150.

«La Nueva Planta de Aragón. Proyecto e instrumentos» *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 13-14 (2005), pp. 365-408. URL: <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/27/26/20.Morales.pdf>

«El Justicia de Aragón en el siglo XVIII: la transición de una institución jurisdiccional a un símbolo político» en *Octavo Encuentro de estudios sobre El Justicia de Aragón. Zaragoza, 3 y 4 de junio de 2008*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2008, pp. 45-78.

algún órgano administrativo, o ser exonerados de algún oficio cuyo ejercicio se considera gravoso<sup>64</sup>. Informa con carácter previo sobre la posibilidad jurídica y la oportunidad de licencias y autorizaciones que corresponde otorgar al Consejo, pero cuyo objeto sea una actividad que se va a desarrollar en el ámbito territorial comprendido en la jurisdicción de la Audiencia, peticiones de redención o cualquier tipo de gracia a particulares.

Era el órgano de la administración que tenía la posibilidad y obligación de conocer todos los regímenes jurídicos especiales que existieran en su territorio: a su dictamen se acude cuando ante cualquier órgano y en cualquier instancia se alegaba un privilegio, exención, Bula, resolución real, ordenanza gremial, práctica o posición jurídica cuya existencia, origen, contenido y efectos fuesen insuficientemente conocidos por el órgano ante el que se alegaban<sup>65</sup>. En este apartado se incluye el pronunciamiento sobre normas de régimen local, tanto Ordenaciones –ahora convertidas en Ordenanzas– como Privilegios subsistentes a las Leyes del Nuevo Gobierno<sup>66</sup>.

La Audiencia podía emitir este tipo de informes porque asumió un decisivo papel como garante del cumplimiento del ordenamiento jurídico, lo cual se materializaba en que a ella se remitían ejemplares autorizados de las normas, generales o particulares, provenientes del Monarca, o decisiones del Consejo de Castilla que debían ser aplicadas en Aragón<sup>67</sup>.

Todo ello convirtió a la Audiencia en la institución del Reino que recibía en depósito la práctica totalidad de las normas aplicables en él, quedando documentada su existencia y accesible su contenido a través del Archivo del Acuerdo. De aquí derivó otra función gubernativa especialmente relevante porque la Audiencia podía emitir certificaciones de todo tipo de normas, generales y especiales<sup>68</sup>, a la vez que situaba a la institución y sus Oficiales en posición privilegiada porque tenían conocimiento de partes importantes del ordenamiento jurídico aplicable en el Reino que sólo formalmente habían llegado a

---

<sup>64</sup> En determinadas épocas se observa una cadena de renunciaciones de este tipo, que pueden servir de indicador de las crisis que sufren las instituciones de gobierno durante el siglo, en especial los Regidores. Por ejemplo, Libro de Real Acuerdo del año 1718, ff.112r-113r. Archivo Histórico Provincial de Zaragoza.

<sup>65</sup> Algunos ejemplos. Sobre el origen de la práctica de escrituras de concordia entre pueblos, comunidades, casas tituladas y particulares con sus acreedores, que acudían al Consejo con aprobación de la Audiencia, cfr. Libro de Real Acuerdo del año 1732, ff. 111r-113v.

<sup>66</sup> La documentación sobre esta cuestión está diseminada en las dos series documentales de la Audiencia que se conservan en el Archivo Histórico Provincial de Zaragoza, la de Real Acuerdo y la de Informes. Una colección más estructurada puede encontrarse en Archivo Histórico Nacional, Sección Consejos Suprimidos, legajos 18102, 18103, 18104, 18105 y 18106, sobre gracias y mercedes de las villas de Aragón, y legajo 18108 sobre confirmaciones de privilegios del Reino de Aragón.

<sup>67</sup> Algunos ejemplos. Ordenanzas de Montes y Huertas de Zaragoza, Libro de Real Acuerdo del año 1723, ff. 13v-14v. Del Colegio de Boticarios, Libro de Real Acuerdo del año 1715, ff. 98r-102r. Del gremio de Plateros, Libro de Real Acuerdo del año 1742, ff. 140r-190v. De Calatayud, Libro de Real Acuerdo del año 1756, ff. 280r-329v. De Borja, en Libro de Real Acuerdo del año 1758, ff. 388-572.

<sup>68</sup> Dos ejemplos tempranos: en Libro de Real Acuerdo del año 1716, ff. 107r-114r. También Libro de Real Acuerdo del año 1723, ff. 73r-86r.

público conocimiento. A la Audiencia quedaba encomendada la publicación de disposiciones cuando así le fuese ordenado y, sobre todo, la adopción de las medidas necesarias para su cumplimiento y ejecución<sup>69</sup>; las técnicas fundamentales eran el Bando y la remisión de copias<sup>70</sup>.

La puesta en funcionamiento de la estructura administrativa que se crea para Aragón con ocasión de las Leyes del Nuevo Gobierno derivadas de la guerra de Sucesión, exigió la intervención constante de la Audiencia bien mediante la elaboración de informes sobre las directrices que creía más adecuadas para la regulación de los nuevos órganos<sup>71</sup>, bien mediante su directa intervención aplicando y desarrollando estos decretos del Nuevo Gobierno<sup>72</sup>. Existe la presunción de que la Audiencia es el órgano de la nueva administración que mejor conocimiento puede tener de las medidas de gobierno concretas que deben adoptarse para la acomodación de la nueva estructura administrativa, y por esta razón a ella acude constantemente el Consejo de Castilla en busca de dictamen sobre el funcionamiento real de los órganos de las diferentes jurisdicciones y las medidas aconsejables para su mejora.

#### JESÚS MORALES ARRIZABALAGA

---

<sup>69</sup> Esta fue una actividad esencial de la nueva Audiencia. La primera ocasión relevante se produce con ocasión de la aprobación de la Nueva Instrucción para Corregidores, el Auto de la Audiencia en Libro de Real Acuerdo del año 1719, ff. 39v-48r.

<sup>70</sup> Ejemplos de las técnicas empleadas en los primeros años del nuevo gobierno: mediante bando, Libro del Real Acuerdo del año 1717, ff. 68v-69v; ff. 123v-125r. Mediante bando, remisión de copias y traslado. *Ibidem* f. 70r.

<sup>71</sup> Por ejemplo: informa para la elaboración de las nuevas instrucciones para corregidores, que debía redactar «teniendo presente la calidad de los territorios, gobierno municipal y particular de las ciudades, villas y lugares», en Libro de real Acuerdo del año 1717, ff. 53v-54v.

<sup>72</sup> Se le encomienda la formación de Aranceles nuevos de las justicias Ordinarias, Escribanos del Número, Contadores, Promotores Fiscales, Alcaldes de Cárceles, Padres de Menores, Alguaciles, Porteros y todos los demás Ministros que en los lugares de su jurisdicción debían percibir derechos por las pendenias judiciales y extrajudiciales: Libro de Real Acuerdo del año 1721, ff. 63r-64r.

Otros ejemplos: Auto del Acuerdo ordenando que los Corregidores del Reino no lleven derechos por las elecciones de oficios en los lugares de sus partidos, Libro de Real Acuerdo del año 1720, ff. 5v-6r. Mediante Circulares remitidas a los Corregidores les recuerda que los juzgados y justicias deben acomodarse a las penas pecuniarias de las Leyes de Castilla: Libro de Real Acuerdo del año 1714, ff. 42r-43r.



## *Voce praeconis et tubis clangentibus*

### Publicación y conocimiento de las normas en la Cataluña bajomedieval y moderna \*

SUMARIO:—I. Publicación: —A) Disposiciones regias. —B) Disposiciones aprobadas en Cortes.—II. Estampación.—III. Recopilación.

Aunque a propósito de una cuestión testamentaria, la famosa novela de Justiniano *Ut factae novae constitutiones*, junto a algún texto canónico, acabó convirtiéndose en lugar común para los juristas en tema de publicación. En ella, el emperador se quejaba de que *licet factae sint leges, tamen non sunt cognitae, aut provincialibus, aut etiam hic nondum fore propositae nullique manifestae*. Justiano venía entonces a reconocer que no era justo culpar de ignorancia a quien hubiese testado contra lo preceptuado en las leyes *in quo legem aut non positam esse contingit, aut positam, et eo, quod nondum proposita fuerit, iuste ignoratam*, y establecía un plazo de dos meses desde su *insinuatio* para que los notarios y súbditos tuviesen constancia de la fuerza de la ley y la observasen sin excusa <sup>1</sup>. Como un requisito que no afecta a la existencia de la ley en cuanto ya promulgada, la publicación, sin embargo, es un requisito sin el cual la ley no obliga. La publicación se convierte en el requisito que evita una eventual alegación de su ignorancia por los destinatarios y la publicación fija el momento a partir del cual, con o sin *vacatio legis*, las normas empiezan a ser exigibles y su ignorancia, inexcusable <sup>2</sup>. Daré cuen-

---

\* Proyecto de Investigación DER2009-12776 (subpg.Juri).

<sup>1</sup> Nov. 66pr. y 66.1pr.

<sup>2</sup> MIERES, Thomam, *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Catholoniae, pars prima. Ab innumeris, quibus antea scatebat, mendis repurgata; et a Magnifico*

ta aquí de las formas de publicación de normas en la Cataluña bajomedieval y moderna hasta principios del siglo XVIII distinguiendo las disposiciones regias, normalmente dadas *ex certa scientia*, de las disposiciones emanadas por las Cortes. Aludiré también a otros remedios relacionados con el problema de la difusión y conocimiento de las normas, como la impresión y la recopilación.

---

*Onophrio Puigferrer I. V.D sumariis adornata. Cum Indice locupletissimo. Pars secunda. Ab innumeris, quibus antea scatebat, mendis emendata, Barcinonae, Typis et aera Sebastiani à Cormellas, 1621, pars prima, p. 324, n. 12-15: «Ultimo nota hic quod constitutiones incipiunt ligare et arcare subiectos post duos menses, postquam fuerint publicatae ut in auth. Ut factae novae const. (...) ante hoc tempus non ligat (...) nisi aliter in constitutione exprimatur (...) Sed post dictum tempus bene ligantur et puniuntur contrafacientes (...) Nec est necesse, quod constitutio singulorum aurius inculcetur, sed sufficit publice recitari (...) Si tamen probare quis extra provinciam se fuisse, vel alias impeditum tempore publicationis, tunc excusaretur propter probabilem ignorantiam; pars secunda, p. 241, n. 6: «Ultimo nota in textu (...) quia licet de iure communi ubi aliter in lege nova non exprimitur, liget constitutio post duos menses à die publicationis ipsius, ut in auth. Ut factae novae constitu. Collat. 5. et extra de postulat. Praela. c. 1, tamen hic cavetur quod praesens constitutio non adstringat, nisi post sex menses»; pars secunda, p. 444, n. 62: «Sequitur in tex. Hu. o dos anys passats, etc., nisi hoc expressum fuisset, ligaret constituo post duos menses, ut in auth. Ut factae novae constituones circa prin. Colla. 5 de hoc legitur et notatur, extra. De postu. Praela. Ca. 1. nec est necesse quod aurius singulorum intimetur, ubi dicitur. Quandoque incipiunt ligare à die date, si hoc exprimatur»; pars secunda, 447, n. 13-16: «Nam regulariter lex, et constitutio noviter facta sumit robur et vigorem solum post duos menses à die publicationis, ut in auth. Ut factae novae const. in prin. Colla. 9 [sic], fallit ubi aliud tempus apponitur»; BELLUGA, Petrus, *Speculum Principum (...) nunc primum purgato omni vitio, et errore (...) Additionibus, et supletionibus illustratum; Authore Camillo Borello Iuriscoconsulto Olivetano. Opus iura profitentibus necessarium*, Venetiis, Expensis Iacobi Anielli Mariae, Bibliopolae Napolitani, 1580, rúb. 47, § Sciendum, n. 15, 217: «Sed videamus an de esse legis vel fori seu privilegii sit publicatio, et utrum quod sic, quia tunc ligat lex, cum publice editur, aut solemniter publicatur, extra de postu. Prelat. C. j. in auth. Ut factae novae const. Col. 5. (...) Dicit tamen de esse legis minus et privilegii est publicatio, nam non est de eorum forma substantiali publicatio, sed est de forma accidentali, quae requiritur ad hoc, ut lex liget, secundum Bald. (...) Adverte quod do. Bald. non proprie loquitur, quia non est publicatio legis de forma accidentali, ita quod requiratur, ad hoc ut legit: bene fatendum est, illam esse de forma accidentali, qui potest esse et abesse, et erit lex, e ideo non de necessitate requirit publicatio, nisi ad hoc, ut illius scientia praesumatur post duos menses. Et is qui ignorantiam allegare vult post duos menses a tempore publicationis illam habet probare, qui contra eum praesumitur, ex quo publice edita vel solemniter publicata, et ita loquuntur illa iura superius alegata (...) Nam de iure quilibet tenetur illam scire infra duos menses, ut in dicta auth. Ut factae novae const. Col. 5., licet quidam dicant quod de iure canonico esse secus, quod habet tempus sex mensium (...); GUILLEN À CERVANTES, Ioanne, *Prima Pars Commentariorum in legis tauri, Mantuaecarpentanae, Guillelmo Drovu Typographus, 1594, in praefatio, ff. 4v-5: «ex quibus infertur ante legis publicationem, ullam obligationem eam servanda subditis non adesse, sive in foro exteriori, sive in foro conscientiae (...) Eaque omnia quae in principio de publicatione diximus, sic accipienda sunt, ut non solum publicatio praecedere debeat, ad hoc ut subditi obligati iudicentur, verum etiam et publicationis tempus, antequam enim tale tempus transet subditi, quamvis scient, legem esse publicatam, ad eius observantiam non tenetur (...) idque locum habet iam in foro exteriori, quam in interiori. Si enim promulgetur aliqua constitutio, quae ex constitutione in Auth. Ut factae novae constitutiones, coll. 5. habet duos menses, à die publicationis, ad eius observantiam datos, ante illius temporis cursum, etiam scientes in conscientia excusabuntur (...)».**

## I

A) Las disposiciones regias, *provisiones, statuta, ordinationes, pragmatice, pragmaticae sanctiones, mandata, edicta, decreta, constitutiones*<sup>3</sup>, intimadas a la autoridad correspondiente, sancionadas y roboradas por la presencia de los correspondientes sellos o *bullae*<sup>4</sup>, se publican por medio de pregón, normalmente anunciado a toque de trompeta o de tuba, por las ciudades y lugares de importancia (*loca insignia*) del principado y por los lugares de las distintas Veguerías o, en general, por los lugares de la jurisdicción de cada uno de los oficiales a los que la disposición haya sido comunicada. La publicación, realizada en la forma en que en cada caso quede establecida, marca el momento a partir del cual la disposición obliga y despliega sus efectos. Así, con carácter preliminar y antes de una ilustración más profusa, en una *provisio et ordinatio* de Jaime II en mayo de 1302, al hilo de la prohibición dirigida a los clérigos para redactar instrumentos y escrituras públicas y ejercer el oficio de notario:

«Idcirco provida deliberatione duximus Ordinandum quod nullus clericus seu alia quecumque persona tonsuran defferens Clericalem (...) instrumenta seu alias publicas escrituras ex nunc in Terra et Dominatione nostra conficiant, nec ad Tabellenionatus Officium aliquatenus assumatur, seu etiam admittatur, alioquin instrumenta, seu Scripture huiusmodi confecte per illos post publicationem nostrae provisionis praesentis viribus careant et effectum (...) Quod circa vobis dicimus, et mandamus, quatenus huiusmodi nostram *provisionem et Ordinationem* faciatis visis presentibus per Civitates, et alia loca insignia Cathalonia ex parte nostra publice preconitzari, hoc idem etiam Vicariis Cathaloniae quisbusque, significetis, ut ipsi loca suarum Vicariarum, tan nostras propria quam alia quecumque, simili preconitzacione, vel literis publicent, seu faciant publicari<sup>5</sup>»,

<sup>3</sup> Pondré en *cursiva* estas denominaciones en los textos de las normas que más abajo iré utilizando.

<sup>4</sup> «(...) *ab eisdem emisso vallatum ac bulla plumbea domini regis corroboratum*», «*In cuius rei testimonium praesens privilegium nostrum vobis fieri, et plumbea bulla nostra iussimus communiri*», «*In cuius rei testimonium hanc fieri iussimus nostro sigillo munitam*», «*In cuius rei testimonium presentes fieri iussimus nostro communi sigillo pendenti munitas*» «*firmamus et iuramus (...) sigillum magestatis nostre apponi iussimus impendens*», «(...) *ad mariorem eius corroboracionem sigillum nostrum secretum imprimi iussimus in testimonium premissorum omnium et singulorum*», «*ab nostre segell comu lo qual usaven abans que al sacre imperi e al regne dels romans fossen elets en lo dors sagellades*», «*En testimoni deles quales coses haven manat fer las presents ab nostre segell comu en lo dors sagellades*», «*In cuius rei testimonium presentem fieri iussimus nostro regio communi sigillo quo nostri locumtenentes et capitanei generales presentis principatus Cathalonia (...) utuntur in pendenti munita, qui impromptu non est sigillum regium comune nostrum*», son fórmulas de sanción y roboración propias y habituales en la documentación.

<sup>5</sup> 3ª CYADC II, 1.5.1 (Jaime II, 31-V-1302) [Utilizo CYADC para referirme a la obra citada *infra*. n. 91].

una pragmática sanción de Alfonso V de 1457 por la que se fija el valor del florín:

«(...) hac *Pragmatica sanctione* ad nostrum beneplacitum valitura providendum duximus, uti praesentium serie providemus, volumus atque decernimus pro evidenti nostrae reipublicae utilitate (...) quo volumus et disponimus, vobis vero Magnificis dilectis et fidelibus nostris gerentibus vice Governoris Generalis in Principatu Cathalonia et in Comitatus Rossilonis et Ceritaniae praedictis Vicariis, Baiulis, subvicariis, subbaulis, et aliis etiam universis et singulis officialibus et subditis nostris (...) quod *Provisionem, voluntatem et decretum* nostrum huiusmodi, ac omnia et singula prae expressa teneant et observent (...) Et ut praemissa omnia et singula omnibus nota fiant, et faciant dicti nostri oficiales per loca solita Jurisdictionem eis comisarum Praeconis voce clangentibus prius tubis, solemniter publicari<sup>6</sup>»,

una pragmática de Fernando el Católico sobre la persecución de malhechores, de 1511:

«(...) Per ço ab deliberacio de nostre sacre real consell habent deliberat fer segons que de nostra certa sciencia deliberada y expressa fem la present y davall escrita nostra *real pragmática sancio* laqual manam sia publicada en lo cap de quiscuna vegueria del principat predicte et en altres lochs sie segons sera vist necessari laqual es del tenor seguent<sup>7</sup>»

o la petición que en 1553 realizan al rey los integrantes del brazo eclesiástico y militar sobre la difusión de algunas pragmáticas regias:

«Los braços Ecclesiastic, y Militar de la present Cort supplican a Vostra Altesa, li placia statuir, y ordenar, que (...) la *Pragmatica* feta per lo Serenesim, y Catholic Rey Don Ferrando Segon de immortal recordacio, sobre la exactio, y paga de las Decimas, y Primicias, la data de la qual fonc en la present Vila de Montsó a dos de setembre de mil sinc cents deu, ab la declaratio feta en la dita Vila de de Montso a deu de Setembre de mil sinccents quaranta y dos, sian inviolablement observadas, e perque lo tenor de ditas *Pragmaticas* sie notori, li placia a Vostra Altesa statuir, que aquellas, o lo efecte de aquellas sie publicat ab Cridas per los Casps de las Veguerias del present Principat, y Comtats de Rossello, y Cerdanya<sup>8</sup>».

La obligación de la publicación *voce praeconis* suele ir acompañada de la obligación de registrar la disposición en los *libros de la Curia*, aunque esta obliga-

<sup>6</sup> SALAT, Josef, *Tratado de las monedas labradas en el Principado de Cataluña con instrumentos justificativos I-II*, Barcelona, Imprenta de D. Antonio Brusi Impresor de Cámara de S. M., 1818, II, 63 (Alfonso V, 8-VI-1457) p. 87.

<sup>7</sup> *Pragmatica sancio feta per lo molt illustrissimo e potentissimo e catholic princep Rey e senyor (...) don Ferrando Rey de arago y de los Sicilies &c. sobre la persecucio dels malfactors ab sometent y sobre los receptadors (...)*, Barcelona, Carles Amoros, 1513 (5-XI-1511).

<sup>8</sup> 3ª CYADC II, 4.14.7 (Felipe I, Cortes de Monzón de 1553). Vid. también 3ª CYADC II, 4.4.1 (Jaime II, 31-V-1302); 3ª CYADC II, 1.5.2 (Jaime II, 25-IX-1312); 3ª CYADC II, 1.5.3 (Jaime II, 30-VIII-1314).

ción puede incluirse aisladamente<sup>9</sup>. El pregón, incluso aquel que es repetido en determinadas fechas del año, es efímero, no asegura el conocimiento futuro. La conservación y preservación de la disposición se asegura, además de incluyéndola en los registros de la cancellería regia, de los que pueden extraerse los oportunos trasuntos<sup>10</sup>, registrándola en los correspondientes registros o libros de las curias, forma, además, a través de la cual se facilita la posterior circulación de las normas a partir de las copias o traslados realizados de la disposición registrada<sup>11</sup>. Registro y pregón de la disposición en los libros de la curia, pues, suelen ser los medios habituales para facilitar el conocimiento de las disposiciones regias tanto a quien deben cumplirlas como a los oficiales encargados de su cumplimiento<sup>12</sup>:

«(...) Nos enim per praesens mandamus universi, et singulis Officialibus nostris, et ejusdem Infantis presentibus et futuris, vel eorum locatentibus [*sic*,

<sup>9</sup> 3ª CYADC II, 9.22.2 (Pedro III, 2-XII-1339): «Hanc autem provisionem nostram in registris Curiarum vestrarum jubemus protinus registrari», pero no se ordena su publicación.

<sup>10</sup> Marc TORRAS I SERRA, *El Llibre Verd de Manresa (1218-1902)*, Barcelona, Fundació Noguera, 1996, 184 (15-IX-1572) p. 546: «Hoc est trasumptum bene et fideliter Minorise sump-tum a quodam publico regii instrumento in pergameneo exarato et manu excellentissimi domini dompni Ferdinandi de Toledo, prioris Castelle (...) sacre, catolice et regie magestatis consiliarii, locumtenenti et capitanei generalis in principatu Cathalonie et comitatibus Rossilionis et Ceritanie signati et regio sigillo impendey in veta cirius rubei croceique coloris cum signo de registrata aliisque debitis et solitis regie cancellaria solemnitatibus munito et roborato non vici atque non cancellato nec in aliqua eius parte inspectis sed omni prorsus vicio et suspesione carey cuius tenor est huiusmodi (...)».

<sup>11</sup> AA. VV., *Llibre de Privilegis de Cervera (1182-1456)*, Barcelona, Fundació Noguera, 1991, 116 (Martín I, 5-XII-1407), pp. 338-340: «Hoc translatum sumpsum a libro curie venerabilium vicariorum Terracone et Campi, in quo es registrata quedam carta illustrissimi domini regis Aragonum, tenoris sequentis: (...) Quod translatum fuit translatum de dicto libro ad instanciam et postulacionem honorabilis et regiliosi fratris Alfonsi Morralla, in sacra pagina magistri, ordinis minorum professoris, et sigillo dicte comunis curie sigillatum, ut in iudicio et extra fides ab omnibus impendatur, die videlicet lune quinta decembris, anno a nativitate domini millesimo quadragintesimo septimo. Sig+num mei Raymundi Gombau, auctoritate regia notarii et scribe venerabilium vicariorum Terracone et Campi, qui hec translatum a dicto libro fideliter translatori fecit et clausit. Constan tamen de supraposito pregant»; *Cortes de los Antiguos Reinos de Aragón y de Valencia y Principado de Cataluña [=CARAVYC]*, Madrid, Real Academia de la Historia, 26 vols., 1896 y siguientes, 20 (Alfonso V, Cortes de Barcelona de 1436-37) p. 63: «Huiusmodi translatum fuit sumpsum veridici a quodam regio Curie vicarie Barchinone, et inde legitime comprobatum per me Laurentium de Colle, auctoritate regia notarium publicum Barchinone et scriptorem iuratum in dicta Curia, haec manu propria scribentem et inde fidem facientem» (Se trata del tratalado de los libros de la curia de la vegueria de Barcelona de una decisión del rey tomada en Cortes de Tamarit de 1384 por la que ponía en tregua general al Principado de Cataluña y de la que se había ordenado el correspondiente pregón).

<sup>12</sup> Éstos, eventualmente, acusan recibo de la íntima regia y declaran haber procedido a la publicación en la forma ordenada por el monarca: SALAT, *Tratado II*, 34 (7-V-1370; la *littera* contiene una *ordinacio* de Pedro IV de 22 de abril de 1370), p. 40: «Die Jovis nona mensis Madii anno á Nativitate Domini Millessimo CCCLXX fuit presentata Honorabili Pedtro Grunadui Vicario Barchinonae et Valesii Littera Sequens (...) Qua quidem litera praesentata continuo dictus honorabilis vicarius dixit, quod ipse recipiebat dictam litteram cum ea reverentia qua decet, et quod erat paratus contenta in eadem effectualiter adimplere. Et de prasenti tradidit Jacobo Clos preaconi pulico dictae civitates ut illam publicaret per civitatem de mandato sui praeconizationem sequentem (...)»; *CARAVYC* 20 (Afonso V, Cortes de Barcelona de 1436-37) p. 62: «Et recepta dicta litera per dictum honorabilem vicarium cum debita reverentia domini Regis, incontinenti

por *locatenentibus*], quod huiusmodi *prohibitionem* et *mandatum nostrum* teneant et observent, et contra ea venire aliquatenus non praesumant, vos autem huiusmodi nostri aedicti forman, et preconizationem quam inde fieri faceritis in libris Curiarum dictorum Officialium nostrorum faciatis ad maiorem Rei evidentiam registrarí<sup>13</sup>».

«(...) mandantes sub dictis poeneis, vel praesens nostrum *mandatum* quod observatione, et executione dictarum Constitutionum, factum voce praeconis publicari faciatis, et in libris Curiarum nostrarum copiari, et inseri ad memoriam sempiternam<sup>14</sup>».

*Ad maiorem rei evidentiam.* La conexión entre, por una parte, la evitación del olvido y, de otra, la evitación de la eventual alegación de ignorancia, tanto por parte de los oficiales como por parte de los demás destinatarios obligados al cumplimiento de la norma, suele también establecerse al hilo de la orden de publicación por pregón y de su registro:

«Et ut de praedictis non valeant per ipsos Officiales nostros ignorancia allegari, mandamus praesens *Statutum*, et *Ordinationem* in Libris Curiarum Vicariarum et Bauiliarum nostrarum Cathaloniae ad memoriam registrarí<sup>15</sup>».

«(...) iubemus per praesens *Generalem nostrum aedictum* tenaciter observari (...) Et ne praesens *Ordinatio* captiosa videatur, neque illi cum quibus dictas compositiones facietis, valeant super hanc ignorantiam allegare, statuimus vobisque praecipiendo mandamus, quatenus in continenti quisquam vestrum nunc dicta Officia Regentium, et deinceps quilibet ex aliis futuris, confestim in principio suo Regiminis faciatis, et faciant predicta omnia, prout supra contenta sunt, voce praeconis una vice singulis mensibus, et praesertim in diebus Mercati in Locis assuetus publice nuntiari, et registris Curiae cuiuslibet registrarí<sup>16</sup>».

«(...) dicimus et districte percipiendo mandamus quatenus praesens *statutum* notrum sive pracinaticam sancionem inviolabiliter observando illud ut illius possit ignoranciam allegare freequenter diebus quibus in dicta villa preconizaciónis sunt fieri assuete vel singulis diebus sabbaticus prout nobis et

---

dictus honorabilis vicarius mandavit fieri preconizationem sequentem: Ara oiats (...) Postea vero die jovis XVII anno predicto, dominus de Masal preco publicus civitatis Barchinone retulit se predictam preconizationem mandato dicti vicarii fecisse palam et publice et preconitzasse per civitatem Barchinoe et per loca solita et insignia ipsius civitatis, sono tubarum et de taballs primitus emisso, dicta scilicet, die jovis XVII Martii, anno predicto».

Así que, en torno al pregón como forma de publicación de una norma podemos encontrarnos las siguientes noticias: las que suministra la propia norma cuando ordena ser pregonada; las de los oficiales encargados de su cumplimiento afirmando haber ordenado el pregón; las del propio pregón y, finalmente, las del pregonero sobre el día y forma en que el pregón tuvo lugar.

<sup>13</sup> 3ª CYADC II, 9.18.3 (8-IV-1335).

<sup>14</sup> 3ª CYADC II, 9.20.3 (17-IX-1351).

<sup>15</sup> 3ª CYADC II, 9.20.1 (30-IX-1335).

<sup>16</sup> 3ª CYADC II, 9.18.5 (2-XII-1339).

consulibus discte ville espediens videbintur voce preconis faciater sollempniter publicari<sup>17</sup>».

«Quod circa vobis dicimus, et districte praecipiendo mandamus, quatenus prasens *statutum* nostrum, sive *Pragmaticam sanccionem* inviolabiliter observando, eam, ut nullus possit ignorantiam allegare, frequenter diebus quibus in Vicaria, et Baiulia predictis Mercatum, aut nundina celebrantur, voce praeconis faciatis solemniter publicari<sup>18</sup>».

«Mandantes (...) quatenus hanc *ordinationem* nostram teneant et observent, et teneri, et observari inviolabiliter per quempiam faciant. Mandamus itaque dicto Vicario barchinonensi, vel eius locumtenenti, quod prasentem *ordinationem* nostram faciant in libris suae Curiae registrari, et palam, et publice in dicta civitate Barchinonae praeconizari, ut ne quis ignorantiam valeat allegare<sup>19</sup>».

«(...) quatenus *provisionem* et *ordinationem* nostram huiusmodi teneant et observent, et observari faciant per quoscumque (...) Volentes quod huiusmodi *ordinatio* nostra publicetur solemniter in locis insignibus, et diebus forensibus ut nullus ignorantiam praetendere valeat, seu accusari<sup>20</sup>».

«Et ut de huiusmodi et alia nostra *provisio*ne iam dicta melius omnibus innotescat, mandamus (...) quatenus omnia contenta in presenti et in alia nostra *provisio*ne faciatis voce praeconis per loca assueta publice nuntiari, ne aliquis super hiis valeat ignorantiam allegare<sup>21</sup>».

«(...) et ex hoc post quotiens voce praeconis in publicam notionem facta inde, prius in locis insignis iam dictorum Regnorum, et Principatum, et per ullum ex officialibus praelibatus qui praedictis interfuerint, certificatio legitima, ne quis ignorantiam valeat praetendere aliqualem, adiecto *ordinationi*, et *Pragmaticae sanctionis* huiusmodi, quod (...) Mandantes vobis et vestrum cuilibet de certa scientia et expresse (...) quatenus nostrum praesens *edictum*, *provisionem*, *ordinationem*, *inhibitionem* et *Pragmaticam sanctionem*, facta prius publicatione iam dicta, servetis ad unguem (...)»<sup>22</sup>.

«E per tal que la dita *provisió*, *statut* e *inhibició* sien fermament observades, ha manat a tots e sengles oficials seus de certa sciència e sots encorriament de la su ira e indignació que aquelles facen inviolablement observar en

<sup>17</sup> BOSOM I ISERN, Sebastià-VELA I PALOMARES, Susanna, *Llibre de privilegis de la vila de Puigcerdà*, Barcelona, Fundació Noguera, 2007, 64 (6-III-1356) p. 175.

<sup>18</sup> 3ª CYADC II, 9.7.1 (10-XII-1360).

<sup>19</sup> SALAT, *Tratado* II, 32 (Pedro IV, 19-V-1362) p. 36.

<sup>20</sup> SALAT, *Tratado* II, 38 (Pedro IV, 1-VI-1365) p. 40

<sup>21</sup> PUIG I OLIVER, Jaume de, «Documents inèdits referents a Nicolau Eimeric i el lul·lisme», en *ATCA* 2 (1983) 15 (Juan I, 12-IX-1392), p. 340

<sup>22</sup> SALAT, *Tratado* II, 45 (Martin I, 1-VI-1398) p. 47. Del siglo XIV, *vid.* también, USÓN SESÉ, E., «Un formulario latino de la Cancillería Real Aragonesa (siglo XIV)», en *AHDE* 6 (1929) for. 27, p. 353 y *AHDE* 10 (1933) for. 274, p. 369.

les ciutats, viles e lochs a la jurisdicció a ells comanada sotsmeses solemnpnament, ab veu de crida publicar per tal que alcún per ignorància no s'escús<sup>23</sup>».

«(...) E perquè ignorancia nos puga alegar en la present ciutat y castella de Càller y en les altres ciutats, villes y lochs del present regne, mana sa respectable senyoria la present ésser publicada per los lochs acostumats de la present ciutat y de les altres del present regne ab veu de publica crida y quart-si qui guardar sia».

«(...) Die predicta Antonius Xarra, curritor publicus, retulit se publicase per lo solita presentis civitatis preinserta regia *pramatica* voce preconia et sono tubae<sup>24</sup>».

«(...) La qual *pragmatica sanctio* manam que sia publicada per los lochs acostumats dels dits Principat et comtats ab veu de publica crida ad futuram rei memororiam A fi que ignorancia allegar nos puga. En testimoni deles quales coses havien manat fer les presents ab nostre sagell comu en lo dors sage-llades<sup>25</sup>».

La eficacia del pregón como medio de publicación es total, de forma que una modificación en la norma pregonada o una vuelta al estado de cosas anterior al pregón requiere un nuevo pregón en sentido contrario que revoque el ya realizado, como consta en una *provisio* de Pedro III de 1367:

«Unde nos praedicta supplicationi tamquam iustae, et iuri, ac rationi consonae benigne annuentes, huius serie praedictam revocationem, et provisionem, ac confirmationem, et praeconizationem inde secuta de certa scientia, et exprese poenitus revocamus, et pro revocatis habiri volumus, et iubemus, quam etiam praeconizationem, per contrariam praeconizationem quam inde fieri faciatis per loca assueta dictae Civitatis, volumus per vos publici divulgari. Et nihilominus praesentis serie confirmantes in omnibus et per omnia litteram praecertam pro parte dictae Civitatis a nostra Curia emanatam, et contenta ea, quae ad pristinum reducimus statum quo erant ante revocationem, provisionem, et confirmationem praedictas, vobis, et singulis vestrum dicimus, et mandamus, quod litteram praecertam, et omnia in ea contenta, et mandatum in his per nos factum poenitus observetis, revocationibus, seu praeconizationibus praedictis, quas tenore praesentis ut praedicatur, revocamus, obsistentibus nullo modo<sup>26</sup>»

<sup>23</sup> AA. VV., *Llibre de privilegis de Cervera*, 116 (5-XII-1407) p. 339.

<sup>24</sup> CADEDDU, M. E., «Sulle leggi suntuarie a Cagliari (XIV-XVI secolo) Note e documenti», en *XVII Congrès d'Historia de la Corono d'Aragó. Actas. Volumen II. Barcelona-Lleida 7-12 de 2000*, Universitat de Barcelona, Copisteria Miracle, 2003, p. 50. (Fernado II, 1514).

<sup>25</sup> *Pragmatica sanctio feta per la Sacra Cesarea Catholica y Real Magestat del Emperador don Carlos y per la molt alta y excelentissima senyora dona Joanna mare sua Reys de Castella y de Arago y deles dos Sicilies &c. Dada en Toledo a vij dies del mes de Mars: del any Mil cinch cents XXXIX*, Barcelona [Amoros] (1-III-1539).

<sup>26</sup> 3ª CYADC II, 3.1.5 (Pedro III, 4-XII-1367).



y como consta en una decisión de Pedro III de 1375 por la que revoca los pregones del año anterior y ordena pregonar la nueva disciplina:

«Nos, Petrus, Dei gracia (...) revocamus et annullamus et pro revocatis et nullis ac non factis haberi volumus preconitzaciones quas in dictis civitatibus, villis et locis anno proximo lapsio fieri et publicari fecimus effectualiter continentes (...) quatenus revocationem et remissionem nostras huiusmudo firmiter observent et contra non veniant quavis causa ipsamque revocationem illi ex dictis officialiabus, qui inde requisiti fuerint, faciant voce praeconis solemniter publicari<sup>27</sup>».

El pregón, como medio de publicación y divulgación de una norma plantea, además, el problema de la lengua en que ha de realizarse. La lengua utilizada por la cancillería en la redacción de las disposiciones es el latín, pero un pregón en latín difícilmente cumple la función que de él se espera. Antes de que, a raíz de la preocupación por la recopilación, se plantease la necesidad de que el texto de las normas fuese traducido a la lengua vulgar o de que éstas fuesen directamente emanadas en lengua vulgar, ya se había planteado la necesidad de que los pregones se realizasen en romance. Un ejemplo de ello lo tenemos en una *ordinatio* regia de Pedro III, de 1374. En ésta, el rey se queja de que una anterior disposición de Jaime II, de 1314, había caído en el olvido a causa de la desidia y negligencia de los oficiales encargados de velar por su observancia. Para hacer efectivo su cumplimiento se ordena ahora que se haga publicación solemne de su tenor vertido a la lengua vulgar, que el monarca autoriza con contrasello correspondiente, que se registre en los libros de la curia y que, cada año, se haga publicación solemne de la misma para que su olvido no la convierta en inútil:

«(...) volentes, et cupientes dictam *Ordinationem* inviolabiliter observari, vobis et unicuique vestrum dicimus, et mandamus expresse, ac de certa scientia, et sub ire et indignationis nostrae incurso, quatenus *Ordinationem* ipsam in vulgari expositam quam vobis sub nostro contrasigillo transmittimus, faciatis visis praesentibus quilibet vestrum in suo districto solemniter publicari, eamque observetis, sub poena supra inserta, et observari faciatis efficaciter (...) et quos reperitis ipsam *Ordinationem* non observasse, vel in antea non observare, et tenere, habendo et iudicando de foro, et iurisdictione nostra, et compellendo, nobis seu vobis nostro nomine, et nostris iuribus, et iustitiis respondere, injungentes expresse Scriptoribus Curiarumstrarum sub amissione Officiorum suorum, quam eam in libris ipsarum Curiarum conscribant, vos quae requirant et sollicitent annis singulis, ut dicta *Ordinatio* publicentur solemniter, ne per oblivionis vicium reddatur inutilis, sed potius ad eum Officium quo facta fuit ut convenit deducantur<sup>28</sup>».

<sup>27</sup> TORRAS I SERRA, *El Llibre Verd de Manresa*, 89 (Pedro III, 20-II-1375), p. 263.

<sup>28</sup> 3ª CYADC II, 1.5.9 [en la edición de 1704 hay una errata; lleva el número 3 en lugar del 9] (Pedro III, 6-III-1374).

Igual preocupación es la que muestra el rey Martín I, en 1398, sobre la suerte de una pragmática del rey Pedro de 1353. Para que ésta *non decet esse a nostrorum subditorum auribus alienum nec sit per vos oblivioni tradendum*, ordena su pregón los días principales de mercado y su publicación *in vulgari*:

«(...) mandamus de certa sciencia et expresse ac sub privacione officiorum vobis comissorum et pena mille florenorum auri nostro erario si contrafeceritis applicanda quatenus prima die fori principalis civitatis ville vol loci districtum vestrum cujuslibet proxime instanti post presentationem vobis et vestrum cuilibet de hac littera faciendam preinsertari *prae*maticae litteram sub serie preconizacionis quam vobis mittimus ordinatam clausamque et nostro sigillo sigillatam inserto in eadem tenore littere antedictae exposite in vulgari faciatis in vestris districtibus in locis assuetis solemniter publicari quam publicationem fieri per vos et alios qui pro tempore fuerunt volumus nedum dicta die sed postmodum annis singulis eadem die fori qua nunc extiterit publicata et alias omnia contenta in preinserta littera teneatis et teneant observetis et observent et faciatis et faciant ab aliis tenasciter observari juxta formam littere supradictae. Hocque nullatenus immutetis si penas predictas et iram et indignacionem nostram cupitis evitare ut vera nostra hujusmodi *provisio et mandatum* debito effectum non careat et diucius preservet. Sancimus et ordinamus quod vicarii seu officiales post vos in dictis officis succedentes in inicio eorum regiminis et antequam ipsis utuntur vel uti possint officis jurent et jurare habeant et eciam teneantur quod predictam preconizacionem quolibet anno die predicta fieri faciant in locis assuetis eorum districtum et alias complebunt omnia contenta in litteris preinsertis<sup>29</sup>».

Otro ejemplo lo tenemos en el ámbito municipal y a propósito de las ordinationes de tal carácter. Cuando Martín I confirma en 1401 las ordinationes de Puigcerdà, ordena que las mismas sean leídas *in vulgari* cada año y que en dicha lengua sean publicadas:

«Item, volumus et ordinamus quod presentes *ordinationes* perpetuo durature legantur annis singulis in vulgari in presencia consulum et iuratorum dicte ville noviter electorum in domo consulatus simul congregatorum infra sex dies a die electionis iuratorum continue numerandos ad hoc ut nullus de consilio ipsius ville ignoranciam pretendere valeat eorumdem.

Ffacta fuerunt presentes *ordinationes* per nos dictum gubernatorem et per honorabilem Petrum Oltzina de Berga, assessorem predictum, lecte in vulgari lingua publicate in quadam camera monesterii fratrum predicatorum ville Podiiceritani pretacte<sup>30</sup>».

<sup>29</sup> Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «Una colección de paces y treguas», en *Initium* 10 (2005), 20 (Martín I, 23-III-1398) pp. 610-611.

<sup>30</sup> BOSOM-VELA, *Llibre de privilegis*, 92 (25-IV-1401) p. 295.

Una vez confirmadas por el rey, las *ordinationes* municipales deben pregonarse: 3ª CYADC II, 1.12.1 (Jaime II, 23-I-1319): «(...) Statuentes, et mandantes, quod Vicarii et baiulii Barcinonae, et eorum Locatenentes paresentes, et qui pro tempore fuerint, Ordinationes omnes, et singulas per vos factas, et alias quasque per vos et alios Conciliarios, et proceres Bachinonae ut praedicitur in posterum faciendas incontinenti cum per vos, seu alios Conciliarios, et proceres

Y la misma preocupación por que la lengua no sea obstáculo alguno para su cumplimiento aparece en una provisión regia de Alfonso V, de 1424, por la que se prohibía a la ceca de Perpiñán que labrase monedas y menudos de terno barceloneses. La provisión, igualmente, debe ser publicada por medio de pregón a toque de tubas, previa su redacción en romance y, como es habitual, ser registrada en los libros de la curia:

«Insuper mandamus de certa scientia, et consulte vices-gerenti Gubernatoris Rossilionis et Ceritaniae, Vicario Rossilionis (...) ceterisque officialibus vestris comitatum preadictorum (...) quatenus voce praeconis et tubis clangentibus per Villam Perpiniani et per alia loca insignia dictorum Comitatum hanc huiusmodi *provisionem* in romancio redigendam, ut omnibus innotescat, publicari, et in registris Curiarum ipsorum faciant, ut appareat perpetuo, registrari<sup>31</sup>».

También se publican mediante pregón o *ab veu de publica crida* por las Veguerías y Bailías las declaraciones y setencias emitidas por el rey a petición de los estamentos de las cortes. Este es el caso de la sentencia emitida por Fernando el Católico en 1493 sobre peso, ley y valor de las monedas de oro y de plata:

«Dada é promulgada fou aquesta nostra sentència é declaracio per Nos en propia persona, com á Rey y Senyor, é per virtut del dit poder é de nostre manament legida é publicada por lo amat e fel escriba nostre Johan Domingues Notari Publich en una cambra de la casa de Dona Beatris Carroç muller de Don Pedro Maça de Liçano situada en la Plaça de Santa Anna de la present ciutat de Barcelona, en la qual casa Nos feim nostra residencia é habitacio: (...) E perque algu no puga allegar ne escusarse per ignorancia de les coses demunt dites, fahen registrar é publicar dita nostra sentència é declaracio ab veu de publica crida per los locs acostumats de cascuna Vegueria é

---

Barchionane editae, et ordinatae fuerint, praeconitzari, et observari fanciant per quoscumque inconcusse, et sine aliquo contradicte».

Se generalizan, en el ámbito municipal, los llamados *libros de la cadena*, que acaban siendo identificados por el color de los materiales utilizados en la encuadernación (rojo, verde) y a los que se acude para consultar el texto y contenido de las disposiciones. Su utilidad queda descrita en uno de los códices que contienen los privilegios de Barcelona: «Tots aquells que volrán legir la tenor de qualsevols privilegis é provisions en la present taula sumades tan com es de la present carta fins á les LXXV cartes recorregue al llibre gran intitulat Sancta Maria é dreç al nombre de les cartes aci quotades en la fi de cascun capítol ó sumari és lo dit libre gran affix ab cadena dins la escrivania del consell de la dita Ciutat» (SALAT, *Tratado* II, p. V).

Más documentación de ámbito municipal relativa al pregón como forma de publicación, COBOS FAJARDO, A., *Llibre de Privilegis de la vila de Figueres* (1267-1585), Barcelona, Fundació Noguera, 2004, 64 (16-IX-1400) p. 110; 91 (26-VIII-1449) p. 151; 81 (27-V-1424) p. 140; 100 (15-X-1509) p. 177; GIRONELLA DELGÀ, A., *Llibre Gros de la ciutat de Girona (1386, 1596-1702)*, Barcelona, Fundació Noguera, 2007, 4 (31-X-1611) p. 131, 133-134; 5 (31-III-1617) p. 138; en BOSOM, Sebastià-VELA, Susanna, *Llibre de les provisions reials de la vila de Puigcerdà*, Barcelona, Fundació Noguera, 2009, 83 (21-IV-1370) p. 144; 106 (21-V-1377) p. 170; 132 (25-I-1380) p. 206; 135 (10-X-1380) p. 211; 155 (1-III-1387) p. 236; 157 (31-V-1388) p. 239; 196 (7-VII-1413) p. 296; 200 (31-V-1416) p. 304; 208 (16-III-1424) p. 315; 213 (25-VI-1436) p. 323.

<sup>31</sup> SALAT, *Tratado* II, 51 (Alfonso V, 29-VIII-1424) p. 56.

de Batllia é altres qualsevols parts, hont sia menester del dit Principat (...) En testimoni de les quals coses havem manat esser fetes les presents ab nostre segell comu en los dors segelladas. Dats en Barcelona á quatre de Noembre en l'any de la Nativitat del Senyor mil quatrecents norante tres. Yo el Rey.

Dominus Rex ex sententia, ut in ea patet lata lectaque publice mihi Johanni Domingues. Visum per Generalem Thesaurarium<sup>32</sup>».

Y, en fin, se publican por medio de pregón, los edictos y *crídes* del Capitán General y Lugarteniente del Rey por los que se ordena o aclara el cumplimiento de órdenes regias:

«Don Garçia de Toledo, lugarteniente y capitán general. Amados de su Magestad. Vuestra carta hevemente recibido en crehencia de Miguel Renart, notario de esa çuadad, el qual nos ha suplicado de vuestra parte que mandemos pregonar el pregón de los bodegones y mesoneros en ella que se ha pregonado en ésta. Havemos mandado al procurador fiscal que lo inste. Proveydo que sea, mandaremos que se os embie. Vosotros los haréys guardar como conviene al bien de essa çuadad y de los vezinos della. En lo demas que de vuestra parte nos ha suplicado, mandemos proveher conforme a justia<sup>33</sup>».

«Lo prior de Castilla, loctinent y capitán general. Amats y faels de la Real Magestat (...) Y per lo que confian que vosaltres, sent tant bons y faells vasalls de Sa Magestat, tindreu la correspondència que deveu ab dit veguer y altres officials reals, havem determinat fer-vos saber nostra partida y que tornaren prest (...) y lo que convé que lo veguer residisca y ab tota diligència se entenga que no-s fassen quadrilles de dits mals hòmens, procurant per medi de dit veguer se alsen alguns sometents y se continuen les diligències que per crídes y edictes reals tenim manades publicar (...)»<sup>34</sup>.

«Lo Duch y Marqués, loctinent i capitán general. Amats y faels de la Real Magestat. Per convenir en gran manera al benefici públich de aquest Principat y comtats havem manat fet y publicar crídes reals per totes les vegueries, provehint en aquells lo que conve per preservar y guardar que en les ciutats, viles y llochs en les quals al present hi ha salut, se preserven y conserven del mal de la pesta (...) Y axí conve al servey de Sa Magestat que, ab molt cuydado y diligència, procureu de què en aqueixa ciutat se guarden y serven les coses en dites crídes reals contengudes<sup>35</sup>».

<sup>32</sup> SALAT, *Tratado* II, 67 (4-XI-1493) p. 95.

<sup>33</sup> ARNALL I JUAN, Josepa-GIRONELLA I DELGÀ, Anna, *Lletres reials a la ciutat de Girona*, vol. III, Barcelona, Fundació Noguera, 2005, 776 (García de Toledo, Lugarteniente y Capitán General, 5-XII-1559) p. 1.119-1.120.

<sup>34</sup> ARNALL-GIRONELLA, *Lletres reials* III, 802 (Fernando Álvarez de Toledo, Lugarteniente y Capitán General, 11-II-1576) p. 1.145.

<sup>35</sup> ARNALL-GIRONELLA, *Lletres reials* III, 839 (Bernardino de Cárdenas, Duque de Maqueda y Marqués de Elche, Lugarteniente y Capitán General, 2-VII-1592), p. 1.183.

«Lo duch de Feria, loctinent y capità general (...) Havent rebut ara carta de Sa Magestat en qué avia que alguns francesos serien entrat en España ab intent de sembrar per tota ella la pesta ab pols y altres artificis diabòlichs que aporten, com ho han fet en Milà y altres parts de Itàlia, en que han mort de dit mal un número increhible de gent, sobre que en Madrid se han fet y·s fan extraordinàries diligències. Y assi en Barcelona en la mateixa conformitat, ab conclusió del real consell, se han publicat crides reals ab penes graves, offerint premis de consideració, les quals se publicaran en los caps de les vegueries, desterrant tots los francesos que de dos mesos a esta part són entrats (...) vos diem y manam siau molt punctuals y cuydadosos en los cumpliment de dites crides y execució dels demás órdenes que se han donat (...)»<sup>36</sup>»

El texto del pregón incluye la declaración del *curritor* o pregonero de la cancellería en torno al día o días en los cuales tuvo lugar, en cada caso, la publicación por pregón y el instrumento utilizado para el llamamiento:

«E per que les dite coses sien à tothom manifestes y ningú no puga d'ellas ignorancia allegar mana Sa Excelencia la present crida esser feta y publicada per los llochs acostumats de la present ciutat de Barcelona y d'altres vilas y llochs dels dits Principats y Comptats ahont menester sie (...).

Quae quidem praeconizatio fuit publicata per loco solita praesentis civitatis Barcinonae sono quattuor tubarum ante, et post emissa, die scilicet 16 mensis maii anno á Nativitate Domini millesimo sexcentissimo unidécimo per Johannem Xuriquer Reium Tubicinum sic in Regia Cancellaria referentem<sup>37</sup>».

«Y porque las ditas cosas sian a tothom notorias, mana Sa Alteza esser feta y publicada la present publica crida per los llochs acostumats de la present ciutat y altres ciutats vilas y llochs del present Principat ahot convinga y menester sia (...).

Quod quidem praeconium fuit publicatum per loca solita praesentis civitatis Barcinonae cum sono duarum tubarum die decima quinta septembris anni millesimi sexcentissimi nonagessimi per Josephum Iglesias curritorem et tubicinum Regium, sic referentem, et relationem facientes, atque inferius se subscribentem.=Joseph Iglesias Corredor y Trompeta Real<sup>38</sup>».

Los edictos y *cridas* de carácter general dados por el lugarteniente y capitán general al inicio de su cargo, por los que da cumplimiento a las pragmáticas y provisiones regias<sup>39</sup>, son también pregonados. Igualmente, la impresión de

<sup>36</sup> ARNALL-GIRONELLA, *Lletres reials* III, 1020 (Gómez Suárez de Figueroa, Duque de Feria, Lugarteniente y Capitán General, 10-X-1630) p. 1.343.

<sup>37</sup> SALAT, *Tratado* II, 76 (16-V-1611) p. 107.

<sup>38</sup> SALAT, *Tratado* II, 83 (15-IX-1697) p. 118.

<sup>39</sup> En 1599 se había aprobado una constitución por la que se advertía de la imposibilidad de que los edictos y cridas, generales o particulares, del Lugarteniente y Capitán General fuesen contra constituciones y capítulos de corte y se amenazaba con la privación de oficio y con las penas que se derivasen de la denuncia de *contrafacció* al regente de la Cancellaría y Tesorería que refrendasen dichos edictos: «Per lo gran abus que han fet nostres Loctinens Generals en fer edictes Generals y particulars contra Contitutions de Cathalunya, y Capitulos de Cort statuhim, y ordenam ab loatio, y approbatio de la present Cort que de assi al devant nostre Loctine-

los pregones incluye la declaración del corredor o trompeta real sobre lugar, fecha y modo en que han tenido lugar los mismos:

«Ara oiats tothom generalmente que (...) ultra de les disposicions de moltes Constitucions, y Capitols de Cort son estades fetes per sa Magestat, y manades publicar diverses Pragmaticas, y per los Lloctinents Generals predecessors seus moltes y deiverses crides concernents en gran manera lo benefici public, bon govern y general administracio de la Iusticia, la qual per sa Magestat li es estado acomanda. Perço y altrament desitja sa Excelencia, que dites Pragmaticas crides, y edictes Reals, com encara los que de nou ha aparegut se devian publicar fassen lo fruyt que conve al servey de Dey y de sa Magestad, y benefici dels poblats en los present Principat y Comptat, y que sien á tothom notories, inseguint la conclusio ab molta discussio feta en la Sacre Real Consell, diu, notifica y mana á totes y qualsevol personas de qualsevol grau, estament, ó condició sien, que tinguen y observen; y los dits Officials, axi Reals com altres á qui tocarà y pertanyerà tenir y guardar fassen les dites Pragmaticas y provisions Reals, à la serie y thenor de les quals no enten sa Excelencia novar, mudar, ni derogar en cosa alguna: y axi mateix les crides, edictes, y provisions seguens (...).

(...) E perque les ditas cosas sian a tothom notories mana sa Exclencia, ser feta y publicada la present publica crida por los llochs acostumats de la present Ciutat de Barcelona, y altres Ciutat, Villes y llochs de dit Principat, y Comptat, y ahont convinga, y menester sie. El Marques de Castellrodrigo.

(...) Ses feta, y publicada la present publica Crida per los llochs acostumats de la present Ciutat de Barcelona, ab tenor y veu de dos Trompetas, per mi Ioseph Saurina Corredor, y Trompeta Real, vuy als 22. y 23. de febrer de 1663<sup>40</sup>».

B) En la conclusión de la Cortes, en el solio, confluyen la sanción, promulgación y publicación<sup>41</sup> de las constituciones y capítulos aprobados en las mismas. Es en este momento cuando el monarca estatuye, ordena y sanciona lo aprobado en Cortes, lo que es lo mismo que decir que convierte en constituciones o capítulos lo que hasta el momento no lo eran, cuando el rey ordena y manda su observancia y cumplimiento con carácter general, cuando el rey ordena a sus oficiales y a las justicias todas del Principado que observen y obliguen al cumplimiento y observancia de las constituciones y capítulos aprobadas y cuando el Rey, presente el protonotario o quien le sustituya, jura sobre los

---

net General, ni los Portanveus de General Governador del present Principat, y Comtats, ni qualsevol altre Official nostre pugan fer Edictes, ni Crides, axi Generals, com particulars, que sian contra Constitucions ni Capitols de Cort, y si lo Regent la Cancilleria, y Regent la Thesoreria, y los Assessors de dits Portantsveus fermaran semblants Edictes, caygan en les penes dels contrafahents a les Constitucions, y privatio de sos Officis» (3<sup>a</sup> CYADC I, 1.68.22 [Cortes de Barcelona de 1599]).

<sup>40</sup> *Edictes e crides fetes y publicades per manament del excelentissim senyor Don Fransico Moura Corte Real, Marques de Castellrodrigo (...) Lloctinen y Capita General en lo Present Principat de Cattelunya, y Comtat de Sardanya, Barcelona, en la Estampa administrada per Marti Ialabert en lo Carrer dels Cotoners, 1663. i.f.*

<sup>41</sup> *Vid. Jorge RODRÍGUEZ ZAPATA, Sanción, promulgación y publicación de las leyes, Madrid, Tecnos, 1987.*

Evangelios el cumplimiento y observancia de los mismos<sup>42</sup>. La sanción es sanción regia y la promulgación es promulgación regia, aunque se haga *cum consensu, laudatione et approbatione* de los estamentos. La publicación, por tanto, lo es de todas las constituciones y capítulos aprobados en la correspondiente corte y lo es *in solio*<sup>43</sup>, coincidiendo la *editio legis* con una *solemnis promulgatio in curia* que, por serlo, funciona como publicación<sup>44</sup>; algo que de forma clara se había establecido, por lo demás, respecto de lo aprobado en las Cortes valencianas<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> SARROVIRA, Michel, *Ceremonial de Corts. Obra compilada de llochs Autentichs, Lleys del Principat de Catalunya, antichs, y pratichs Doctors, per Micer Michel Sarrovira, Doctor en quiscun dret, y Ciutadà honrat de Barcelona, per ordinació de les Corts de la Vila de Monço, celebrà la gloriosa memoria del Rey Felip, en lo any 1585, conferint à la intelligencia de les Corts, y de hont han tingut principi, y del que en ellas se tracta his fa, y sol fer per lo bon govern, pau, y utilitat del Principat. Reimprimit, per Deliberació dels tres Braços de las Corts, que de present se celebran en lo convent de San Francesch de la Ciutat de Barcelona, convocadas per la Sacra Catholica, y Real Magestat del Senyor Rey don FELIP quart de Aragón, Quint de Castella, que deu guarde*, Barcelona, pero Refel FIGUERÒ, 1701, pp. 26-32; PEGUERA, Lluys de, *Practica, forma y estil de celebrar Corts Generals en Catalunya, y materias incidents en aquellas. Dividida en tres Parts. Per lo Noble Don Lluys de Peguera del Consell de sa Magestat en la Real Audiencia de Catalunya*, [Barcelona], Estampada de manament del molt Illustre, y Fidelissim Consistori dels Senyors Deputats, y Oydors del present Principat de Catalunya per Rafel FIGUERÒ, 1701, primera part, cap. 35, p. 91; CAPMANI, Antonio de, *Práctica y estilo de celebrar cortes en el reino de Aragon, principado de Cataluña y reino de Valencia y una noticia de las Castillas y Navarra recopilado todo y ordenado por Don Antonio de Capmani. Va añadido el reglamento para el consejo representativo de Ginebra, y los reglamentos que se observan en la camara de los comunes de Inglaterra*, Madrid, Imprenta de don José del Collado, 1821, pp. 94-97.

Vid. *infra* las fórmulas utilizadas en el texto del protonotario, que sirve de base para su ulterior impresión o estampación.

<sup>43</sup> EGEA I FERNÁNDEZ, J. GAY I ESCODA, Josep Maria, «Eficàcia de les normaes a la tradició jurídica catalana des de la baixa edat mitjana fins al Decret de Nova Planta», en *RJC* 78/2 (abril-junio 1979) p. 290 y 3 (julio-septiembre 1979) p. 564.

<sup>44</sup> Como había advertido Belluga para Valencia, de las leyes generales publicadas por el príncipe *in curia* no cabe alegar ignorancia: BELLUGA, *Speculum*, rub. 47 § Sciendum, p. 218: «Et ideo communiter leges generales fororum et privilegiorum, quae aliquos habent illaqueare publicantur per principem in plenaria curia, ut sic illorum ignorantia praetendi non possit».

<sup>45</sup> *Cortes de Monzón de 1542*, cap. 44: «Que los furs tinguen força e valor del dia que seran publicats in solio encara que no sien pulicats en Valencia. Item Señor per quant los furs que son fets per V. Mag. sien fets per benefici e utilitat de la cosa publica, e particulars de la vostra ciutat e regene de Valencia, e per la bona administracio dela justicia y essent publicats per vostra Mag. In solio aquells de justicia deguen esser observats e guardats enla vostra ciutat e regne de Valencia: Perço los dits tres braços suppliquen e demanen sia merce de vostra Mag. Proveyr, statuyr e ordenar que los dits furs hagen esser observats e guardats enla vostra ciutat e regene de Valencia apres que aquells seran publicats per vostra Mag. en lo solio, jatsia aquells no sien publicats ab veu de publica crida en la vostra ciutat de Valencia. Los quals furs e actes de corts done e sia tengut de donar lo protonotari de vostra Mag. als sindichs dels dits braços: lo qual dit protonotari sia tengut donar dits furs e actes ans que sen parteixa dela vila de Monço. Plau a sa Mag. e que lo protonotari done los actes com ses acostumat, e segons per actes de cort es contengunt lo mes prest que sia possible. Maius Vic. (Cito por Furs e actes de cort fets e atorgats per lo invictissimo Señor Don Carlos Emperador y Rey nostre Señor, als regnicoles de la ciutat y regne de Valencia, en les cors per aquell celebrades en la vila de Monço (...) en lo any de la nativitat de nostre Señor Deu M.D.XXXII, Valencia (...), per Pere Borbo (...) ab industria de Ioan de Mey, 1545, f. 11r-11v.).

Las constituciones, solemnemente promulgadas en Cortes obligan, de acuerdo con la lectura que los juristas catalanes hacen de la auténtica *Ut factae novae constitutiones* y de la decretal de Inocencio III del *Liber Extra*<sup>46</sup>, constantemente citada por Mieres, a los dos meses de su publicación *in solio*<sup>47</sup>. Pero la publicación *in solio* de las constituciones aprobadas en cortes no excluye su publicación *ab veu de publica crida* o mediante pregón en los lugares correspondientes a la jurisdicción de los oficiales que deben velar por su cumplimiento o, como se dirá más adelante, en cada veguería o cabeza de veguería.

---

*Cortes de Monzón de 1547*, cap. 63: «Que los furs y actes de cort apres de publicacio de aquells feta in solio sien observats en la ciutat y Regne de Valencia, encara que no sien publicats ab veu de crita publica en la ciutat de Valencia. Item Señor com los furs y actes de cort que per vostra Alteza son estats fets, e decretats fins a huy, que los de aci avant se faran, e decretaran durant la present cort sien fets, e atorgats per benefici, e utilitat de la cosa publica, e particulars de la vostra ciutat y regne de Valencia, e per la bona administracio de la justicia, y essent publicats per vostra Alteza in solio aquells de justicia deguen esser observats en la dita vostra ciutat y regne de Valencia. ¶ Perço los dits tres braços ¶ Supliquen, e demanen sia merce de vostra Alteza provehir, statuyr, e ordenar que los dits furs, e actes de cort hajen de ser observats, e guardats en la dita vostra ciutat, e regne de Valencia apres que aquells seran per vostra Alteza manats publicar in solio, encara que no sien publicats ab veu de publica crida en la dita ciutat de Valencia. ¶ Plau a sa Alteza» (cito por *Furs, capitols, provisions e actes de cort fetes per los Serenissimo Don Phelip Princep, e primogenit de la C.R.M. del Emperador y Rey nostre Señor (...)* en *les corts generas per aquell celebrades als regnicols de la ciutat y regne de Valencia, en la vila de Monço, en lo any M.D.XXXXVII*, Valencia, en casa de Ioan de Mey Flandro, 1555, f. 11r.), aunque en la práctica, las decisiones aprobadas en cortes valencianas también eran después pregonadas: en *Furs, Capitols, provisions, et actes de cort, fets y atorgats per la S. C. R. M. del Rey don Phelip nostre senyor, ara gloriosamente regnant, En les Corts generals per aquell celebrades als regnicols de la Ciutat y Regne de Valencia, en lo monestir de Sanct Domingo del Orde de Predicadors de la dita ciutat de Valencia, en lo any M. DCIII*, Valencia, en casa de Pere Patricio Mey, M DC VII, f. último, se lee: «Die xxvij. Mensis Februarii anno M. DC. VI (...) Pere Pi trompeta Real y publich de la present ciutat de Valencia, ell hir haver començat y huy haver acabat de publicar los presents Furs, actes de Corts, y altres coses, en la plaça de la Seu de dita e present ciutat, ab trompetes y tabals, segons es costum y practica».

Para la pragmáticas, en cambio, un acto de corte de 1626 aprobado a instancias del brazo real, estableció la obligación de publicarlas en la ciudad de Valencia y en las villas en donde hubiese Gobernador o lugarteniente de éste: *Furs, capitols, provisions, e actes de cort, fets y atorgats per la S. C. R. M. del Rey don Phelip nostre senyor en les Corts generals per aquell celebradas als regnicols de la Ciutat y Regne de Valencia, en la vila de Monço, en lo any M.DC.XXXVI*, Valencia, en casa de Iuan Bautista Marçal, any M.DC.XXXV, f. 53v: «Item per quant conve a la bona administracio de la justicia, que los oficials de les ciutats, y viles Reals del present Regne tinguen noticia de les pragmatiques que se ordenen, axi per sa Magestat, com per los Virreys, pera que puguen acudir a la execucio de dites pragmatiques. Pertant, suplica a V. Magestat lo dit Estament Real, si servit per acte de Cort, de provehir, y manar, que dites Reals pragmatiques, no sols se hajen de publicar en la ciutat de Valencia, sino tambe en les demes ciutats, y viles Reals del Regne, altrament nos puixa fer carrech als dits oficials, per raho de omissio, y no haver acudit a la execucio de dites pragmatiques. Plau a sa Magestat ques publiquen en la ciutat de Valencia, y en les ciutats, y viles ahon hi ha Governadors, y Lloctinents de Governadors».

<sup>46</sup> X 1.5.1: « (...) nec sit necessarium, cum constitutio solemniter editur, aut publice promulgatur, ipsius notitiam singulorum auribus per speciale mandatum, vel literas inculcare: sed id solum sufficit, ut ad eius observantiam teneatur, qui noverit eam solemniter edita, aut publice promulgatam», sobre la cual, *vid. PELLEGRINO, Piero, La pubblicazione della legge nel diritto canonico*, Milano, Giffrè, 1984, pp. 88 y ss.

<sup>47</sup> *Vid. textos citados supra* nota 2; *vid. EGEA-GAY, Eficàcia*, pp. 564-566.



Así se lee, por ejemplo, en una constitución aprobada en Cortes de Barcelona de 1413 que obliga, además, a que cada año, durante ocho días antes de Navidad, se pregone el contenido de la misma:

«(...) Proveit, e encara ordenat en major observatio de las ditas cosas, que los Officials Ordinaris de las Ciutats, Vilas, e Locs de Cathalunya, en lo principi de lur regiment sient tinguts jurar, e juren specialmente servir ab acabament totas, e sengles cosas desus, e dejus contengudas: sien encara tinguts cascun Any, dins vuyt dies ans de la Nativitat de Nostre Senyor Deu, las ditas Constitutions, e la present per tots los Locs acostumats de lurs jurisdictions, e districtes ab veu de crida fer publicar, a fi que per algun en alguna manera nos puxa ignorancia allegar<sup>48</sup>».

Además de su publicación solemne *ab veu de publica crida*, se puede instar, para favorecer su conservación y posterior circulación, a la inclusión de las constituciones en los registros correspondientes, aunque como veremos más adelante, a partir del texto del protonotario, las constituciones eran registradas en los registros de la Cancillería regia. Una de las constituciones no aprobadas de entre las tratadas en Cortes de Barcelona de 1431-32 instaba a los diferentes oficiales no sólo a su publicación solemne en la vigilia de Navidad de cada año y cada lunes santo, sino también a su registro en los libros de sus curias, a fin de que se evitase la alegación de ignorancia:

«E per tal que algu no pusca de les dites coses ignorancia pretendre o allegar, volem e manam que cascun any lo jorn de la vigilia de Nadal, e aximateix lo dilluns de la Setmana Santa los dits nostres o qualsevol altres officials o cascun dells facen e sien tenguts fer sots pena e privacio de sos officis en les ciutats, viles o lochs principals de lurs jurisdictions per honor e reverencia de Deu la present nostra Constitucio, la qual volem en los libres de lurs Corts esser registrada e ab veu de crida solennament publicar<sup>49</sup>».

Sobre la exigencia de un pregón, así como sobre la obligación de su cumplimiento en los plazos señalados a partir del momento en que la publicación se efectúa suelen pronunciarse, además, aquellas constituciones cuya observancia resulta urgente o apremiante, razón por la cual puede también instarse a su publicación repetida o a su publicación en plazos breves. Si las constituciones, cuando no disponen otra cosa, obligan a los dos meses desde su publicación *in solio*, para la determinación de la vigencia de estas otras constituciones cuya publicación está prevista mediante pregón, hay que estar a los tiempos de publicación en cada veguería y a los plazos establecidos por las propias constituciones. Así consta, por ejemplo, en las constituciones de corte relativas a la expulsión de los *Boemians* y vagabundos:

«(...) statuim, y ordenam ab loatio, y approbatio de la present Cort, que daqui avant las ditas personas anant axi coadunadas, sien expellideas e foragi-

<sup>48</sup> 3ª CYADC I, 9.2.3 (Cortes de Barcelona de 1413).

<sup>49</sup> CARAVYC 18 (Cortes de Barcelona de 1431-34), 133.

tadas, segons nos ab la present aquellas expellim, e foragitam dels dits Principat, e Comtats, que daqui avant non pugan esser admesos, o acullits en aquells, ans sien haguts totalment per bandejats, y foragitats ipso iure, axi que si dins dos meses apres de la publicatio de la present Constitutio ab veu de publica crida faedora, las ditas personas seran trobadas en los dits Principats, e Comtats, sien, e hajan de ser açotats publicament per aquells a quis pertanga, y altrament proceit contra ells a total expulsio (...) volents, y manants que la present Constitutio dins un mes primer vinent sie, e haja esser publicada per los Veguers en quiscun cap de Vegueria dels dits Principats, e Comtats<sup>50</sup>».

«Aiustant la Constitutio parlant de la expulsio dels Bomians statuim y ordenam (...) sie prefigit per nos cert termini als dits bomians per exir del Principat de Cathalunya, e Comtats de Rossello, y Cerdanya, ab comminatio, y pena, que si apres hi seran trobat, sien açotats, y no pugan esser remessos, ni composats: e la present Constitutio haja de esser publicada en lo cap de cascuna vegueria<sup>51</sup>».

«Com a la expulsio del Bomians, qui van per Cathalunya, y Comtats de Rosello, y Cerdanya, fent molt mal, e latrocinis, fins lo die present noy hajan bastat las provisions fetas per la Serenissima Reyna Dona Maria, en las Corts de Montso celebradas en lo any de M. D. xij. Capitol xvij. ni lo que fonc proveit per sa Majestat en la Cort de Montso, en lo any M. D. xlij. Capitol xix (...) perço statuim, e ordenam que dins spay de un mes, apres de la fi de las presents Corts, en cada cap de Vegueria hajan de publicar ab veu de publica crida, que los dits Bomians ab toda sa familia hajan, y sien obligats de exir realmente (...) y que en la mateixa pena caygan los Veguers, qui en los caps de las Veguerias no faran las ditas cridas, e que la dita pena pugan excutar tots altres havents jurisdiccions<sup>52</sup>».

Es el caso, también, de la prohibición del juego y tafurería. Aunque habían sido aprobadas algunas constituciones al respecto, acaba por reconocerse que *de alguns anys a esta part ab molt gran dissolutio, no sens gran culpa, y ab mal exemple de alguns a qui tocava prohibir semblants excessos, se es usat, y sie notori que moltas casas, axi de cavallers, com de altres ne restan destruidas y arruynadas*. Para atajar el problema, una constitución de 1585 dispuso que en el plazo de un mes desde la conclusión de las Cortes, la misma habría de ser publicada en las cabezas de veguería para que nadie pudiese alegar ignorancia:

«(...) perço statuim, y ordenam, que lo Official qui fara algunas cosas de las sobreditas, cayga en las penas de la dita Constitutio, y contra dell no puga esser en manera alguna per nostro Loctinent General dispensat, ni remesa la

<sup>50</sup> 3ª CYADC I, 9.18.1 (Cortes de Barcelona de Monzón de 1512).

<sup>51</sup> 3ª CYADC I, 9.18.2 (Cortes de Monzón de 1542).

<sup>52</sup> 3ª CYADC I, 9.18.5 (Cortes de Monzón de 1553). Todavía en 1702 se aprueba un capítulo de corte con el placet del rey por el que se conmina al cumplimiento de las anteriores constituciones y se hace hincapié en la obligación, en el plazo de tres meses desde la conclusión de las Cortes, de publicar tanto el capítulo ahora aprobado como las constituciones sobre la expulsión de los *boemians*, instando además a los Diputados y Oidores (los encargados, como veremos, de la estampación de las decisiones aprobadas en Cortes), a hacer publicar las mencionadas constituciones *en lo modo referit*, bajo la amenaza de incurrir en responsabilidad en la correspondiente visita (CYADC I, 9.18.7 [Cortes de Barcelona de 1702]).

pena, ans sien rigurosament, y sens remissio las ditas penas contra ell executadas, restant en sa força y valor totas las penas, axi per Constitutions com per ordinations de las Ciutats, Vilas, o Locs contra los jugadors y tafurers statuidas, ultra las penas en lo present Capitol contengudas, y feta la present Constitutio, dins un mes apres de finidas las ditas Cortes, sie publicada en tot los caps de las Veguerías del present Principat, y Comtats de Rosello, y Cerdanya, porque ningú del contengut en ella puga ignorancia allegar<sup>53</sup>».

Y fue, en fin, el caso de las polémicas constituciones relativas a la prohibición de pistolas y arcabuces pedreñales aprobadas en Monzón en 1585:

«Per quant los pedrenyals curts, y que lo cano dells no te tres palms per la defessio de la terra son deltot inútils, y com dit es, es arma tan proditoria, y mala, que en ninguna manera se deu lo us dels dits pedrenyals curts sufrir, ni allargar, satatuim, y ordenam ab loatio, y approbatio de la present Cort, que dins un mes apres de la conclusio de las presents Cortes se haja la prohibitio, y reprobatio dels dits arcabussos pedrenyals ab veu de publica crida en totas las Ciutats, Vilas que son cap de Vegueria publicar, y singificar ab tot lo contengut en lo proxim precedent Capitol, y en aquest, y los altres ques seguexen, y parlan dels dits pedrenyals, dotant sols temps de dos meses a tots los qui tenen arcabus pedrenyal curt, y manco de largaria lo cano de ell de tres palms, que com dit es, passats los dits dos mesos, sots las mateixas penas en lo precedent Capitol contengudas non pujan portar, ni tenir, como en lo precedent Capitil es dit, de tal manera, que passat lo dit termini, ipsa factio incorregan en ditas penas los quil aportaran (...)»<sup>54</sup>.

«Perque ninguna excusa de ignorancia puga haver en los qui tindran los dits arcabussos pedrenyals de tres palms, o mes de larcs, y por mes reduirlos a la memoria, que en toda manera los han de dexar, y que sien dins los dits dos anys tots abolits, statuim, y ordenam ab loatio de la present Cort, que un mes abans que los dits dos anys se acaben, lo Loctinent General nostre en la ciutat de Barcelona, y en son cas lo Portantveus de General Governador, y en tots les altres caps de Vegueria los Veguers hajan de fer publicar un crida, notificant a tot hom generalmente, de qualsevol grau, stament, o conditio que sie, que dins un mes se cumplen los dos anys de poder tenir los dits arcabussos pedrenyal larcs, passat lo qual mes sera proceit contra los quin tindran, y contra los mestres quesl adobaran, conforme al statuit, y ordenat per los precedents, y següents Capitols»<sup>55</sup>.

«Statuim, y ordenam ab loatio, y approbatio de dits tres braços, que qualsevol mestre que apres de la publicatio de las ditas cridas fara pedrenyals curts, o larcs de nou, o cano, caxa, o pany per algun arcabus pedrenyal curt, incorrega en la sobredita pena de deu anys de galera com dalt és dit perals natural del Regnes nostres (...)»<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> 3ª CYADC I, 9. 16.4 (Cortes de Barcelona de 1585).

<sup>54</sup> 3ª CYADC I, 9.19.4 (Cortes de Monzón de 1585).

<sup>55</sup> 3ª CYADC I, 9.19.5 (Cortes de Monzón de 1585).

<sup>56</sup> 3ª CYADC I, 9.19.6 (Cortes de Monzón de 1585).

Por edictos del lugarteniente sabemos que tales *cridas* se hicieron, pero si se prohibieron los pedreñales cortos, se acabaron por permitir los arcabuces de mecha: ARNALL-GIRONELLA, *Lletres*

## II

Con la aparición de la imprenta, de las decisiones tomadas en Cortes se imprime el correspondiente cuaderno de constituciones y capítulos<sup>57</sup>. Estas impresiones o estampaciones comienzan por realizarse, independientemente de quien actúe como impresor, *a despeses del libreter del general*<sup>58</sup>; siguen después realizándose a cargo del librero de la Diputación del General y además *havent dasso special licencia dels Senyors Deputats del Principat*<sup>59</sup> y acaban por realizarse, según los colofones de las impresiones más tardías, por el librero del General, pero *per ordinacio y deliberacio y manament dels Reverents y Magnífichs Senyors deputats del dit Principat y Comtats de Rosello y Cerdanya, y ab licencia y especial comissió de aquells, com a Protectors que son de las leys de terra y segons que altres vegades fer es acostumat*<sup>60</sup>. La implicación del General en la impresión del cuaderno de constituciones y capítulos era,

---

*reials* III, 846 (Bernardino de Cárdenas, Duque de Maqueda, Lugarteniente y Capitán General, 13-V-1595) p. 1.190: «Lo duch de Maqueda, loctinent y capitán general. Amats y faels de la Real Magestad. Com sia just attendre y provehir a què los vassalls y súbdits de la preffata Real Magestad sien deffensats dels enemichs publichs i-ls sia llevada la occasio de delinquir ab particular voluntat del rey, nostre senyor, havem manat publicar les crides ab les quales realment se prohibeix lo ús y port dels pedrenyals com a arma que tants danys ha causat en aquests Principat y comtats y porie causar semblants majors. Ha aparegut haver-los de permètrer als que tindran conssemblant número de archabussos de metxa de la mida que sien de proffit per a la guerra, a fi que ab dita permissió y licència se conviden los naturals de provehir-se ab brevedat de les armes aptes y necessàries. Com particularment ho haureu vist ab dites crides reials ha aparegut, com a zelosos del servey de Sa Magestad y bé y quietut de aquesta terra, perquè ab més prestesa y brevedat se arme y apercebesca, dir affectuossament encarregar-vos que provehiau alguna bona quantitat de dits archabussos de metxa de la mida assenyalada i-ls venau als que de aquells tindran voluntat per lo cost y preu matex, los comprareu sens que s'i perde, que además faeu cosa acertada digna de vosaltres, ne fareu accepte servey a Sa Magestad y beneffici y proffit a tota aquesta provincia, donant-nos avis del que fareu per a què Nos lo pugam donar a Sa Magestad».

Un capítulo de Corte de 1542, que pasó al tercer volumen de la recopilación, relativo a la prohibición de portar armas dirigida a *quasevol Gasco, Biarnes, Foxenc, Limosi, Donesa, y altre qualsevol Frances*, estableció, bajo la penas contempladas en la constitución de la *observança*, que el mismo *haja de esser publicat cascun Any en lo cap de quiscuna Vegueria, e sie durador fins a la conclusio de las primeras Corts tantsolament*» (3<sup>a</sup> CYADC III, 9.9.1 [Cortes de Monzón de 1542]).

<sup>57</sup> Pueden verse en BROCA, G. M., de, *Taula de les stampacions de les constitucions y altres drets de Cathalunya y de les costumes y ordinaçions de sos diverses paratges*, Barcelona, Fills de Jaume Jepús, 1907 (Fac. Pamplona, Analecta, 2003), 25-51; también en fascículos, en *RJC* 13 (1907) 265-287, 505-520, 591-599; (1908) 132-140, 290-298, 362-369, 448-460, 553-559; (1909) 26-30, 73-80, 109-116, 163-171, 213-221, 259-267, 310-316, 409-412; *Vid.* también PELLA Y FORGAS, Joseph, «Carta à D. Guillem M<sup>a</sup> de Broca», en *RJC* 17 (1910) pp. 97-100; MOLINÉ Y BRASÉS, E., «Addenda et corrigenda a la taula de stampacions», en *RJC* 17 (1910) pp. 241-255; BAJET, M., «Les estampacions de quaderns de constitucions y altres actes de cort (notes per al seu estudi)», en *Actes del 53è Congrès de la Comissio internacional per a l'Estudi de la Història de les institucions representatives i parlamentaries*, Barcelona, Parlament de Catalunya, Museu d'Història de Catalunya, 2005, vol. I, pp. 554-567.

<sup>58</sup> Así, los cuadernos de 1503, 1510, 1520 y 1534.

<sup>59</sup> Así, los cuadernos de 1537 y 1542.

<sup>60</sup> A partir del cuaderno de 1547, en formula más o menos estabilizada.

pues, evidente<sup>61</sup>. Sin embargo, no fue hasta 1599, aunque antes ya se afirmase que la impresión se hacía *segons altres vegades fer es acostumat*, cuando se estableció que tres meses después de que la decretación regia fuese hecha —en la conclusión de las Cortes— y los Diputados y Oidores del General tuviesen en su poder constituciones y capítulos, procediesen a estamparlos y procediesen, tanto de las ahora impresas como de las demás, a entregar un ejemplar de dicha impresión a cada uno de los miembros integrantes de cada estamento:

«Per que aprofitaria poc fer noves Lleys y Constitutions sino se posaven en observança, y tingessen executio. Perço statuum, y ordenam ab loatio, y approbatio de la present Cort, que tres mesos immediatament seguesis apres que les presents Constitutions seran decretades per nos, y lliurades als dits Diputats, y Oydors de comptes, tingan obligatio dits Diputats y Oydors ferles Estampar, y possar en la forma Ordinaria sots pena de perder los salaris de sos Officis tot lo temps que passat dit termini tardaran ha ferho, y que axi de las presents Constitutions Estampades, como de totes les altres, ne hajen de donar un volum a cada persona dels tres staments que haura assistit en les presents Corts<sup>62</sup>».

Similar decisión se tomó en 1702, haciéndose ahora hincapié en que el protonotario regio, en el plazo de dos o tres meses, entregase copia del proceso y de las Constituciones y Capítulos para proceder a su publicación:

«En cumpliment de las gracias, y favores, que V. magestat se ha dignat fer, concedir, y atorgar à est son Principat, y Fidelissims Vassalls de V. Magestad, tant ab la ditxosa vinguda à la present Ciutat, como ab la celebració de las presents Corts, y conclusió de aquellas, que de proxim se espera: Perço los tres Estaments de dita present Cort humilment suplican à V. Magestad, sia servit donar los ordes convenientes, peraque se publiquen luego las Constituciones, y Capitols de Cort, en las presents, fets, y formades, y que lo Protonotari de V. Magestad, dins lo termini de dos, ò tres mesos, entregue copia del procès, y de las Constituciones, Capitols de Cort, y demas concernent à ella en la forma, y modo se ha estilat, y practicat en las demès Corts. Plau à sa Magestat<sup>63</sup>».

<sup>61</sup> Los diputados del General también publicaban y hacían pregonar las *ordinacions* relativas a la exacción trienal de los derechos del General y de la Bolla: *Ordinacions, y crides fetes per lo Molt illustres senyors Deputats y Oydors de Comptes del General del Principat de Catalunya, Comtats de Rosello, y Cerdanya, de consell, y parer dels Magnífichs Assessors, per la bona exaccio dels drets del General, y Bolla, per lo trienni de 1641*, Barcelona, Estampa administrada per Sebastia de Cormella, 1641, i. f.: «Fonch feta, y publicada la present publica crida, per los llochs acostumats de la present ciutat de Barcelona, per Esteva Torrabruna trompeta, ab so de nou trompetas, Dilluns a 21. 22. 24 y 25. del mes de Octubre de 1641. de las tres horas passat mitg dia, fins a les sis de tarde, y a 25 de dit mes, desde les dues hores passat mitg dia fins a les sis de la tarde».

<sup>62</sup> *Constitutions fetes per la S.C. R. Magestat del Rey don Phelip Segon, Rey de Castella, Aragon, &c. en la primera Cort, celebra als Cathalans, en la Ciutat de Barcelona en lo Monestir de S. Francesch en lo any 1599* (=Cortes de Barcelona de 1599), Barcelona, en casa de Graels, y Giraldo Dotil, 1603, cap. 58 de las constituciones, que pasó a 3ª CYADC I, 1.54.4.

<sup>63</sup> *Constitutions, capitols, y actes de cort, fetas, y atorgats, per la S.C.R Magestat del Rey nostre Senyor don Felip IV de Aragó, y V de Castella, Comte de Barcelona, &c. en la primera*

medida que se completaba con la pretensión de que, en tanto las constituciones y capítulos de corte no fuesen impresos, su suspendiese la tramitación de *todas* las causas en la Real Audiencia y en los tribunales ordinarios. Y, dado que en esas Cortes de Barcelona de 1702, se había decidido reimprimir el tomo primero de la recopilación de 1588-89, momento que sería aprovechado para incluir tanto las constituciones y capítulos aprobados en 1599 como las ahora aprobadas en 1702, los estamentos piden que en tanto dicha obra llega, se imprimiese por el momento el cuaderno de lo aprobado en 1702, a expensas de la Generalitat, postponiendo su corrección al momento de la reimpresión del primer volumen de la recopilación ya existente:

«Com despres de la publicació de las presents Cortes, se haja de judicar en la Real Audiencia, y demès Tribunals del present Principat, segons las Constitucions, y Capítols de Cort, que se han estatuhit, y ordenat, y aço no sie practicable antes de imprimirse, ni entregarse als Doctors de la Real Audiencia, y als Assessors, y Iutges ordinaris, è inferior: Perço suplican los tres Estaments à V. Magestat li placia, ab consentiment, lloació, y aprobació de aquells, estatuhir, y ordenar, que sia suspès lo negoci, y curs judiciari de totas las causas de la Real Audiencia, y de las Corts ordinarias, y la declaració de aquellas, axi en los altercáts, com en las sentencias definitivas, y tant respecte de las causas evocadas, como evocadoras, fins à tant, que sia feta dita impressió, y entregadas ditas Constitucions, y Capítols de Cort à dits Iutges: Y per quant en altre Constitució se ha estatuhit, sie reimprimít lo Tomo de las Generals Constitucions, distribuhint, y recopilant en ell las Constitucions, y Capítols de Cort del any 1599, y de las presents Corts. Perço per abreviar en quant se puga la impressió de las presents Constitucions, y Capítols de Cort, sia statuhit, y ordenat, que per ara sian imprimidas ab un Codern à part, y à solas, à gastos de la Generalitat las Constitucions, y Capítols de Cort, fetes en las presents Corts, y que la correcció de ellas, sia comesa à las personas ja elegidas per la impressió del nou Volumen. Plau a sa Magestat<sup>64</sup>».

Y las Cortes que celebró el Archiduque en 1706 dedicaron también dos capítulos de Corte a la cuestión de la impresión de las decisiones de Corte. Uno, estableciendo la obligación del protonotario y secretario reales de entregar en el plazo de dos o tres meses copia auténtica del proceso de corte y de las constituciones y capítulos a Diputados y Oidores del Principado:

«Item, peraque después de la conclusió de la present cort se evulguen y donen luego à la Impressió las Constitucions, y Capítols de Cort en ella disposáts, y disposadas; Placia á V. Magestat, ab sa lloació, y probació donar los ordes per dit effecte convenientes, y manár al Prothonotari, ò Secretari de V. Magestad, que dins lo termini de dos, ò tres mesos entregue copia aucthentica del procès, y de las ditas Constitucions, Capítols, y Actes de Cort, y demès à aquella concernents, als Deputats, y Oidores de Comptes del present

---

*Cort, celebrada als Cathalans, en la ciutat de Barcelona, en lo Monastir de Sant Francesch, en los anys 1701. y 1702 (=Cortes de Barcelona 1702), Barcelona, en la Estampa de Rafel FIGUERÒ, 1702, cap. 90, que después pasaría a la recopilación en 3ª CYADC I, 1.40.17.*

<sup>64</sup> *Cortes de Barcelona de 1702, cap. 92, que pasa CYADC I, 3.30.6.*

Principat, axi com se ha estilât en las Corts precedents, restant à carrech dels Dits Deputats, lo instarne la mes breu entrega, dins lo dit termini. Plau à sa Magestat<sup>65</sup>».

Y otro para instar a Diputados y Oidores a que, luego que tuviesen las constituciones y capítulos de corte en su poder, los mandasen imprimir en el plazo más breve posible, sin exceder los dos meses contados desde su entrega, y con el menor gasto posible, para lo cual se otorga a dichos diputados y oidores facultad para elegir al impresor que más convenga. Entre tanto las constituciones y capítulos son *publicados y divulgados*, como en 1702, se pide la suspensión de la tramitación de las *causas civiles* en la Real Audiencia y demás tribunales:

«Per que seria inutil lo fer Lleys, sino se dava providencia per sa prompta execuciò, y deguda observança; Perço placia á V. Magestat, estatuhir, y ordenár, ab lloaciò, y aprobaciò de la present Cort, que los Deputats y Oydors del present Principat, luego que tindrán en son poder las Constituciones, y Capitols, disposats, y disposadas, en la matexa, degan se imprimir ditas Constituciones, y Capitols, ab la brevedat posible, no podent excedir lo termini de dos mesos, desde el dia que los seràn entregats, en un codern apart, axi com se ha estilât, ab lo menor gasto possible, tenint facultat dits Deputats, y Oydors, per deliberar la impressiò de dits coderns, sens precehir tabba, sino donarla al Impressor, que ab mas conveniencia de la Generalitat ho empen-drá, y que se suspenga lo negoci, y curs judiciari de totas las causas civils en la Real Audiencia, y en las Corts dels Ordinaris Reals, y de Barons, fins à ser impressas ditas Constituciones, y Capitols de Cort, y fins à ser axi publicadas, y divulgadas; Y que dits Deputats, y Oydors degan dar un de dits Coderns à cada individuo dels tres Braços de las presents corts, que assistiràn en sa conclusió, y que semblantment se done altre codern als Syndichs del Capitols, y del Bras Real, per son principals en la forma se ha estilât, en las altres Corts; y per posar en observança lo contengut en lo present Capitol, los Deputats, y Oydors degan notificaro à las personas à qui convinga, trahentne copia, ò fe dels processos familiars dels tres Braços, y que esta notificaciò, en la referida forma fahedora, dega obehirse, y tenir tota força, y eficacia. Plau à sa Magestat<sup>66</sup>».

La exigencia de que el protonotario entregase en un plazo de dos o tres meses copia del proceso y de las constituciones y capítulos tiene que ver con el hecho de que, aunque a instancias del General o de su librero, lo que se imprimió desde que comenzaron a realizarse estampaciones de los acuerdos de Corte, tenía como base el texto del protonotario. Salvo algunas en las que no aparece, todas las impresiones de los cuadernos de constituciones y capítulos

<sup>65</sup> *Constituciones, capitols y actes de cort, fetas, y atorgats, per la S.C.R Magestat, del Rey nostre Senyor Don Carlos III. Rey de Castella, de Aragón, Comte de Barcelona, &c. en la Cort celebrà als catalans, en la Ciutat de Barcelona, en la Casa de la Deputaciò del General de Catalunya, en lo any de 1706 (=Cortes de Barcelona de 1706), Barcelona, en la Estampa de Rafel FIGUERÒ, 1706, cap. 94.*

<sup>66</sup> *Cortes de Barcelona de 1706, cap. 95.*

llevan el *signum* del protonotario regio y el texto de su proceso o de su lugarteniente hace fe en juicio y fuera de juicio, como se dice en proceso del protonotario de las reuniones de Cortes de Monzón y Binéfar de 1585:

«Copia huiusmodi in precedentibus tercentum quadraginta et duos foleos huius forme communis presenti comprehenso, alienis calamis fideliter scriptis, sumpta et extracta fuit ab originali processu Curiarum Generalium per sacram, catholicam et regiam majestatem domini nostri regis Philippi in oppido Montissoni convocatarum et celebratarum incholes et habitatoribus regnorum suorum Corone Aragonum, Valentie, Principatus Cathalonie et Comitatum Rossilionis et Ceritania, et cum eadem originali processu fideliter comprabata per me, Petrum Franquesa, prefate regie auctoritatis consiliarium, locutenantem protonotarii et notarium publicum per totam terram et ditionem suam, vice et loco multum illustris don Michaelis Climent, regii protonotarii et consilarii; et ut dicte copie tam in iudicio quam extra plenaria et indubia fides ab omnibus ubique adhibetus, hic meum solitum artis notariae appono sig+num<sup>67</sup>».

El texto que se imprime, por seguir con el ejemplo de 1585, es un extracto del proceso destinado a divulgar el texto de las constituciones y capítulos aprobados en Cortes, de forma que del proceso del protonotario en trescientos cuarenta y dos folios, fueron impresos en 1586 veintiséis en los que se contenían las constituciones y capítulos:

«Sig+num don Michaelis Clementis prafatae Catholica et Regia Magestatis consilarii, et Prothonotarii, Regiaque auctoritate Notarii publici per universam ditionem Regiam, qui praemisis interfuit, eaque de dicti domini Regis mandato, in vigintisex foleis praesenti comprehenso scribi fecit, et clausit. Constat de raso correcto in line xxv. Secundae paginae xv folei ubi legitur, quoranta, et de supraposito in line ultima primae pagina xviii. Folei ubi legitur del, et in linea iij. Primae paginae folei xxiiij.sera<sup>68</sup>».

Hubo divergencias entre el texto del proceso y texto finalmente impreso o lo que es lo mismo, entre lo aprobado en Cortes según el texto de los procesos y lo aprobado en Cortes según el texto que el protonotario entrega para su impresión, tanto en relación a las Cortes de 1585 como a las de 1599<sup>69</sup>, pero independiente-

<sup>67</sup> AA. VV., *Cort General de Montsó 1581 Montó-Binefar. Procés del protonotari*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2001, p. 280.

<sup>68</sup> *Constitutions fetas per la Sacra Catholica Real Magestat del Rey don Phelip Rey de Castella, de Arago, deles dos Scicilies (sic) en la segona Cort de Cathalunya per la Real Magestat convocada, y celebrada a tots los Reges de la Corona de Arago, en la Esglesia de Sancta Maria de la vila de Monço, en lany M D LXXXVI (sic; recte, M D LXXXV; utilizo un ejemplar existente en la Biblioteca de la Universidad de Barcelona, el mismo que vio BROCA en su momento [BROCA, Taula, p. 46, quien, por su parte, tiene errata propia, al hablar de Corte de 1585, en lugar de 1585], en el que ha sido cancelado el «I» que sobra a la fecha) (=Cortes de Monzón de 1585), Barcelona, en casa de Damia Bages, 1586, f. 56.*

<sup>69</sup> ARRIETA ALBERDI, J. «La disputa en torno a la jurisdicción real en Cataluña (1585-1640): de la acumulación de la tensión a la explosión bélica», en *Pedralbes* 15 (1995), pp. 43 y ss y 57 y ss; PÉREZ LATRE, M., «Els processos del protonotari i la Cort General de Catalunya», en AA. VV.,



mente de estas divergencias, la impresión de los cuadernos de constituciones y capítulos es teóricamente reflejo de lo publicado en el solio de clausura que ahora, además, se acompaña del *signum* del Rey y de la correspondiente bula de plomo:

«(...) ad supplicationem, et de consilio, et de consensu, et approbatione expressis eorundem, in nostro Regio solio, de more strato, et ornato sendentes, constitutiones, ordinationes, capitula, ac actus curiae facimus, statuimus, et ordinamus, sub forma, et declarationibus infrascriptis<sup>70</sup>».

*Cort General de Montsó 1581 Montó-Binefar. Procés del protonotari*», pp. XLVI ss. y bibliografía allí citada; SERRA I PUIG, Eva (introducción), *Cort General de Montó (1585) Montó-Binefar. Procés familiar del Braç Reial*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2001, pp. XXXVI-XXXVIII y bibliografía allí citada; SERRA I PUIG, Eva, *Les corts catalanes, una bona font d'informació històrica. Discurs de recepció d'Eva Serra i Puig com a membre numerària de la secció Històrico-Arqueològica, llegit el dia 27 de novembre de 2003*, Barcelona, Institut d'Estudis Catalans, 2003, pp. 38-39; GALDEANO CARRETERO, R., «Historiografía i iconografía: la serie icònica dels comtes de Barcelona del Palau de la Generalitat de Catalunya (1587-1588)», en *ATCA* 25 (2006), p. 385 n.40 y 395.

Los capítulos conflictivos de las Cortes de 1599 pasaron, sin embargo, a la recopilación de 1704, aunque con la advertencia del Vicecanciller Covarrubias de que estaban suspendidos por el Acte de concert de 18 de marzo de 1603. Pueden verse en 3ª CYADC I, 1.20. 1 (cap. 50), 1.20. 2 (cap. 77), 1.20. 3 (cap. 78), 4.7. 9 (cap. 89) y 4.7.10 (cap. 90). *El acte de concert* se encuentra tras 1.20.3.

Sobre lo ocurrido con estos capítulos, FONTANELLA, Ioannem Petrum, *De pactis nuptialibus, sive capitulis matrimonialibus tractatus (...) tomus prior*, Barcinonane, Apud Laurentium Déu, 1612, cl.3, gl. 3, n. 77-78: «Ex his pratendebant Senatus de anno 1603 posse, ac putuisse extra curiam, et ea finita tolli, et submoveri dissensus quorundam militum appositos, dum fierent, quinque capitulis curiae, interquae erat unum augmentum concernens salariorum Cancellarii Regentis cancellariam, et Iudicum Regia curiae: si enim (dicebatur) nullo iure eis permittitur huiusmodi dissensus apponere, et consequenter nec maiorem partem impedire eorum, qui in curiis congregantur, quominus determinationes, et constitutiones facerent: nullo ergo fortius eis licebit extra curiam, et alias, eos dissensus, et contradictiones in casu (ut aiebatur) non permisso, factis, tollere, et submovere: habebant Felinum, cui inniterentur qui haec deffendebant, is enim in c. cum omnes un. 26. extra de consti. Dicebat quod si aliqui de collegio habebant consentire circa actum, qui tenet, sed ab ipsis potest irritari, ad hoc ut ista irritandi potestas cesset, possunt ei etiam non collegialiter renunari, quod fundat in doctrina Bal. (...) dicentis quod si ab aliquibus de capitulo contemptis poterat actus validus infringi ratione contemptus, illud vitium contemptus per singulos separatim purgari potest, qui non fundant actum, sed remouent obstaculum, et actui adminiculantur, nam si ad fundandum actum venirent ut actus congregationis, et per congregationem factus diceretur, oporteret id collegialiter fieri, per ea quae latae doced Surd. (...) Sed quid contrarium pratendebant Deputati Cathaloniae existimantes maximum praerogativae militari in huiusmodi dissensus apponendis, inferri praeiudicium, si permitterentur tolli extra curias, et exinde robur accipere quae in eis non potuerant sine huiusmodi dissentimentis transire, cum eo tunch usque (ut dicebant) non fuisset tale quid visum, nec auditum, sed imo totum contrarium quod quae propter dissentimenta apposita non fuerant ab omnibus in curia approbata, vim legis obtinere non poterant, necessum fuit propter huiusmodi debata, quae talia, ac tanta fuerant, ut omnibus qui vivimus in provintia est notum, deferrí negotium ad suam Maiestatem, de cuius ordine pro sua benignitate composita postea res fuit eo modo, quo debetur in instrumento inde confecto inter illustrissimum et Excellentissimum dompnum Ioannem Teres Archiepiscopum Tarraconae, et huius principatus Proregem, et Deputatos eiusdem, die 18. martii. 1603, quod legitur in vol. constitutionum anni 1599. post finem, ut scilicet capitula curiae, quae non transierant sine contradictione, non mandaretur executioni quamvis contradictiones cessassent, post tamen curias sublate, donec super contentionibus, quae inde suscitatae fuerant, foret declaratum».

<sup>70</sup> *Cortes de Monzón de 1585*, f. 1; *Cortes de Barcelona de 1599*, f. 1: «(...) pro nostro solio regio (ut moris est) strato ornatoque: constitutiones, ordinationes, capitula et actus curiae facimus,

«Qua fuerunt acta in dicta Ecclesia loci de bineffar, Montissoni territorii, ubi dictum solium celebratum fuit Cathalanis, die Iovis, quinta menses Decembris, Anno a nativitate Domini, Millessimo, Quinquagesimo, Octagesimo quinto (...).

Sig+num Philippi Dei gratia Regis (...) qui haec laudamus, approbamus, concedimus, ordinamus, firmamusque, etiam ac iuramus, eisque nostram bullam plumbeam impendens iussimus apponendam. Yo el Rey. V. Frigola Vicencelarius<sup>71</sup>»,

por lo que las impresiones de los cuadernos de constituciones y capítulos terminan siempre con una cláusula parecida a ésta que transcribo de la impresión de 1586, que indica que la impresión lo es de unas constituciones y capítulos de corte cuya *editio, promulgatio y publicatio* tuvo lugar en un momento anterior:

«Rominus Rex ex actis in dicta curia generali editis, & publicatis, & et iuratis mandavit mihi don Michaeli Clementi, in cuius posse dictu dominus Rex, et omnes predicti firmarunt<sup>72</sup>.»

Si las constituciones y capítulos habían sido publicados en el solio de clausura comenzaban a obligar, salvo que las constituciones estableciesen otra cosa, a los dos meses de su publicación, según se ha dicho. Algunas de estas impresiones, sin embargo, establecen cierta relación entre la fecha de su apari-

---

statuimus, sancimus, et ordinamus, sub forma, modificationibus et declarationibus infrascriptis»

<sup>71</sup> *Cortes de Monzón de 1585*, f. 55; *Cortes de Barcelona de 1599*, f. LX: «Sig+num Philippi Dei gratia Regis (...) Qui hac laudamus, approbamus, concedimus, ordinamus, et firmamus, ac iuramus eisque nostra bullam plumbeam impendens iussimus apponendam. Yo el Rey. V. Covarruvias Vic.».

<sup>72</sup> *Cortes de Monzón de 1585*, f. 56; *Cortes de Barcelona de 1599*, f. LXV: «Dominus rex ex actis in dicta Curia Generali aeditis et publicatis et iuratis mandavit michi Don Pedro Franquesa, in cuius posse dictus Dominus Rex et omnes praedicti firmarunt».

La impresión del cuaderno de 1599 contiene, después de esta declaración, las correcciones del texto una vez que había sido firmado por el rey y una vez que el mismo había sido registrado en la Cancillería y según afirmaciones del mismo Franquesa, estaba listo para ser entregado a los Diputados para su impresión, como era costumbre: *Cortes de Barcelona de 1599*, f. LXVv: «Postquam praedicta Constitutiones, Capitula, et actus Curiarum prout superius continentur per suam Magestatem Regiam firmata fuerunt et per spectabilem suum Vicecancellarium subscribi debent subscripta et per me don Pedro Franquesa Regium Secretarium et notarium publicum signata et refendatae, et in Registris Aragonum Cancellaria registrata et sigillo regi sigilla et per suam Regiam Magestatem suo Locumtenentii et Capitaneo Generali in Principatu Cathaloniae remissa, ut illa traderet Deputatis Generalitatis Cathaloniae ut moris est, predicti Deputati suae Regiae Magestati representarun aliqua qua in dictis Constitutionibus Capitulis et actibus Curiarum emendari supplicarunt (...) quorum fidem ego dictus Petrus Franquesa hic meum solium artis Notariae appono sig+num. Dominus Rex mandavit michi Don Pedro franquesa.» Y en ff. LXVv-LXVI se lee: «His omnibus sicur praedicitur factis et subsecutis et per Magestatem Philippi Regis domini nostri suo Locumtenenti et Capitaneo Generali in Principatu Cathalonia et comitatibus Rossilonis et Ceritaniae remissis predictis Constitutionibus, Capitulis et Actibus Curiarum ac traditis Deputatis Generalitatis Cathaloniae ad imprimendas praedicti Deputatis his proxime laspsis diebus illas ad manus spectabilis Vicecancellarii Regnorum coronae Aragonum transmissarunt et per personas ad haec et alia suae Magestatis destinatas radi ac tolli in ipsis suplicarunt quae sequuntur (...).» (sigue después el *Acte de concert* ya citado).

ción y la crida de la publicación de las constituciones. Así, el cuaderno de constituciones de 1520:

«Acaben les dites constitucions: actes privilegis capitols de corts de la Inquisicio e de la Croada en la present obra stampats qui ha sguart al bon orde de la justicia (...) per Carles amoros provensal (...) E en la crida de la publicacio deles presents constitucions fetes en la insigna ciutat de Barcelona lo dia que dita obra fonc acabada de stampar lo primer dia del mes de abril del any de la nativitat de nostre senyor Mil. D. XX<sup>73</sup>»,

lo que quiere decir, entonces, que las constituciones y capítulos habían tardado en ser divulgadas dos meses y trece días, si la Cortes de 1520 fueron clausuradas el 19 de enero de 1520. Y así, también, en el cuaderno de constituciones de 1534:

«(...) e per que ignorancia: ningu no puga alegar en la crida dela publicacio de les presents constitucions: feta enla insigna ciutat de Barcelona lo dia que dita obra fonch acabada destampar x del mes de Setembre del Any de la nativitat de nostre Senyor<sup>74</sup>»,

que corresponde a las cortes clausuradas en 30 de diciembre de 1533, lo que quiere decir, para este caso, que las constituciones estuvieron sin divulgar más de nueve meses. Las Cortes de Monzón de 1542 se clausuraron en 6 de octubre, pero sus constituciones no vieron la luz hasta el 25 de febrero del año siguiente. Las Cortes de Barcelona de 1564 tuvieron su última sesión en 23 de marzo, pero la impresión de sus constituciones y capítulos no tuvo lugar hasta el diez de agosto de ese año. Las constituciones aprobadas en Cortes de Monzón de 1585, terminadas en 5 de diciembre de 1585, tardan cinco meses en ser impresas (en 6 de mayo de 1586) y las constituciones de 1599 se estamparon por primera vez en 1603.

### III

El de la recopilación, poco tiene que ver, propiamente y en el sentido en que venimos hablando, con el asunto de la publicación de las normas, ya que las normas recopiladas habían sido publicadas con anterioridad. La recopilación catalana, cuando la hubo oficial, independientemente de que sirviera para fijar oficialmente un texto o su numeración definitiva, como ha ocurrido con los *Usatges*, no sirvió ni siquiera para publicar las últimas normas aprobadas en cortes. Es cierto que la recopilación, cuando la hubo oficial, fijó el texto de unas normas, con todas las imperfecciones que se quieran, cuyo manejo, por lo tanto, debía hacerse a partir del texto recopilado y no por otro. El texto recopilado, con todas sus imperfecciones y erratas, se convirtió así en el texto oficial. Desde el punto de vista del conocimiento del derecho vigente, las

<sup>73</sup> Colofón del cuaderno de constituciones de 1520.

<sup>74</sup> Colofón del cuaderno de constituciones de 1534.

cosas, sin embargo, no son tan simples en Cataluña si los juristas catalanes aseguran que el que una norma esté incluida en la compilación no quiere decir que esté vigente y si, al mismo tiempo, advierten que el que una norma esté fuera de la compilación, no esté *in corpore iuris clausa*, no quiere decir que no esté vigente.

El de la recopilación, al menos formalmente, tuvo que ver inicialmente en Cataluña con la preocupación por que las leyes ya promulgadas fuesen *pus manifestas e intelligibles* y con el hecho de que, redactadas en latín, su ignorancia se convertía en incumplimiento<sup>75</sup>. De aquí, la preocupación por su traducción a la lengua vulgar catalana y por su sistematización por materias y títulos o por títulos y rúbricas. Las comprobaciones que ordenaba realizar la famosa «constitución» *Per tal que las leys* pudieron satisfacer las preocupaciones en torno a la fijación del texto de las normas en la medida en que hubiesen tenido que dar lugar a unos materiales, en latín y en catalán, cotejados y tenidos por originales, depositados en los archivos del rey, con sus correspondientes traslados auténticos depositados en los archivos de la Diputación<sup>76</sup>, a los que poder recurrir en caso de controversia sobre el entendimiento de usatges y constituciones, en los términos en los que la misma «constitución» *Per tal que las leys* establecía. Pero más allá de las preocupaciones por la fijación del texto, no fue casual que en Cataluña las preocupaciones recopilatorias se planteasen inmediatamente después del advenimiento de la dinastía de los Trastámara. Detrás del problema de la recopilación, el de la fijación de los textos y el de facilitar el manejo de los mismos, estaba el problema del mantenimiento del derecho, esto es el problema relativo a individualizar e identificar en sus textos un bloque normativo que el rey extraño debía respetar. La historia de la recopilación catalana se explica en términos de un constante enfrentamiento entre el rey y los estamentos sobre este último punto: qué recopilar, cómo hacerlo y quién debe encargarse de ello<sup>77</sup>. El constante desencuentro entre el rey y los estamentos sobre estas cuestiones, el escaso interés del rey en los trabajos recopilatorios y los límites y trabas que éste había impuesto a dichos trabajos en la medida en

<sup>75</sup> CARAVYC XI 281-283; CARAVYC XI, 245-246; los textos latinos del capítulo de corte y de la constitución de 1413, en IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino, «Liber usatici y Tomás Mieres. Notas deshilvanadas y materiales de trabajo», en *Initium* 5 (2000) ap. 5 n. 2, p. 126 y ap. 5, n. 1, pp. 124-125.

<sup>76</sup> Cuestión distinta es si dichos originales realmente llegaron a establecerse como tales originales oficiales; *vid.* para esta cuestión IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino, «Compilaciones catalanas de derecho», en IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino (ed.), *El Dret Comú i Catalunya. Actes del XI Simposi Internacional Barcelona, 20-22 de maig de 2004. En honor de la professora Adriana Campitelli. En Commemoració de tres-cents anys d'Història. De la redacció a la codificació del Dret*, Barcelona, Associació Catalana d'Història del Dret «Jaume de Montjuïc», 2005, pp. 566-567 y del mismo, «Entretenimientos compilatorios o de una edición de los *Usatges* del *ms. latino B1*», en IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino (ed.), *El Dret Comú i Catalunya. Actes del XII Simposi Internacional Barcelona, 26-28 de maig de 2005. Vida i Dret: el procés*, Barcelona, Associació Catalana d'Història del Dret «Jaume de Montjuïc», 2006, pp. 428-431 e «Introducción a una edición ideal de *usatici* y glosas», en *Initium* 14 (2009) pp. 4-5.

<sup>77</sup> IGLESIA, *Liber usatici*, pp. 20 y ss; IGLESIA, *Compilaciones*, p. 566.

que afectasen a sus regalías han determinado el carácter y el contenido de la recopilación catalana.

No interesa aquí trazar la historia de la recopilación ni tampoco adentrarse en su contenido, sino destacar sus frutos finales desde el punto de vista del conocimiento y del manejo de las normas. Si hacemos caso de Mieres, la preocupación recopilatoria y, más exactamente, la preocupación por que las normas fueran traducidas del latín al catalán tuvo que ver con un interés por parte de la nobleza en asuntos que no eran de su incumbencia<sup>78</sup>. En tal sentido, la nobleza catalana, que había confesado voluntariamente constituir una muchedumbre ayuna de conocimientos jurídicos, *como sien molts en nombre e tots persones legues, no plenament percebents força ni vigor de leys ni de constitucions e menys interpretacio de vocables en aquelles posats*<sup>79</sup>, merece para Mieres todo el desprecio que merece quien se presenta como lo que no es *–iurisperitum–* y quien, por mucho que haya instado su traducción al vulgar, cuanto más lee las constituciones, menos las entiende<sup>80</sup>. Resulta entonces y además, que aquellos que hasta el momento podrían beneficiarse de las reglas del título de *iuris et facti ignorantia* no podrían ahora alegarla gracias a la iniciativa de los *milites* de haber hecho accesible el derecho incluso para los iletrados, lo que no debe, sin embargo, llevar a la conclusión de que porque las constituciones puedan leerse en vulgar, se entienden realmente o a la conclusión de que puede prescindirse sin más de la tarea de doctores y maestros<sup>81</sup>. Mieres había advertido ciertamente que la ignorancia no era tolerable cuando las normas habían sido publicadas y cuando el *ius* es *finitum et redactum in corpus iuris*, pero enseguida advierte que éste no parece ser el caso del derecho

<sup>78</sup> MIERES, *Apparatus*, pars secunda, p. 153: «Sed domini armorum milites, quibus non expedit scire iura, volentes utroque tempore et bellorum, et pacis regere, et gubernare, ita obtinuerunt, ut etiam omnes requisiverint in vulgari fieri novam compilationem tam usaticorum quam caeterarum constitutionum: ut videbitis in curia domini Ferdinandi infra *collat. proxim. cap. Item senior com los usatges et cap. Per tal que les leys de la terra*, et ibi videbimus de hoc Deo duce. Sed ego tenens pristinum ordinem meum prosequar per singulas curias, et capitula, prout ecce».

<sup>79</sup> CARAVYC XIV (Cortes de Tortosa de 1429-30) 131-132.

<sup>80</sup> MIERES, *Apparatus*, pars secunda, p. 158 n. 59: «(...) hic vides quod leges et iura non possunt congrue fieri in vulgari, quia adhuc oportuit interferi verba latina, scilicet, *ipso facto*, tamen hodie omnes Cathalani, praesertim milites nostri temporis volunt esse iurisperiti, et illi eorum qui plus has constitutiones leguntur, minus eas intelligunt, sed eas toto posse trahunt ad eorum optatum, magis amplectentes verba quam sensum».

<sup>81</sup> MIERES, *Apparatus*, pars secunda, p. 217, n. 25-29: «Nota litteram, quia hoc maxime impetrarunt milites, quorum interest magis arma scire, quam leges (...) et hinc sumpserunt occasionem littiganda in curiis, contra statum sui ordinis, et in damnum Rei publicae: ut dixi supra (...) Et est hic argumentum quod hodie milites possunt esse iudices (...) qui enim nihil expertus est, nihil scit. Item est hic argumentum, quod hodie milites, feminae, rustici, et alli, qui habent iuris ignorantiam, iuxta nota in l. I. C de iuris et factis ignorantia, non possunt praetendere ignorantiam iuris harum constitutionum et iurium huius patriae, ex quo sunt manifeste cunctis etiam illiterati, et mere laicis, et omnibus subditis domini Regis, praesertim si potuerunt consulere peritiores, quia licet legantur in vulgari, nihilominus tamen non intelliguntur recte ab omnibus, ut vides: imo glosis, postillis, declarationibus, et concordantiis opus est, nil etenim tam clarum statuitur (...) ideo necessari sunt Doctores et magistri, per quos iura intelligantur, et declarentur, et in melius producantur: et ideo opiniones Doctroum sunt fovendae».

catalogán, cuyos *statuta et constitutiones* están llenos de contradicciones, aquellas que, imitando a Graciano, le han llevado a redactar su *Apparatus*<sup>82</sup>.

Con el afán de concordar estas contradicciones, Mieres pudo seguir su aparato en el orden en que lo había iniciado<sup>83</sup>, es decir, en el orden cronológico derivado de las correspondientes cortes celebradas, con independencia de la sistematización llevada a cabo en los trabajos consecuencia de los encargos de 1412-13. Ahí quedó una obra, sin sanción oficial alguna y sin carácter vinculante, de la que, se dice en el proemio del incunable de 1495, *fins açi no sia stada comunicada ne per altres copiada ne axi poc acabada*. La obra ahora impresa, en 1495, debía ser *multiplicada e divulgada*, esto es reproducida y difundida, ya que, como se señala en el proemio poco valdría proveer la observancia de las normas si éstas fuesen ignoradas. Se trata ahora de que cualquiera, *per poch que sia entes, facilmente e sens treball estudi pora veure e entendre los drets de la patria sua*<sup>84</sup>. No es necesario insistir en afirmaciones ya hechas. Bastará con señalar ahora que esta impresión de 1495, independientemente de la difusión que haya tenido, ha renunciado a la labor relativa a la fijación de los textos, no sólo porque faltan materiales de los manuscritos que transmitían la versión latina y catalana de las constituciones, sino porque en lo que se refiere a su segunda parte, el incunable adquiere las características de un simple repertorio de normas, al haberse renunciado a la reproducción total del texto de las normas, cuyo manejo en su *serie y tenor* pasa, entonces, por el manejo de unos materiales no recopilados y de los que simplemente se da noticia de su existencia<sup>85</sup>.

La ausencia de recopilaciones oficiales y sancionadas por el rey no es, como se ha sugerido a veces, síntoma ni de que pudiese prescindirse de la sanción regia ni de la supuesta independencia de los estamentos para llevar a cabo un trabajo que en origen plantean al monarca. La idea de que la recopilación existe, *como tal recopilación oficial*, sin necesidad de aprobación regia no tiene apoyo en las fuentes, independientemente de que al margen de cualquier iniciativa regia se haya podido proceder a la redacción de un texto. Los estamentos lo sabían perfectamente. Tras la negativa regia en 1564 a otorgar el *placet* a la pretensión de los estamentos<sup>86</sup>, ya que la respuesta del rey fue que se guardase una constitución de 1553<sup>87</sup>, momento, por cierto, en que, por primera vez se planteó, más allá de la reducción a un *orde* del material normativo y de su traslación a la lengua vulgar, la distinción entre el derecho que está vigente y el que no lo está (*sia feta distinctio, axi de las superfluas, com de las que son*

<sup>82</sup> Mieres, *Apparatus*, pars secunda, p. 185, n. 42-44; *vid.* EGEA-GAY, *Eficàcia*, p. 551.

<sup>83</sup> IGLESIA, *Compilaciones*, p. 567. *Vid.* texto *supra* n. 78.

<sup>84</sup> *Constitucions de Catalunya. Incunable de 1495. Estudi introductor Dr. Josep M. Font Rius*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1988, proemio, pp. 61-62 de la numeración moderna. (Hay una ed. Posterior, Barcelona, Base, 2004).

<sup>85</sup> FONT, *Estudi*, LXXV; PACHECO CABALLERO, Francisco Luis «El proceso recopilatorio catalán. Algunas cuestiones», en el *Dret Comú i Catalunya. Actes del XI Simposi Internacional Barcelona*, p. 68 y ss.

<sup>86</sup> 3ª CYADC I, *De la nova compilatio* III, p. 2 de la edición citada *infra* n. 91.

<sup>87</sup> 3ª CYADC I, *De la nova compilatio* II, p. de la edición citada *infra*. n. 91.

*contrarias a altrás*, se decía), los estamentos reconocen en 1585 que la recopilación se dejaría de hacer *si per los tres staments no-s feyen majors diligènties de las que de vint anys a esta part, que fonch acabada, se son fetes* y piden al monarca su *decret y real autoritat* para proceder a la impresión de la recopilación<sup>88</sup>. El famoso capítulo de corte 24 de las Cortes de Monzón de 1585 vino también a reconocer, más allá de explicaciones rocamboleras, las razones de la tardanza: *Com per no essererse obtingut lo beneplacit de V. Majestat, nos sia imprimida la recopilatio de las Constitutions de Catalunya (...)*<sup>89</sup>. En virtud de este capítulo se imprimió, entre 1588 y 1589 la primera recopilación oficial en Cataluña, con una estructura tripartita, siguiendo el orden de los compiladores, esto es, siguiendo la sistemática del Código de Justiniano<sup>90</sup> y de cuyo contenido no es el caso ocuparse ahora sino, estrictamente, para lo que aquí interesa<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> AA. VV., *Cort General de Montó (1585) Montsó-Binèfar. Procés familiar del Braç militar*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2003, 252.

<sup>89</sup> 3ª CYADC I, *De la nova compilatio* III, pp. 2-3 de la edición citada *infra*. n. 91.

<sup>90</sup> *Constitutions y altres Drets de Catalunya compilats en virtut del cap. de Cort XXVIII. de las Corts per la S. C. y reyal Maiestat del Rey don Philip Nostre Senyor celebradas en la vila de Montso, any M. D. LXXXV. Volum primer*, Barcelona, Hubert Gotart, 1588; *Pragmaticas y altres Drets de Catalunya compilats en virtut del cap. de Cort XXXIII. De las Corts per ls S. C. y Reyal Maiestat del Rey don Philip Nostre Senyor celebradas en la vila de Montso, any M. D. LXXXV, Volum segon*, Barcelona, Hubert Gotart, 1589; *Constitutions y altres Drets de Catalunya, superfluos, contraris, y corregits, compilats en virtut del cap. de Cort XXVIII. de las Corts per la S. C. y Reyal Maiestat del Rey don Philip Nostre Senyor celebrades en la vila de Montso, any M. D. LXXXV, Volum tercer*, Barcelona, Hubert Gotart, 1589 (Hay ed. facs. posterior, Barcelona, Base, 2004).

Vid. IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino, *La creación del derecho. Manual II. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Barcelona, Pons, 1996, pp. 384 ss; OLEART, Oriol, «El capítulo 24 de las Cortes de Monzón de 1585 y la elaboración de la recopilación catalana de 1588-89. Datos para su historia», en *Initium* 9 (2004) pp. 223-286; OLEART, Oriol, «El full d'erates de la compilació catalana de 1588-1589. Edició», en *Initium* 10 (2005) pp. 349-356. Por cierto, que si se hubiese leído con atención la documentación cuidadosamente transcrita por Oriol OLEART en el trabajo de 2004 citado, habrían sobrado algunos apéndices documentales publicados después por otros.

<sup>91</sup> La segunda recopilación oficial, con las características que hace tiempo señalara IGLESIA (IGLESIA, *La creación*, pp. 398-387) es *Constitutions y altres Drets de Catalunya, compilats en virtut del capitol de Cort LXXXII. de las Corts der la S. C. y R. Majestat del rey don Philip IV. Nostre senyor celebradas en la ciutat de Barcelona, any M.DCCII. Volum Primer*, Barcelona, Joan PAU MARI y Joseph LLOPIS ESTAMPERS, 1702; *Pragmaticas y altres drets de Catalunya, compilats en virtut del cap. De Cort XXIV. De las Corts per la S.C. y Reyal Majestat del Rey don Phelip nostre senyor celebradas en villa de Montso Any M.D.LXXXV. Y novamente reimpressas conforme la disposicio del capitol LXXXII. De las Corts celebradas en la Ciutat de Barcelona Any M.DCC.II, volum segon*, Barcelona, Joan PAU MARTI y Joseph LLOPIS STAMPERS, 1704; *Constitutions y altres drets de Catalunya, superfluos, contraris, y corregits, compilats en virtut del cap. De Cort XXVIII. De las Corts per la S. C. Y R. Majestat del rey don Philips nostre Senyor celebradas en la villa de Montso, any de M.D.LXXXV, volum tercer*, Barcelona, Joan PAU MARTI y Joseph LLOPIS ESTAMPERS, 1704 (Esta tercera compilación haya tenido ediciones posteriores en 1909, 1973, 1995 y 2004). Vid. Oriol OLEART, «La gènesi de la compilació de les Constitucions y altres de Catalunya de 1704», en Aquilino IGLESIA FERREIRÓS (ed.), *Estat, dret i societat al segle XVIII. Homenatge al Prof. Josep M. Gay i Escoda*, Barcelona, Associació Catalana d'Història del Dret «Jaume de Montjuïc», 1996, pp. 427-453 [= *Initium* 1 (1996) pp. 427-453].

La pragmática de 14 de marzo de 1567 por la que se declaraba la autoridad de las leyes de la *Recopilacion de las Leyes destos Reynos* advertía que, una vez impresa y estampada, se juzgase por sus leyes aunque algunas fuesen nuevamente hechas y ordenadas, *aunque no hubiesen sido publicadas ni pregonadas y aunque fuesen contrarias a otras leyes, capítulos de cortes y pragmáticas anteriores*. Una declaración similar o que produjese efectos parecidos no se encuentra en la recopilación catalana. No sólo la recopilación catalana de 1588-89 no ha servido para publicar las últimas normas aprobadas en cortes, que estaban publicadas desde 1585 y estampadas desde 1586, sino que, además y al contrario, la recopilación catalana incorpora un tercer volumen de constituciones, capítulos y otros derechos *contraris, superfluos y corregits*, fruto de la resección realizada según lo establecido en el cap. de Corte 24 de los aprobados en 1585 (*rescant las superfluas, y corregidas*, se decía), sin que ello autorice, sin más, a pensar que el derecho vigente está contenido en el primer y segundo volumen y el derecho no vigente o derogado, en el tercero, porque tanto en el primer volumen como en el segundo hay material derogado y en desuso. No es necesario que me ocupe de extremos sobre los que ya he llamado la atención<sup>92</sup>. Pondré ahora dos ejemplos para ilustrar esta afirmación aunque podrían ponerse muchos más. En el primer volumen de la recopilación se incluye una constitución, interesante en tema de vigencia temporal, que prohibía la circulación de las monedas extranjeras llamadas escudos y blancas bajo la pena de la pérdida de la tercera parte de ellas. Se establecía que la constitución comenzase a obligar durante los seis meses siguientes a su publicación<sup>93</sup>. Esta constitución había caído en desuso incluso antes de la recopilación y merece el siguiente comentario en el *Apparatus* de Mieres: *vidi etiam anno 1472 quod omnis moneta extranea, etiam Franciae, currebat palam, etiam Barcinonae: ergo prasens constitutio est abrogata*<sup>94</sup>. Este ejemplo podría ser uno de los muchos que podrían agregarse a los que enumeró Xammar cuando advirtió que la compilación *forma ius non facit* y cuando advertía que en el primer volumen de las constituciones *multae leguntur et superfluae et correctae, quaque in usu nullatenus sunt*<sup>95</sup>.

En el segundo volumen también existe material derogado. El privilegio del barcelonés del *Recognoverunt Proceres* en aquel punto en que establecía que la legítima barcelonesa eran ocho quinceavos<sup>96</sup>, había sido doblemente derogado:

---

Dadas las características de esta recopilación, mucho de lo que puede decirse para la primera recopilación, vale para ella. Señalaré aquí sólo que los recopiladores de 1704 han salvado las contradicciones internas consecuencia de la incorporación de nueva legislación (la de 1599 y 1702) a través de una advertencia puesta en las constituciones afectadas (*Derogadas per la ques sequex*), lo que les ha ahorrado tener que suprimirlas o enviarlas al tercer volumen. Así ocurre en 3ª CYADC I, 9.20.3, que deroga las constituciones que siguen estando en 3ª CYADC I, 9.20.1 y 2.

<sup>92</sup> PACHECO, *El proceso*, pp. 95 y ss.

<sup>93</sup> 3ª CYADC I, 10.2.4.

<sup>94</sup> MIERES, *Apparatus*, pars secunda, p. 242 n. 6.

<sup>95</sup> XAMMAR, Ioanne Paulo, *De officio Iudicis, et advocati. Liber unus in quo variae quaestionibus iudicibus, et Advocatis utilissimae tractantur in tres divisus partes (...)*, Barcinonae, ex Typographia Iacobi Romeu, 1639, pars II, q. VII, n. 55-59.

<sup>96</sup> 3ª CYADC II, 1.13.2.



primero por una decisión de Pedro III de 1343 que también se encuentra en el segundo volumen (con errata incluida)<sup>97</sup>, que había establecido la legítima barcelonesa en un cuarto y, en segundo lugar, por la famosa constitución *Zelant la conservatio*, de 1585, que imponía con carácter general la legítima de un cuarto y revocaba cualquier ley, costumbre y observancia en contrario en cualquier parte del principado<sup>98</sup>. Curiosamente, consecuencia de esta decisión, fueron enviados al tercer volumen, como teóricamente superfluos, los textos de una constitución de Cortes de Montblanc de 1333<sup>99</sup> y los textos de dos *consuetuts* sobre el reparto de la legítima<sup>100</sup>, sin advertir —o advirtiéndolo— que la Constitución de 1585, salvo para el caso de Barcelona, sólo era de aplicación a los casos futuros, por lo que para los pendientes, en nada resultaban superfluos aquellos textos. Así que don Pedro Nolasco Vives y Cebrià todavía advierte que «habiendo mediado desde entonces cerca de dos siglos y medio, aún he visto casos en que ha sido preciso tener presentes aquellas leyes»<sup>101</sup>, con lo que, por lo tanto, ni es cierto que en el primer y segundo volumen esté el material vigente ni es radicalmente cierto que en el tercer volumen esté el material inservible. Dicho de otro modo, que una constitución o una pragmática estén en el segundo volumen no quiere decir que estén todavía vigentes, de la misma forma que el hecho de que hayan sido incluídas en el tercero, no quiere decir que hayan dejado de estar vigentes. Podrían, además de lo advertido por Xammar, recordarse la advertencias de Ramon<sup>102</sup> o de Vilaplana<sup>103</sup>, pero traeré ahora un texto del que se deduce que el que una constitución colocada en el tercer volumen, considerada por lo tanto superflua, contraria o corregida, sea o no de aplicación depende de los intereses de quien la alega, al centrarse la discusión en el argumento de si los compiladores, *con la nuda compilación*, quisieron o no perjudicar al Principado:

«Sin que se pueda reparar, que dicha Constitucion, ò confirmacion, se halle entre las superfluas, contrarias, y corregidas. Porque no se halla corri-

<sup>97</sup> 3ª CYADC II, 6.3.1.

<sup>98</sup> 3ª CYADC I, 6.5.2.

<sup>99</sup> 3ª CYADC III, 6.1.1

<sup>100</sup> Las que están post 3ª CYADC III, 6.1.1, numeradas como 1 y 2. La segunda de las cuales, también con errata incluída.

<sup>101</sup> VIVES Y CEBRIÀ, Pedro Nolasco, *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña, que no están derogados o no son notoriamente inútiles, con indicación del contenido de éstos y de las disposiciones por las que han venido a serlo, ilustrada con notas sacadas de los más clásicos autores del Principado*, Barcelona, segunda edición corregida y aumentada, Imprenta de Luis Tasso, 1862, p. 267.

<sup>102</sup> RAMONIO, Iosepho, *Consiliorum una cum sententiis et deicissionibus Autientiae Regiae Principatus Cathaloniae*, Barcinonae, ex Typographia Stephani Liberòs, 1629, todo el cons. X, a propósito de algunas constituciones incluídas en el título *De diversos rescrits, y elongaments* del primer volumen (3ª CYADC I, 1.24).

<sup>103</sup> VILAPALANA, Antonio de, *Tractatus de brachio militari, et pristina nobilitate gotholanorum, privilegii, exemptionibus, ac praerogativis* (...), Barcinonae, Sumptibus Iosephi Moya bibliopola, 1684, cap. 3, n. 81, a propósito de unas constituciones situadas en el título 8 *De vectigals, leudas, peatges, gabellas, y de cosas prohibidas traure de Catalunya*, del libro cuarto del tercer volumen, *quae licet in eo collacata reperiat, non est habendae pro derogata*.

da, en otro texto alguno municipal, y se compadece, con todo el mismo Derecho; solamente se podria decir, ser collocada competentemente, entre las superfluas, precediendole otras, como se ha visto, disponiendo lo mismo, sin diversidad de palabras. A mas, que según dixo Don Sebastian de Cortiada, allegando a Oliba, y otros, tambien se puede argüir de las Constituciones en el Tercer Volumen.

Particularmente (...) no es legitimo argumento, de ser derogada una Constitucion, el hallarse compilada entre las del Tercer Volumen de dichas Constituciones; Ni es suficiente, para provar superfluidad, correccion, ò derogacion (...) Porque aunque la Corte General diesse facultad à los Compiladores, para collocar las Constituciones en sus títulos, y que estos en la Compilacion, reseccassen las que les pareciesen superfluas, y corregidas: pero no se sigue, que tuviesen facultad de abrogar las aprobadas: con que hallandose dos Constituciones, que expressamente disponen, que los Reyes nuestros Señores, se dignaron pagar los Derechos de la Generalidad, se vè, que los Compiladores, no pudieron perjudicar al Principado, por la nuda compilacion. Antes bien le favorecieron, poniendola entre las superfluas, pues le precedian otros dos Oraculos en Cortes, en que bastantemente los Serenissimos Ryes nuestros Señores, Antecessores de V. Magestad, declararon su repetida voluntad de incluirse en pagar los derechos de la Generalidad<sup>104</sup>».

La pragmática de 14 de marzo de 1567, antes citada, tuvo la eficacia de convertir la recopilación castellana de aquel momento en un texto exclusivo, al entenderse que lo no recogido en ella queda derogado. No puede decirse lo mismo de la recopilación catalana. El segundo volumen de la recopilación y las pragmáticas regias son un ejemplo elocuente de ello. Ya hemos visto que las pragmáticas regias se publican, como otras normas, por medio de pregón, pero asunto distinto es la disposición del monarca a facilitar libremente el acceso a unas normas que normalmente afectan al mantenimiento de sus regalías. Si las leyes generales, advertía Oliba, no pueden hacerse sino en cortes, *in forma pragmatice vel cridae potest fieri Regem et suum Locuntenentem materia Regalium*, pero ello mismo explica el poco interés que pudo tener el monarca en facilitar el acceso a las mismas, si hay *scriptures las quals per interes del dit*

<sup>104</sup> *Compendio de las reales munificencias con que los Serenissimos Reyes dignaron incluirse en pagar los derechos de la Generalidad de Cataluña. Dirigido al Rey nuestro Señor. De orden de los Ilustres, y fidelissimos deputados, y oydores de cuentas del Principado de Cataluña, Barcelona, en casa de Rafael FIGUERÒ, 1691, 11-12, n. 12-14.*

Un poco antes, en el mismo siglo, una constitución de las colocadas en el volumen de las superfluas sirve a Sebastián de Cortiada para justificar la jurisdicción del virrey y capitán general del Principado: CORTIADA, Sebastián de, *Discurso sobre la jurisdicción del Excellentissimo Señor Virrey, i del Excellentissimo Señor Capitán General del Principado de Cataluña, ilustrado con muchas decisiones de la Real Audiencia, i de gravissimos Senados, con Dos Índices muy distintos, i copiosos, una de las cuestiones en que se divide, i otro de las cosas notables que contiene*, Barcelona, por Josef Forcada, 1676, q.3, n. 14, 28-29: «I aunque esta constitucion del año 1547 se halle antiquada, i puesta en el tercer volumen entre las superfluas, no tiene duda, que las constituciones antiquadas se puede alegar, i son eficaces para la inteligencia de otras constituciones (...) con que por la dicha constitucion del año 1547, queda declarada la dicha constitucion del señor Emperador Carlos Quinto del año 1534».

*Senyor se degen tenir secretes*<sup>105</sup>. Las pragmáticas y su cumplimiento e interpretación, también por tanto su circulación y publicación, son algo de exclusivo control del monarca: en 1423 Afonso IV se quejaba de que muchas pragmáticas, provisiones y edictos, fundamentalmente aquellos que se referían a la indemnidad del patrimonio regio, caían en el olvido y en el incumplimiento. Encarece ahora su cumplimiento escrupuloso bajo el estilo en que dichas normas fueron confeccionadas por la cancelleria regia y tras la correspondiente ejecutoria del Baile General, pero advierte de la obligación que pesa sobre el mismo Baile de informar sobre cualquier duda que suscitase el contenido de dichas normas, para que fuese el mismo monarca quien respondiense –*rescribere* es el término de resabio antiguo que se utiliza ahora– sobre la forma de ejecutar sus normas, declarando nula cualquier actuación en contrario<sup>106</sup>. Sea, por tanto, porque dentro del planteamiento que inspira la recopilación, a los estamentos no les hubiese interesado recoger determinado material, sea que, por ser de su exclusivo control, el monarca no ha facilitado el acceso a determinados materiales de su cancelleria, el caso es que en el segundo volumen de la recopilación no se han recogido todas las pragmáticas. Han dejado de recogerse pragmáticas anteriores a 1542 y pragmáticas posteriores a 1542, si nos fijamos en la fecha de la última de las pragmáticas citadas en la *Taula de las pragmáticas y letras reynals* de la recopilación. Pero el problema no es que hayan dejado de recogerse: el problema es que estaban vigentes, aunque no recogidas. Los brazos militar y eclesiástico han estado batallando desde fines

<sup>105</sup> CARAVYC XVI (Cortes de San Cucufate y Tortosa de 1419-20) 54.

<sup>106</sup> 3<sup>a</sup> CYADC II, 1.21.1: «Ultra frequenter concedimus minus plene, quae informati plenarie, ut convenit, forsitan non concederemus, Quoniam per multas leges, Pragmaticas, et per multa Privilegia, et provisiones, edictaque Regia, tam predecessorum nostrorum, quam nostra astricti sumus jurejurando de multis patrimonialibus bonis, et juribus non alienandi, quae leges, el Privilegia cum facta sint, faciliter notitiam, seu memoriam (quae ut plurimum labilis est) nostras evadunt, et amplius (quod praecavendum est) ex iis sic Regium Patrimonium leditur, quod nisi provideretur, posset trahi ad irreparabile nocumentum. Volentes igitur salutis nostre conscientiae, et indemnitate nostri Patrimonii ut Regi convenit providere, hoc nostro aedicto quamdiu de nostrae Regia dignitatis beneplacito processerit duraturo, statuimus, sancimus, et providemus, quod a modo possessio aliquorum bonorum, jurisdictionum, redditum, seu jurium nostrorum Patrimonium, sive alienabilium, sive inalienabilium de jure, statuto, Pragmatica, Privilegio, aut de more, cuique non tradatur, donationesque, venditiones, impignorationes, stabilimenta, seu quaevis aliae alienationes, vel instrumenta, super, aut de illis facta, executione per quemvis Officialem, quacumque fulcitum preheminentia, vel dignitate nullatenus deducantur, nis forma infra inserta, observata, videlicet, quod dicta instrumenta, seu provisiones, iuxta stylum Cancellariae nostrae confectae, seu confecta, Baiulo nostro Cathalonia Generali in Cathalonia exhibeantur, per ipsumque, recognoscantur, si in illis aliquid obviet, propter quod executioni non debeant demandati: quod si nihil inventum fuerit, quod obsistere videatur, tunc habita executione dicti Baiuli Generalis qui nunc est, vel ejus Ministros, seu per illum ex Officialibus cui dictae provisiones, seu instrumenta per nos directa fuerint, una cum dicta executoria praefati Baiuli Generalis fuerint praesentata, executioni debita demandentur, quod si dubium dicto Baiulo emergerit, volumus, statuimus, et iubemus, quod ipse Baiulus incontinenti de dictis dubiis nostram habeat conscientiam informare, ut nos eque rescribere possimus, quid super illis nostra duxerit Majestas Ordinandum, nos enim praedicta Omnia, et singula de nostri certa scientia statuentes, decernentes, atque inviolabiliter observari iubentes, decernimus quidcquid in contrarium factum extiterit, seu quomodolibet attentatum, irritum, et inane ipso facto, et jure, ac nullus roboris, seu etiam firmitatis».

del siglo hasta el siglo XVIII por la derogación de una pragmática de 1447, nunca incluida en la recopilación pero cuya vigencia molestaba<sup>107</sup>. Pragmáticas como éstas son las que Oliba llamaba *extravagantes, non insertae in corpore iuris*<sup>108</sup>. Son las mismas pragmáticas no compiladas en lo volumen de las *constituciones*, de cuya existencia y valor advierte Bosch<sup>109</sup>, las mismas pragmáticas que según Xammar yacían en los archivos regio y del Baile General roídas por los ratones<sup>110</sup> y las mismas pragmáticas esparcidas constantemente en las citas hechas por Ripoll e identificadas por sus registros<sup>111</sup>. Decía Bosch que una de las razones de la *forsa, valor y observansa* de las distintas especies de normas del Principado estaba relacionada con el hecho de haber sido compiladas en un volumen particular de leyes, en el que, para los catalanes, se encontraba el derecho común que para otros sería estatutario<sup>112</sup>. De esta forma y en punto a la excusabilidad de la ignorancia, es preciso distinguir: una cosa son las normas *impresas y continuadas en el volumen de las leyes*, como decía Bosch, cuya ignorancia no es posible excusar:

«Dita compilacio es estada diferente segons los temps, antigament ab molts volums, continuada ab llengua latina fins lo any 1413, que per acte de Cort 8 del Rey D. Ferrando se manaren verter en llengua materna, y vulgar, y compilar a un volum que dura fins lo any 1585. ques feu nova compilacio ab orde del Codex del Emperador Iustinia.

Per raho de esta compilacio com a lleys escrites, ningu pot de elles allegar ygnorancia, que de dret escuse lo que se ha de entendre sols ab les impreses, y continuades al volum de les lleys (...)»<sup>113</sup>»

<sup>107</sup> La alusión se encuentra en 3ª CYADC I, 10.9.4. Me he ocupado de ella en PACHECO CABALLERO, Francisco Luis, «Retroventa y recuperación de jurisdicciones por la Corona. Legislación, práctica y doctrina. La conflictiva historia de una pragmática y de los caps. 37, 51, 52 y 53 de las Cortes de Barcelona de 1599», en *Initium* 9 (2003) pp. 351-382.

<sup>108</sup> OLIBA, Antonio, *Commentariorum de actionibus in duas summas partes, concinne distributorum (...) pars prima in tres distincta libros (...)*, Barcinonae, apud Gabrielem Graellium, 1606, pars prima, l. 3, c. 3, n. 51.

<sup>109</sup> BOSCH, Andreu, *Summari, index o epitome dels admirables, y nobilissims titols de honor de Catalunya, Rossello, y Cerdanya (...)*, Perpinya, per Pere Lacavalleria Estamper, 1628 (fac. Sueca, Curial, 1974), 5.12, p. 527, que aparecen al final de la obra, sin paginación, como *Taula de totes les pragmatiques, ordinacions (...)* segons los Reys, y anys, y del Archiu, y lloch de honts son estats trets, y cotats (...).

<sup>110</sup> XAMMAR, *De officio*, pars II, q. VII, n. 97.

<sup>111</sup> RIPOLL, Acacio de, *Regaliarum tractatus eminentissimum, et reverendissimo Alexandro Bichio Episcopo Carpectoracten*. S.R.E Cardinali dicatus, Barcinone, ex Praelo Gabrillis Nogues, 1644, cap. 9, n. 46; cap. 35, n. 125-131; cap. 41, n. 23.

<sup>112</sup> BOSCH, *Summari*, 5.27, 534: «Per esser compilades de comu consentiment en un volum particular com a lleys, per so constituxen dret comu, y municipal ab la mateixa forsa, y forma de les lleys Romanes, y demes nacions del mon, de aquí son dites, y anomenades per nosaltres ab molts differentes noms, tenint lo valor, y forsa quel dret dona a quiscu, so es de dret comu, dret estatutari, dret municipal, lleys curials, ordinacions, dret local, y jurisprudencia de Catalunya y Comtats, dret paccionat. Estos noms tenen nostres lleys, en particular lo de dret comu per nosaltres, per los estranys dret estatutari».

<sup>113</sup> BOSCH, *Summari*, 5.27, 534.

y otra muy distinta las normas vigentes que están fuera de la compilación y registradas en los Archivos, que sólo obligan en la medida en que son intimadas, publicadas o pregonadas:

«(...) les altres so es la pragmatiques, ordinacions, statuts, edictes privilegis, y les demas locals registrades en los Archius no, si ja no son publicades, o ab crides, o intimes, o altrament que conste ab la mateixa lley, altrament la ygnorancia escusa, com la lley per lligar sia necessari sia publicada, y conste<sup>114</sup>».

FRANCISCO LUIS PACHECO CABALLERO  
Universidad de Barcelona

---

<sup>114</sup> BOSCH, *Summari*, 5.27, 534.



## La publicación de las normas en el antiguo Reino de Valencia (1232-1808) \*

Como señala Marta Lorente Sariñena en su bien conocido estudio sobre la publicación de las normas en el siglo XIX<sup>1</sup>, apenas existe bibliografía reciente acerca de una materia que forma parte indudable de nuestra historia jurídica. Ni para Castilla ni, por supuesto, para lo que fueron las tierras valencianas en el Antiguo Régimen. Sí es cierto que podemos encontrar, desperdigadas por aquí y por allá, algunas noticias o referencias, en general breves, dentro de trabajos de corte más general y, habitualmente, para satisfacer una duda o un problema concreto que surge al hilo de la investigación historiográfica<sup>2</sup>.

No es la única dispersión. El particular sistema político y jurídico que disfrutaron los territorios de la Corona de Aragón hasta los primeros años del siglo XVIII confería a sus instituciones una autonomía política amplia: las Cortes, las diputaciones del General, los municipios... tienen potestad normativa –la *potestas statuendi* característica de las corporaciones– y hacen uso de ella con mayor o menor profusión. A ellas hay que añadir las que dependen del monarca: el virrey, la Audiencia, la Bailía General... Todas y cada una tienen sus sistemas de recepción y conservación de las normas que vienen de la Corte, también de las suyas propias<sup>3</sup>. Y hasta el siglo XVII no vamos a encontrar una preocupación patente por estas cuestiones: la preservación cuidadosa de las

---

\* Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación *Derecho y política en la Corona de Aragón, Navarra y territorios vascos (siglos XVI-XVIII)*, (DER2008-06370-C03/JURI)

<sup>1</sup> *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 19 y ss.

<sup>2</sup> Por ejemplo, V. GRAULLERA SANZ, «La enseñanza y práctica del derecho en la Valencia foral», *Claustros y estudiantes*, 2 vols., Valencia, 1989, PUV, vol. I, pp. 279-293, en p. 279.

<sup>3</sup> En el caso de los municipios, encontramos una clara dualidad entre las leyes y privilegios que reciben del rey, y que se consignan con la fórmula «statuimus et ordenamus...»; y los estable-

normas recibidas, el control de su publicación a lo largo del territorio, los problemas derivados de la ignorancia de la ley... En fin, la reconstrucción histórica de una materia como ésta obliga, en la práctica, a bucear en los fondos documentales de cada institución para determinar su comportamiento, su dinámica legislativa, y tratar de hallar patrones comunes y puntos de encuentro con los procedimientos que encontramos en las demás. Es un trabajo largo y fatigoso, y de frutos poco generosos... Lo he dividido en tres partes: en la primera, expondré sus bases legales y doctrinales; luego me ocuparé del registro y circulación de las normas, paso previo –y necesario– para abordar, finalmente, la materia central: su publicación.

## PLANTEAMIENTO LEGAL

No existe una regulación concreta sobre la publicación de las normas en *Furs de València*. Algún fuero tardío sí se ocupa del problema de la entrada en vigor de las leyes dadas en Cortes, como luego veremos. La doctrina valenciana cubrió en parte esta laguna. En general, la opinión predominante sigue la del derecho común, expresada básicamente a través del *Código* de Justiniano y de sus comentaristas. Nicolás Bas recuerda que para que una ley, estatuto o fuero obligue, debe formarse, ponerse por escrito y publicarse<sup>4</sup>. Respecto de la escritura, Baldo sostiene que no se requiere *ratione formae*, sino *ratione observantiae*: es decir, no sería una forma sustancial de leyes y estatutos, sino una cierta forma accidental requerida ad hoc, para que la norma pueda ser leída; sería así un requisito de la publicación. El jurista Pedro Belluga añade que, en el caso de las leyes, la sola voluntad del Príncipe o de los estatuyentes expresada de forma oral, ya es vinculante; pero la escritura se requiere «ad legis observantiam & obligationem subditorum»<sup>5</sup> –un criterio más práctico que esencial–. En cuanto a la publicación, para Baldo tampoco constituye forma sustancial de las leyes, sino meramente accidental, pues con independencia de que haya publicación o no, la ley conserva todos sus atributos. No obstante, le reconoce gran utilidad a los efectos de determinar a partir de qué momento se debe probar su ignorancia por parte de quien la alega.

Un sector doctrinal mayoritario, con Crespí de Valldaura y Mateu y Sanz a la cabeza, exigía, además de la formación y publicación, su recepción por vía

---

cimientos y órdenes municipales, en que se utiliza «stabliren e ordenaren que...», referido a los jurados y al consell general.

<sup>4</sup> *Theatrum jurisprudentiæ forensis valentinæ, romanorum juri mirifice accommodatæ...*, 2 vols., Valencia, Ex Officina Josephi Stephani Dolz, 1742-1762, vol. I, Pars I, Praeludium, # 33, f. 10. Sigo en la argumentación la obra de Bas por ser, en el tiempo, la última de las grandes exposiciones doctrinales del derecho foral valenciano; en ella recoge las opiniones de los juristas del reino que le precedieron y con ellas trata de alcanzar la *ratio* en las cuestiones que trata.

<sup>5</sup> Pedro BELLUGA, *Speculum principum*; uso la edición de Bruselas de 1655. Se ocupa de esta materia en la rúbrica 47, «De publicatione fororum et privilegiorum», aquí ## 32-33. En este punto coincide Pedro Agustín Morlà, *Emporium utriusque iuris quaestionum in usu forensi admodum frequentium*, Valencia, Alvarus Franco & Didacus de la Torre, 1599, f. 22vº.



de práctica o costumbre –*acceptatio per admissionem & usum*–<sup>6</sup>, para la que existía una presunción tácita que debía impugnar quien alegase lo contrario. El defecto de publicación, sin embargo, no supondría la derogación automática de la norma: se entendería tácitamente que esa no publicación comporta de facto la pérdida de validez por *desuetudo*. Pero esta presunción admite prueba en contra, por lo que puede demostrarse en juicio que una ley, aunque no publicada, sí ha sido admitida y usada socialmente; de este modo, se entendería en vigor<sup>7</sup>. El requisito de la publicación, que por la doctrina se refiere en esencia de los fueros o leyes de Cortes, se predica igualmente para las pragmáticas sanciones y otras normas dadas por el rey con carácter general para toda la población<sup>8</sup>. Mas Pedro Belluga, que escribe su *Speculum Principum ac Iustitiae* en un momento anterior –a mediados del xv, aunque no se publicaría hasta 1530–, cuando apenas ha comenzado a plantearse el conflicto entre la legislación de las Cortes y la del rey, relativiza el valor de esta última. Reconoce la existencia de las pragmáticas, a las que admite carácter general y fuerza de ley al ser promulgadas por el soberano; pero admite también que pueden ser desconocidas e ignoradas por no hallarse en el cuerpo de los fueros y no aparecer buladas. La causa de este menor valor, que permitiría incluso a los jueces el dar sentencias contrarias, radica, a juicio de Belluga, en los defectos de registro y publicación que suele presentar esta clase de normas; por eso, su incorporación a un fuero las convierte, ipso facto, en plenamente vinculantes. Del mismo modo, minimiza la importancia de la publicación de los privilegios, pues desde el momento en que son firmados por el rey constituyen gracias perfectas.

Una cuestión que iba aparejada con la anterior era la del periodo de *vacatio legis* de las normas, una vez promulgadas. La mayor parte de la doctrina se inclinaba por seguir el criterio del *ius commune*, que, atendiendo a lo establecido en las *Novelas* justinianeas, requería el transcurso de dos meses entre la publicación de la ley y su entrada en vigor, y su exigibilidad, en consecuencia, ante los tribunales, pues antes de esa fecha era disculpable el desconocimiento de la norma<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> En ese sentido, P. BELLUGA, 47, ## 59-61, que da un plazo de diez años. C. Crespi de Valldaura expone que la ley no recibida se entiende por ello abrogada y requiere de nueva publicación para volver a ser vinculante (*Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii Supremi Consilii S. Cruciatæ R. Regiæ Audentiæ Valentiniæ...*, 2 vols., Lyon, Deville & Chalmette, 1730, pars II, observatio LXIII, # 8, f. 91). Más adelante, en la observatio CII, f. 202, # 14, afirma: «Ad esse autem legis requiritur, ut constituatur, publicetur, & moribus recipiatur». No sólo la recepción –referida a la eficacia u observancia de la norma– mediatizaba el principio de la publicación: en algunos supuestos, si la ley viene a corregir situaciones en que se está produciendo un daño a alguien, «constitutio ligat antequam publicetur» –por el principio de retroactividad– (f. 203, # 22).

<sup>7</sup> N. BAS, *Theatrum jurisprudentiæ...*, vol. I, Pars I, Praeludium, # 35, f. 11.

<sup>8</sup> «Debent sanctiones pragmaticales supradictæ, ut obligent publicari, quia ut diximus, sunt leges generales, & ut leges obligent, debent omnibus innotescere, & publicari» (N. BAS, *Theatrum jurisprudentiæ...*, vol. I, Pars I, Praeludium, # 101, f. 20).

<sup>9</sup> «Me refiero a la Novela 66: «Ut factæ novæ constitutiones post insinuationem earum post duos menses valeant». Así lo referendaban tanto BALDO para el derecho civil, como el abad Panormitano para el canónico. Ya dije que, según BALDO, la utilidad de la publicación estribaría en que, transcurrido el plazo de dos meses, la parte que alega ignorancia de la ley debe probarla, pues la presunción le es contraria –publicada la norma, debe conocerse–. Mas, según afirma

Pero Bas, recogiendo al parecer la práctica del reino, proponía una aplicación analógica de un *fur* dado por Carlos V en las Cortes de Monzón de 1542:

«Ítem Senyor, per quant los furs que són fets per vostra Magestat sien fets per benefici e utilitat de la cosa pública, e particulars de la vostra ciutat e regne de València, e per la bona administració de la justícia; y essent publicats per vostra Magestat *in solio*, aquells de justícia deguen ésser observats e guardats en la vostra ciutat y regne de València. Perço los dits tres braços suppliquen e demanen sia mercé de vostra Magestat provehir, statuhir e ordenar que los dits furs hajen ésser observats e guardats en la vostra ciutat e regne de València après que aquells seran publicats per vostra magestat en lo sólio, jatsia aquells no sien publicats ab veu de pública crida en la vostra ciutat de València: los quals furs e actes de cort done, e sia tengut donar, lo protonotari de vostra magestat als Síndichs dels dits tres braços, lo qual dit protonotari sia tengut donar dits furs e actes de cort ans que se'n partescas de la vila de Monçó. Plau a sa Magestat, e que lo protonotari done los actes com se és acostumat, e segons per actes de cort és contengut lo més prest que sia possible. Maius vic.<sup>10</sup>»

Si los fueros eran de aplicación en el mismo momento en que eran decretados por el rey en el solio, también lo serían las pragmáticas y reales órdenes, si bien en este caso se requería su publicación en la capital y en las demás ciudades del reino en que era habitual<sup>11</sup>. La consulta de la documentación revela que éste era el uso de los tribunales, instituciones y curias valencianos.

Así pues, la entrada en vigor de las normas dependía, al menos en teoría, del momento de su publicación. La legislación de Cortes –*furs*, *capítols* y *actes de Cort*–, sin embargo, planteaba problemas con perfil propio. Aunque se entendía de manera inconcusa, como dije antes, que promulgación y publicación coinciden en un mismo acto, el de la decretación en el solio, sabemos que no por ello dejaban de pregonarse oficialmente en la capital<sup>12</sup>, seguramente

---

BELLUGA, «post duos menses non sit probabilis ignorantia, sed quicumque sive sciverit, sive non, incidat in legem».

<sup>10</sup> *Fori Regni Valentiae, In extravaganti*, fol. 97. También, C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae...*, observatio XXXVII, num. 52. El fuero venía a resolver una vieja disputa: la que giraba en torno a si estas normas se entendían en vigor desde el momento en que el Príncipe pronunciaba la palabra «declaramus», o desde que se publicaban. MORLÁ ya había previsto que el plazo de dos meses no sería de aplicación si la norma disponía uno menor en su texto.

<sup>11</sup> N. BAS, *Theatrum jurisprudentiae...*, vol. I, Pars I, Praeludium, # 104: «Ubi cautum habetur, quod fori, & capitula Curiae incipiant obligari, & vires habeant, a die quo eorum publicatio in solio fiat (...) Idem iudicio tenendum de pragmaticalibus sanctionibus, nam obligabunt a die publicationis, cum hac differentia, quod fori sufficet publicari in Curiarum solio, sed sanctiones pragmaticae non sufficet, quod publicentur in Civitate nostra, sed in aliis Regni partibus publicari debent, ad exemplum publicationis decretorum, & edictorum Principum, quae ut facilius innotescerent omnibus, proponebantur in Metropolitibus Imperii Romani, *novella 17 & 66*».

<sup>12</sup> Así lo afirma el presbítero Pere Joan PORCAR en su dietario, *Coses evengudes en la ciutat y regne de València: dietario de Mosén Juan Porcar, capellán de San Martín (1589-1629)*, transcripción y prólogo de V. CASTAÑEDA ALCOVER, 2 vols., Madrid, Ed. Góngora, 1934, vol. I, p. 87, núm. 390: «Dilluns a 27 de febrer 1606 començaren a publicar los furs fets en les corts del any

con el fin de proporcionar un pronto y mejor conocimiento de su contenido –la edición impresa solía retrasarse un tiempo–. La ley de Cortes era, al fin y al cabo, la base del sistema legal y constitucional valenciano... Una cuestión más compleja empezó a surgir en la reunión de 1604. Hasta entonces, había sido posible mantener el orden usual en una convocatoria, con las negociaciones entre los brazos y el rey previas a la aprobación en el solio de los acuerdos alcanzados. A partir de esta fecha, la gran cantidad de asuntos sobre los que había que tratar –el lapso entre convocatorias rozaba ya los veinte años– daba la excusa perfecta al monarca para ausentarse sin haber sancionado el cuerpo de leyes producido durante la reunión. Es cierto que se comprometía a dar los decretos en plazo breve, con la misma calidad jurídica que si se hubiesen dado en el solio; pero este hecho retrasó la promulgación de las normas, al no quedar sujeta la entrega de las decretatas a un plazo concreto. Y, yendo más allá, lo que en un principio se planteó como un problema técnico –la falta de tiempo para aprobar los fueros antes del solio–, acabó convirtiéndose en un conflicto político entre los estamentos, por un lado, y el rey y su Consejo de Aragón, por otro. Porque, si bien Felipe III accedió a enmendar el contenido inicial de sus decretos para favorecer los intereses del reino, no ocurrió lo mismo con Felipe IV. Ya en las accidentadas Cortes de Monzón, de 1626, la negociación fue compleja y la edición impresa tuvo que retrasarse casi diez años. En 1645, el auge del autoritarismo real y la difícil situación de la monarquía complicaron aún más las cosas, de modo que los estamentos nunca llegaron a dar su *placet* al texto de las decretatas que les hizo llegar el soberano en junio de 1646. El largo pleito que surgió en torno al contenido final de estos fueros impidió que llegasen a conocer una edición impresa, hasta la publicada en 1984 por Lluís Guia<sup>13</sup>. Al rey no le importaba, pues disfrutaba del servicio antes de haber dado respuesta a las peticiones de los brazos... Lo cierto es que esta pugna política, en la que los estamentos iban siendo marginados por el creciente poder de la Corona, interfirió y obstaculizó el sistema habitual de promulgación y publicación de las leyes de Cortes.

## RECEPCIÓN, REGISTRO Y DISTRIBUCIÓN DE LAS NORMAS

Me ocuparé ahora de los mecanismos correspondientes a la recepción y registro de las normas por las autoridades, y a su distribución por el reino a fin

---

1604 ab crida pública, yls llegien en la plaça de la seu de matí y de vesprada més de una hora cada vegada y dimats següent també». Los fueros aprobados en las Cortes de Monzón de 1537 se publicaron en la capital, mediante crida, el 1 de febrero de 1541, como indica el colofón del cuaderno impreso, que no apareció hasta 1545. La coincidencia de promulgación, publicación y entrada en vigor de las normas en un mismo acto se explica por la doctrina como una reminiscencia de las leyes aprobadas por los comicios romanos en asamblea pública, que seguían este mismo régimen: al estar el pueblo reunido en ellos, si se aprobaban ya no era precisa la publicidad.

<sup>13</sup> *Cortes del reinado de Felipe IV. II. Cortes valencianas de 1645*, Valencia-Universidad, 1984; véanse las pp. 156-192, donde trata específicamente el problema de las decretatas. Referido al conjunto de la Corona de Aragón, L. GONZÁLEZ ANTÓN, *Las Cortes en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, Siglo XXI-Institución Fernando el Católico, 1989, pp. 339 y ss.

de que fuesen publicitadas y conocidas. En un sistema que privilegia la comunicación jerárquica entre las autoridades públicas –funcionarios y oficiales de la monarquía–, que son las principales destinatarias de las leyes, la circulación de éstas tenía un relieve esencial. Y la tarea, en el reino de Valencia, se reserva a los correos, una figura presente desde los tiempos de la conquista, cuando aparecen los primeros, conocidos como «correus» o «troters» –«troterii» en latín–; algunos se vinculan a la Corte; otros, a ciudades y villas: son los «andadores». Los de la Corte estaban a disposición del canciller, y de los secretarios y escribanos de la Curia regia<sup>14</sup>. Los retrasos de la correspondencia oficial hicieron que la ciudad de Valencia creara la figura de los «troters de bústia», llamados así por el buzón que llevaban en el brazo, con las insignias correspondientes. A mediados del XIV se establece el primer «mestre e hostaler de correus», que prestaba un servicio oficial tanto a la Cancillería como a los jurados de la ciudad y otras autoridades<sup>15</sup>. La correspondencia particular también circulaba por esta vía, a veces en las mismas sacas o valijas que la oficial. Compartir el servicio abarataba costes, pero podía crear problemas...<sup>16</sup>. En ocasiones, los reyes nombraban un «hostaler» privativo para una circulación más rápida y efectiva de sus cartas y órdenes; así lo hizo Fernando el Católico. Este monarca reguló mediante ordenanzas su funcionamiento, que se mantuvo hasta el establecimiento de las estafetas en el siglo XVII. De este modo, en las ciudades y poblaciones principales del reino había un número, mayor o menor, de correos, subordinados al «hostaler», y que salían a voluntad del remitente. Con Carlos V se introduce la figura del correo mayor que, en Valencia y ya en el XVII, recaería por compra en la familia Valda. Su casa centralizaba toda la correspondencia del real servicio: la que llegaba de Madrid era anotada y se liquidaba luego la tasa al receptor de la Bailía General; por su parte, el mestre racional debía ver y examinar todos los partes de los correos que se despacha-

<sup>14</sup> En las *Ordinacions de la Casa i Cort de Pere el Cerimoniós*, capítulo 70, se regula la figura de los correos: «Com ús dels correus sia necessari negun no y dupte, car cor los prínceps a diverses parts del món hagen lurs letres endreçar e molts negocis nunciar, los quals per aventura celeritat requieren (...) ordenam que correus sien ordinàriament en nostra cort XX, qui les nostres letres trametedores portar degen...».

<sup>15</sup> En esas fechas sus gastos ya se consignan en las cuentas del municipio de Valencia. A partir de principios del XV se anotan en las de Bailía General, con intervención del mestre racional. Cobraban entonces un florín por ir a Barcelona –a la Corte– y volver, además de otros gajes, aunque las retribuciones variaban enormemente. Los correos reales llevaban una vestimenta muy llamativa: «vestes» con capa y túnica de biffa de París, y calzas de paño albo de Narbona, más cota o capirón forrado con las armas reales bordadas en las mangas. En la cintura llevaban la «bústia» o escarcela sellada, con la correspondencia oficial. Sobre los correos, J. TOLEDO GIRAU, «Los correos en la Valencia medieval», *Estudios Medievales*, núm. 1 (1954), pp. 247-290; y *Los correos en el reino de Valencia*, Valencia-Ayuntamiento, 1958.

<sup>16</sup> En 1503, el secretario real Juan RUIZ DE CALCENA escribe a los diputados del General para quejarse de los retrasos que experimenta el correo por tal causa, y éstos le responden: «Lo que vostra mercé scriu que per anar aquí lo correu dressat a molts no pot ésser prest spedit, be u conexem, però en los correus de les parades paga lo terç lo batle general, lo terç nosaltres e lo terç la ciutat, e cascú de aquests escriu a son saüt; aquesta és la causa que no va remés a hu...» (Carta de 28 de octubre de 1503, en Archivo del Reino de Valencia [ARV], Generalitat, núm. 1.949, f. 120).

ban para transportar normas, órdenes y cartas desde Valencia a otras partes del reino, y no pagaba el servicio hasta recibir certificación del trayecto efectuado<sup>17</sup>. Los agentes del servicio estaban obligados a mantener silencio sobre el contenido de los documentos que portaban.

El coste era grande, en relación no sólo con la distancia, sino con el tiempo que se había de emplear en recorrerla también. En función de la premura con que era remitido, el correo podía ir *per ses jornadas* –ordinario– o *cuitadament* –extraordinario o urgente–<sup>18</sup>, que fue, por ejemplo, como se despacharon en 1609 con la orden de expulsión de los moriscos. En 1610, se introdujo la estafeta –mediante el relevo de postillones– y se regularizó el transporte semanal de correspondencia entre Valencia y Madrid. No se permitía otro correo con la Corte, salvo urgencia perentoria. En el *cap i casal* se recibía los lunes, y se enviaba a la capital de la monarquía los miércoles, para cuando el virrey debía tener listos los despachos. En negocios urgentes, se destacaba un correo al encuentro de la estafeta para acelerar la llegada de los documentos precisos. Éste era el itinerario usual por el que circulaban las normas que luego eran objeto de publicación<sup>19</sup>. Como señala Toledo Girau:

«Las medidas de índole política nacional, administrativa, militar, judicial, mercantil, etcétera, con todas sus gestiones complementarias, órdenes ejecutivas, consejos, y la más compleja y variada colección de notas, misivas y documentos se confiaba al Correo, que oficial, profesional, o particularmente ejerce una función primordialísima para la buena marcha de la sociedad organizada.»

Las instituciones que recibían dichas normas solían disponer de mecanismos para su registro y conservación, tarea que se realizaba con carácter previo a la publicación. Pero no estaban bien definidos ni regulados, con lo que el desorden es la nota habitual cuando atendemos a ellos para describirlos. En un *acte* dado en las Cortes de 1419, Alfonso V mandó a sus protonotarios, secretarios y escribanos que todos los registros, procesos de cortes y otros actos hechos en la Audiencia Real y en su Corte tocantes al reino de Valencia fueran depositados en un archivo –el del Real–; y que de las provisiones, cartas de justicia y

<sup>17</sup> Vide ARV, Real Cancillería, núm. 598, ff. 172vº-173vº, 229, 263vº, 269rº-271rº, 273, 278-279 y 314-315.

<sup>18</sup> El trabajo del correo se medía por las leguas que recorría cada 24 horas. Según la urgencia, había cuatro servicios: *por la posta* o a toda diligencia, en que se recorría una legua por hora; *a las veinte*, 20 leguas en 24 horas; *a las quince*, 15 leguas en 24 horas; y *a las diez*, 10 leguas en 24 horas –por eso se llamaba *a placer o despacio*–. El viaje a Madrid oscilaba así entre los dos días y seis horas en verano y *por la posta*, y los seis que duraba si se hacía a las diez o *despacio*. El coste variaba entre 42 reales y 360, según la modalidad, a lo que había que añadir otros suplementos y compensaciones. Una vez recibida, la orden o cédula pasaba a la oficina del correo mayor, que anotaba en la cubierta el nombre del correo y la tasa (8 reales por legua cuando era *por la posta*).

<sup>19</sup> El coste disminuía así ostensiblemente: el receptor de la Bailía General pagaba 75 reales a la semana por la estafeta (3.900 al año). Esto incluía las cartas despachadas por los ministros del Consejo de Aragón, las de los virreyes y la estafeta de Madrid ida y vuelta, es decir, las cartas del real servicio que se despachan en uno y otro sentido, entre ministros.

de gracia o cualesquiera otras relativas a asuntos del reino emitidos por la Cancillería regia, se hicieran libros y registros separados, según su materia<sup>20</sup>. A partir de Carlos V, el número de *lletres reials* que se dirigen a las instituciones y ciudades crece de forma notable. Los virreyes recibían, entre sus instrucciones, la de anotar todas las órdenes del tiempo de su gobierno y las que en adelante se diesen «tocantes a materias generales dél [el Reyno] y a la administración de Justicia» en el registro destinado en la Cancillería a este efecto. Sin embargo, el panorama que describe en octubre de 1652 el duque de Montalto, recién llegado al virreinato, muestra que la instrucción no se observaba:

«Me ordena V.M. que en la entrada de mi gobierno vea lo que del tiempo de mis antecessores se hallará escrito en el Libro para tener noticia de las órdenes dadas, y habiendo entrado en la diligencia con deseo de obedecer a V.M., hallo que no ay Libro en forma, ni puntal (sic) registro de las Reales Cartas, antes bien, en los casos que se han ofrecido se discurre de memoria sin poder valerse de los exemplares, respecto de que, no habiendo persona a quien peculiarmente toque el cuidado de cobrar las Reales Cartas para el Registro o poner los Libros en forma y llevarlos, ha havido summo descuido, y sólo se han registrado algunas...<sup>21</sup>».

Montalto refiere que ya en las instrucciones del virrey marqués de Pobar, de 1624, existía la indicación –que es más antigua, como dije–. Pero, lejos de respetarse, la práctica habitual entre los virreyes era la de llevarse consigo las cartas reales y órdenes recibidas durante el desempeño del cargo. Piensa que es un asunto serio, pues «de ordinario se ofrecen materias de embarazo, ya con los fueros, ya con las pretensiones de la Ciudad, en que deveremos guiarnos por lo que estuviere resuelto por V.M. en paridad de casos». A mediados del XVII, no parece que los mecanismos de recepción y conservación de las leyes fuesen muy efectivos, pues ni los precedentes se recuerdan... El virrey y Cristóbal Crespí de Valldaura, vicescanciller del Consejo, acordaron nombrar a Vicente Ferrera, escribano de mandamiento de la Audiencia y teniente de protonotario, como regente del libro de cartas y órdenes reales, lo que, sin duda, mejoró la custodia y orden de esta documentación<sup>22</sup>. Además, permitía comprobar el contenido y los posibles defectos formales de las normas –el más habitual, el de órdenes de otros Consejos sin sobrecarta del de Aragón–. Con todo, la medida fue insuficiente; lo demuestran los numerosos recordatorios

<sup>20</sup> C. LÓPEZ RODRÍGUEZ, «El Archivo Real y General del Reino de Valencia», *Cuadernos de Historia Moderna*, núm. 17 (1996), pp. 175-192.

<sup>21</sup> ARV, Real Cancillería, núm. 598, f. 2r. Por estas mismas fechas recibirían órdenes similares el municipio –carta real de 11 de noviembre de 1653– y la Bailía General, que estaba trasladando su archivo de lugar.

<sup>22</sup> Dentro de la sección «Real Cancillería», la serie «Epistolarum» recoge, en varios volúmenes cosidos, colecciones de cartas y órdenes reales llegadas de la Corte que se copian con una escueta explicación de la materia al principio; en algunos de ellos hay al principio un índice alfabético por materias. Esta serie vendría a equivaler a los libros-cedularios o de registro de las instituciones castellanas.

posteriores...<sup>23</sup>. Es un sistema más tosco, menos efectivo que el de los cedula-rios castellanos, y, desde luego, no guarda relación alguna con el *enregistrement* del Parlamento de París. Por ello, no es de extrañar la gran cantidad de volúmenes facticios conservados en las series documentales del Archivo del Reino de Valencia, que recogen copias manuscritas e impresas de pragmáticas y cédulas con contenidos muy variados<sup>24</sup>. También había colecciones privadas, confeccionadas por altos magistrados de la Audiencia o del Consejo de Aragón, que resultaban útiles para sus estudios o, simplemente, para suplir las deficiencias del sistema de promulgación y conservación de las leyes<sup>25</sup>.

Las normas de mayor relieve para la estructura política y social del reino se canalizaban a través de la Cancillería real, y ésa es la razón por la que hoy día podemos encontrarlas en este fondo documental, que dependía del virrey y de la Audiencia. Pero las demás instituciones con potestad normativa, dependiesen o no del soberano, tenían, dentro de su acervo burocrático, una serie dedicada al registro y acreditación de las leyes, cartas y cédulas, tanto de las que recibían de Madrid a través del virrey, como de las que ellas mismas expedían para su funcionamiento institucional usual<sup>26</sup>. La denominación de estas series es muy similar: «Lletres i provisions reals», en el mestre racional; «Lletres i privilegis», en Bailía General; «Lletres misives», para la Diputació del General; «Lletres», cuando se trata del gobernador general y su tribunal; etc. El municipio de Valencia tiene sus propias series: «Crides i pregons», y «Cartes reals». El de Oriola abre hacia 1520 un primer libro de provisiones reales; en 1586 abrirá el segundo, que inicia con los fueros dados en las Cortes de Monzón del año anterior<sup>27</sup>. A través de ellas podemos reconstruir la historia normativa de cada organismo, y comprobar igualmente los mecanismos de

---

<sup>23</sup> En 1667, la reina escribe al marqués de Leganés para recordarle lo mandado, pues se le ha informado de que ha habido omisiones y que no se han registrado algunas órdenes. En 1683 se le pide al conde de Cifuentes que, al tiempo de su salida, deje inventariados en la secretaría del virreinato todas las órdenes y despachos de su periodo, para que puedan tenerse presentes por los sucesores; la orden se reiteraría con todos los virreyes posteriores hasta 1705.

<sup>24</sup> La mayor parte de estos volúmenes se conserva en la sección «Real Cancillería»: núm. 601, *Pragmáticas y Reales Cédulas impresas, 1596-1694*; núm. 698, *Reales pragmáticas impresas y otros documentos manuscritos, 1364-1640*; núm. 699, *Reales pragmáticas impresas, 1531-1631*; núm. 700, *Reales pragmáticas impresas y otros documentos manuscritos, 1616-1800*; núm. 700 bis: *Pragmáticas, cédulas, instrucciones, cartas reales, etc. sobre el uso del papel sellado y los aranceles de los tribunales reales*; núm. 732, *Cartas reales, etc.*

<sup>25</sup> Una muestra de estas colecciones privadas es la de don Juan de la Torre y Orumbella, regente del Consejo de Aragón en las postrimerías de su existencia, y que se conserva en el Archivo Universitario de Valladolid, legajos 9.237-9.298 (R. GARCÍA GONZÁLEZ, «Fondo de Don Juan de la Torre y Orumbella», *Colaboraciones*, núm. 6 [1997], pp. 141-152).

<sup>26</sup> La inscripción podía hacerse en dos registros distintos. Es el caso de la pragmática sobre la organización de las receptas de las Bailías generales de Valencia y Orihuela (Barbastro, 11 de febrero de 1626): «Registrata in officio Magistri Rationalis Regiae domus, & Curiae Regni Valentiae. Fol. 62. libri 10. provisionum Regiarum».

<sup>27</sup> Antoni ALMÚNIA, *Libre de tots los actes, lletres, privilegis y altres qualsevol provisions del Consell d'Oriola* (A. Mas i Miralles ed.), Valencia, PUV, 2008, p. 326. A partir de 1599, el número de cartas reales que se reciben es tan grande que Almúnia crea una segunda parte en cada año relativa sólo a *Libre de Lletres*.

publicación que utilizaban para dar a conocer las leyes, propias y ajenas, que entendían de interés general. No sólo estos organismos principales tienen tales inquietudes; villas y poblaciones más modestas arbitran sus propios medios para coleccionar las normas y privilegios que les atañen y que, a menudo, se han extraviado o perdido<sup>28</sup>.

## LA PUBLICACIÓN DE LAS NORMAS: LA CRIDA

Las sociedades del Antiguo Régimen, como es bien sabido, se rigen por el principio de publicación material de las normas, es decir, la que se efectúa bien mediante la lectura del texto a través de pregones o bandos, bien por su aparición en ediciones periódicas privadas. En el antiguo reino de Valencia, la «crida», una manifestación del primero de los sistemas, es la vía casi exclusiva de publicación de las leyes. Max Cahner la define como la «disposició legislativa publicada pels lloctinents i virreis de la corona catalano-aragonesa (...) la qual, sovint, no era més que una provisió interpretativa i executiva de constitucions o furs, actes i capítols de cort i pragmàtiques reials, o bé la simple publicació d'aquesta provisió, materialitzada en un privilegi separat de la crida»<sup>29</sup>. El término tiene, pues, un doble sentido: por un lado, es el documento emanado de una autoridad que contiene el texto destinado a ser proclamado en voz alta; y, por otro, es esa misma proclamación, el acto que permite afirmar que la norma ha sido publicada materialmente y a partir del cual se considera –al menos en Valencia, y en teoría– que ha entrado en vigor. Podía incorporar directamente el texto normativo que se deseaba publicar –*crida i real pragmàtica*, por ejemplo–; bien una explicación de las medidas adoptadas por la autoridad para ejecutar lo dispuesto en la norma –*pública crida i real edicte*, en el caso de los virreyes–; o ser una disposición que emana directamente de esa autoridad real.

Las *crides* están documentadas desde muy antiguo en el municipio que constituye el *cap i casal* del reino. Las fuentes revelan que las primeras disposiciones y privilegios no se dan a conocer al público, al menos durante el medio siglo posterior a la conquista<sup>30</sup>. Al comienzo del siglo XIV empezamos a encon-

<sup>28</sup> En Vila-real, en 1515, sus jurados ordenan que «sia fet un llibre de paper ben lligat e quadernat, en lo qual sien registrats e insertats tots los privilegis e provisions reals a la vila per los senyors reis atorgats e atorgades, e lo que costarà sia pagat de dinés de la vila». Medio siglo después, ante el hallazgo de una serie de privilegios que se creían perdidos, ordenan que se haga pesquisa por toda la población «a fi que dits privilegis, actes, y llibres se pugen cobrar, y aquells cobrats se pugen posar en lo archiu» (V. GIL VICENT [ed.], *Ordenances municipals de Vila-real [segles XIV-XVIII]*, València, PUV, 2002, pp. 116 y 121).

<sup>29</sup> *Gran Enciclopèdia Catalana*, 29 vols., Barcelona, 1986 (2ª ed.), vol. 8, p. 330.

<sup>30</sup> He utilizado para esta exposición diversas fuentes municipales editadas en fecha reciente, especialmente los tres volúmenes del *Llibre de la Cort del Justícia de València*, que cubren el periodo 1280-1288 y 1298 (València, PUV, 2008); y A. FURIÓ I F. GARCIA-OLIVER (eds.), *Llibre d'establiments i ordenacions de la ciutat de València, I (1296-1345)*, València, PUV, 2007. Ambos trabajos forman parte del ingente trabajo que lleva a cabo la Universidad de Valencia, a través de la colección «Fonts històriques valencianes», para editar algunos de los materiales más antiguos de nuestro pasado jurídico.



trar ya muestras evidentes de esa publicación. El 16 de junio de 1309 aparece consignada la fórmula usual que se utiliza para encabezar las *crides*: «Ara hojats què us fan a saber la justícia e ls jurats de part del senyor rey». En los años siguientes, el mecanismo se irá perfeccionando. Las primeras dan a conocer órdenes y privilegios reales; pero muy poco después surgen las que publican *establiments* y *ordenacions* del propio municipio. En 1312 se especifica la finalidad del pregón: «per ço que null hom no-s puscha escusar de ignorància» –para que nadie pueda excusar el incumplimiento en la ignorancia de la norma–. De 1325 data la noticia más antigua conservada de la utilización de un pregonero o trompeta –«públich corredor», en valenciano o catalán– para anunciar la promulgación de una norma<sup>31</sup>. Por esas fechas, comienza a especificarse en la cláusula que la publicación se hace «per les places de la ciutat e dels ravals d’aquella en lochs acostumats»; poco después aparecen las *crides* solemnes, las que se hacen «ab trompes e tabals» –por ejemplo, cuando se anuncia, por disposición real, la apertura de las Cortes en 1329–. En las demás poblaciones del reino, el sistema de la *crida* parece introducirse algo más tardíamente, seguramente por influencia de la capital. En las ciudades y villas principales, como Xàtiva, Castelló, Oriola o Alacant, pueden encontrarse *crides* a fines del siglo XIV o ya entrado el XV. En las más modestas y que pertenecen al realengo, parece bien asentado en el XVI, incluso en lugares de mediana población<sup>32</sup>.

¿Cómo circulaban las normas, para su publicación, en un territorio que comprendía cerca de 60 leguas de norte a sur? En este punto, el papel de los correos vuelve a ser esencial. La comunicación con la Corte se había agilizado gracias a la introducción de la estafeta: aunque los caminos seguían estando en una situación deficiente, órdenes y cédulas podían recorrerlos en apenas un par de días. Valencia centralizaba la recepción de esta correspondencia, la del «real servicio», y al mismo tiempo producía la mayor parte de la generada por las instituciones representativas del reino y del monarca. La distribución de las normas para su publicación en las ciudades, villas y lugares del territorio se basaba en la red de correos que tenía su sede en la capital –aunque no era la única utilizada– y seguía unos mismos itinerarios perfilados durante siglos: las veredas.

Las veredas seguían los caminos trazados en época romana, que se habían convertido en un sistema viario durante la dominación islámica. Los ejes principales del territorio, en época medieval y moderna, eran cinco: el del oeste, hasta

---

<sup>31</sup> El 4 de enero de 1325 se publica un *ordinament* sobre «danys del bestiar», el cual «lo dia del disapte següent fo preconizat per en Ramon Aschó, públich coredor, per les places de la ciutat»; en el texto se hace referencia a uno anterior que «fos novellament cridat e publicat per la ciutat» en 1322. Esta nota suele ir al final del texto –aunque a veces lo precede–, y es confirmatoria de la publicación. El 6 de agosto de 1328, Ascó hizo *crida* de varios *ordinaments* sobre materias diversas y acaba «Los quals establiments e ordonaments damunt dits foren publicats per la ciutat per en Ramon Azchó, públich corredor, per tal que alcú de ignorància simulada no-s pogués escusar no saber les dites coses» (A. FURIÓ I F. GARCIA-OLIVER [eds.], *Llibre d'establiments i ordenacions...*, pp. 159 y ss.).

<sup>32</sup> Es el caso de Catí o Lluçena, en el Maestrazgo castellonense, que disponen hasta de nuncio para publicar en alta voz las disposiciones que el municipio estima convenientes (véase E. GUINOT I RODRÍGUEZ [ed.], *Establiments municipals del Maestrat, els Ports de Morella i Lluçena (segles XIV-XVIII)*, València, PUV, 2006, pp. 73 y 347).

Requena (la vía hacia Madrid); el del norte, hasta Tortosa (el camino real de Barcelona); el del sur, hasta Alacant y Oriola; el del sur por la costa, usualmente hasta Dénia, pero que podía prolongarse hacia Alacant por la Marina; y el camino de Zaragoza, hasta Barracas y Teruel. Estos cinco ejes viarios ponían en contacto, en época foral, la capital del reino con las ciudades principales: las capitales de gobernación –Castelló de la Plana, Xàtiva y Oriola– y las villas que constituían cabezas de su distrito, como Sant Mateu, Segorbe, Sagunt, Alzira o Dénia<sup>33</sup>.

Los correos afectos al real servicio recibían la correspondencia oficial y, con ella, una descripción de la ruta o vereda que habían de seguir –el «parte»–. Lo más habitual era que viajasen en posta «yente y viniente» –ida y vuelta–. En ocasiones, hacían su recorrido, a caballo o a pie, parando en todas las poblaciones de la ruta –no en las más pequeñas– hasta llegar a su destino; pero a veces recibían orden de acelerar la llegada a ese destino, de modo que sólo se detenían en las ciudades principales que hubiese en la vía. En este último caso, dichas ciudades actuaban de nudo de comunicación, y se encargaban de prolongar la distribución de los pliegos a las restantes poblaciones de su ámbito a través de los caminos e itinerarios que partían de ellas<sup>34</sup>. En situaciones de urgencia, el correo debía localizar del modo que fuese a la autoridad –usualmente los gobernadores– a la que se dirigía la orden, desplazándose entre poblaciones hasta encontrarlo... La organización del servicio permitía alcanzar los confines del reino, en toda su latitud, en un mismo día, cuando esto era necesario por motivos urgentes. La sorprendente puntualidad con que se publicaron y ejecutaron las pragmáticas para el desarme de los moriscos en 1563, y su expulsión en 1609, demuestra que el sistema podía ser muy preciso<sup>35</sup>. Con todo, el trabajo no era fácil: los caminos carreteros y de herradura estaban en mal estado, y carecían de caballos para el normal curso de la correspondencia.

<sup>33</sup> Sobre las vías y caminos, véase J. PIQUERAS y C. SANCHIS, *L'organització històrica del territori valencià*, València, Generalitat Valenciana, 1992, pp. 23, 30 y 79 ss., esta última parte para las vías de comunicación en la Edad Moderna –en la página 85 figuran los itinerarios de posta y los complementarios en el XVIII–. Más reciente, L. ARCINIEGA GARCÍA, *El saber encaminado. Caminos y viajeros por tierras valencianas de la Edad Media y Moderna*, Valencia, Generalitat Valenciana-Conselleria d'Infraestructures i Transport, 2009. Sobre el sistema de veredas, vid. J. L. BERMEJO CABRERO, «La circulación de disposiciones generales por el método de veredas en el Antiguo Régimen», *A.H.D.E.*, núm. 53 (1983), pp. 603-609.

<sup>34</sup> Así, desde Sant Mateu se atendía a Morella y a los pueblos de la costa norte del reino; desde Sagunto y Segorbe, a los de la Serranía –desde Lliria hasta Ademuz, Alpuente, La Yesa...–; desde Alzira, toda la Ribera del Xúquer; desde Xàtiva, a las comarcas del interior –Ontinyent, Bocairent, Alcoi y Xixona–; desde Dénia, a las Marinas hasta Alacant; etc.

<sup>35</sup> La pragmática para el desarme de los moriscos, dada en Madrid el 19 de enero de 1563, se publicó en todos los lugares del reino en que habitaban –415, en total– el 8 de febrero siguiente (la crida, en Biblioteca del Colegio del Corpus Christi [BCCC], fondo Gregorio MAYANS (GM), núm. 545[3]). El fin era lógico: evitar que, una vez advertidos desde la capital, pudiesen esconder las armas. Por eso la ejecución se hacía inmediatamente después de la lectura de la crida. En Beniarrés, por ejemplo, los alguaciles reunieron a los vecinos en la plaza del pueblo y, tras la publicación, se procedió al registro, casa por casa. El resultado, en números, fue descomunal: 16.377 casas registradas y más de 30.000 armas confiscadas en un solo día... Vide M. DANVILA y COLLADO, «Desarme de los moriscos en 1563», *Boletín de la Real Academia de la Historia*, núm. 10 (1887), pp. 273-306.

La importancia de este ramo de la administración hizo que desde el siglo xvi tuviese asignado un presupuesto notable; los excesos de gasto –en 1675 se alcanzan las 2.200 libras– provocaron que la Corona acabase asignando en 1680 un límite de 600, que tuvo la virtud de reducir esta partida<sup>36</sup>.

Cuando las leyes y órdenes que debían publicarse llegaban a una población, bien a través de un correo, bien a través de un oficial de la propia villa –un *missatger*, habitualmente–, eran recibidas por el escribano municipal –«lo escrivà dels jurats», en algunas ordenaciones locales–. Su función, en este punto, era triple: leerlas ante los jurados, para su obediencia; acordar con ellos la publicación mediante crida, cuando fuese conveniente, y dar las órdenes precisas para ello; recogerlas, anotarlas en los libros de registro acordados y conservarlas en el archivo correspondiente. Si se convenía en publicarla, el escribano convocaba al oficial encargado de efectuar la crida<sup>37</sup> y éste la pregona en el lugar o lugares habituales, según las dimensiones de la ciudad. En la capital, la crida se realizaba en las plazas y puestos principales –plaza de la Seu, del Mercado, o frente a los conventos de San Francisco y Santo Domingo–. Cuando la norma concernía a un sector urbano concreto –los comerciantes, o algún gremio–, se efectuaba una lectura *ex profeso* en el lugar en que acostumbraban a ejercer su oficio o profesión<sup>38</sup>. Las que afectaban a la Audien-

---

<sup>36</sup> Real carta de 8 de septiembre de 1680, que sustituía a otra cédula anterior de 7 de octubre de 1645 por la que se fijó un límite de 44.000 reales en la cantidad anual para atenciones postales. En 1665, por ejemplo, hubo que despachar doce correos con 475 cartas para todos los lugares del reino, y algunos de Aragón, Cataluña y Castilla, con la noticia de la muerte de Felipe IV y las disposiciones interinas de gobierno que se habían tomado en la Corte al respecto; el coste total fue de 6.288 reales –unas 400 libras valencianas– y lo recorrido por todos ellos rozaba las 800 leguas... En general, los datos documentales correspondientes a los correos, las rutas que siguen y el servicio que prestan a la Corona –no al reino y sus instituciones, como la Diputació del General o las Juntas de Estamentos, que tienen un funcionamiento aparte– pueden seguirse en la serie «despeses de correus», de la sección «Mestre racional» del Archivo del Reino de Valencia, legajos 11.875-11.910 –aparte otra decena de legajos sueltos–, que cubren el periodo 1423-1691; también la sección Real Cancillería conserva un legajo –el 731– con partes dados a los correos que despacha el virrey.

<sup>37</sup> Y que, según el periodo histórico o la zona geográfica de que hablemos, recibió distintas denominaciones: nuncio, corredor, trompeta, verguer... Toda villa o lugar de mediana dimensión disponía de uno en la nómina de sus oficiales: en 1682, Juan Orengo, corredor de Alzira, percibía de la bailía local 1 libra al mes como retribución. En origen, el «trompeta público» parece haber sido una suerte de juglar, que se juntaba con otros para las *crides solemniales* –hasta 16 llegan a reunirse en 1357 para hacer la crida que anunciaba la entrada de los reyes en la ciudad de Valencia–. Durante el siglo xv, los *trompetes* realizan su trabajo en las principales poblaciones con plena autonomía; en la centuria siguiente ya aparecen adscritos a los municipios como oficiales asalariados, como ocurre en Gandía u Oriola. En Valencia, en la Edad Moderna, el trompeta tenía un coadjutor que le suplía en sus ausencias y pregonaba las *crides* que se hacían fuera de las murallas.

<sup>38</sup> Del mismo modo, cuando la pragmática afectaba a una zona geográfica concreta, se publicaba únicamente en ella. La *crida i edicte real* con el que se prohíben las recepciones y ayudas a los bandoleros en los pueblos de la Ribera y cinco leguas alrededor la publica Pere Pi en Valencia el 12 de noviembre de 1596, y es Pedro de Heredia, trompeta público de la ciudad el que la pregona en l'Alcúdia, Guadassuar y Alzira (el 15), Algemessí (el 18), y en Albalat el 19. Luego, con la publicación, se inscribe en el Libro-registro de Real Cancillería (en este caso, Curiae, XXIII, f. 183).

cia se publicaban mediante su lectura en un sala ad hoc del palacio del Real, ante el regente, los oidores y numerosos testigos<sup>39</sup>.

Lo usual es que el corredor o trompeta hiciese solo el trabajo, pero en los lugares más pequeños y, en algunas ocasiones, en las ciudades y villas más grandes, le acompañaba un notario, que leía el texto y aprovechaba para dar fe de la publicación. Cuando ésta la efectuaba el trompeta solo, debía volver luego junto al escribano de la institución por cuya cuenta se había hecho, o notario habilitado al efecto, para declarar el acto *–retulit–* e inscribir la fórmula que servía para certificarla *–recepit–*<sup>40</sup>. En los municipios de señorío no he encontrado diferencias apreciables, más allá de que, en ocasiones, se solicita del señor confirmación para la ejecución de la norma y, al mismo tiempo, autorización para publicarla; también en ellos suele haber un trompeta al que se confiere esta última tarea<sup>41</sup>. En los pueblos de moriscos, sin embargo, y hasta su expulsión, parece que el pregón corresponde a los oficiales de la villa que es cabeza de comarca. De la publicación de las pragmáticas suele darse noticia por el virrey a la Corte, sobre todo cuando entiende que debe advertir de algún problema que pueda surgir, si prevé que los estamentos han de protestar o alegar contrafuero.

Las *crides* se editaban impresas en ocasiones, para que su contenido pudiese ser mejor conocido por los grupos sociales o profesionales a los que concernía de modo más directo. Así lo muestra Pere Joan Porcar en su *Dietari*:

«Divendres a 26 de abril 1613 al matí se publicà una pramàtica real vedant absolutament tota manera de pedrenyal ab gravíssimes penes y yo la comprí; y dimats a 11 de juny publicaren un edicte sobre lo mateix en la seu dels señors ynquisidors y a 23 de juny dit any lo señor Archebisbe féu mandato que ningun capellà en tingués<sup>42</sup>.»

<sup>39</sup> Algunas de ellas –las que regulaban los principales cambios que sufrió la institución en el XVI y principios del XVII– se recopilaron en 1577 y 1609 (A. PÉREZ MARTÍN, J.-M. SCHOLZ, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia-Universidad, 1978, p. 269).

<sup>40</sup> Sirva de ejemplo el de una crida hecha por la Diputació del General en 1680: «Die XXVI. mensis Novembris M.DC.LXXX. *Retulit* Vicent Vives, trompeta major y públich de la present Ciutat de València, ell en lo dia de huy acompanyat dels trompetes y tabals, y dels porters de la Casa de la Diputació ab les maçes e insígnies de la dita casa, haver publicat la desús dita crida per la dita y present Ciutat de València y lloch acostumats de aquella ab so de trompeta. *Recepit Mathiae Albiñana Not. & Scriva dicti Generalis*» (ARV, Real Cancillería, núm. 601). La retribución que percibía por este servicio era de 3 libras y 5 sueldos y, aunque el funcionario era municipal, la satisfacía la institución que demandaba el servicio. A ello había que sumar los gastos adicionales de cabalgaduras –cuando era necesario–, dietas de acompañantes, etc.

<sup>41</sup> La confirmación del señor es necesaria en el caso de *establiments* y *ordinacions* municipales; dicha confirmación, leída en el *consell* municipal, servía de publicación. Pero cuando lo que se recibe en esas poblaciones es una pragmática real con la correspondiente orden de publicación, ésta se acata y ejecuta sin necesidad de ulteriores consultas; así ocurre con una crida del duque de Arcos, que incorpora una pragmática de 1643 sobre la persecución de bandoleros: pregonada el 7 de mayo en Valencia, lo fue el 15 en Gandía por Miquel Amis, el trompeta público de esa ciudad (ARV, Real Cancillería, núm. 700).

<sup>42</sup> *Coses evengudes...*, vol. I, p. 160, núm. 798.

La impresión completaba un mecanismo de publicación y difusión de las normas francamente insuficiente<sup>43</sup>. Al mismo tiempo, alimentaba un negocio editorial y surtía de materia prima a los vendedores de papeles sueltos, un grupo social bien conocido en las ciudades españolas. En Valencia parece haber impresores especializados en este tipo de literatura jurídica desde muy temprana fecha. En la primera mitad del xvi destaca Francesc Díaz Romano, impresor oficial de la ciudad de Valencia y editor de los fueros dados en las Cortes de 1528. A partir de la segunda mitad, las prensas de la familia Mey tomarán el relevo; Joan Mey, el patriarca de la dinastía, fue el primer autorizado a mantener en su taller una tienda-librería para vender las *crides*. Después le sucederían su viuda, Pere de Huete y la viuda de éste, y sus propios hijos, Pere Patrici y Felip Mey, a los que seguiría Vicent Cabrera en la segunda mitad del xvii<sup>44</sup>. Los impresores solían entregar directamente el material impreso a la institución que los contrataba; pero en ocasiones son ellos mismos los que hacen las funciones de editor y de impresor, adelantando el coste de las prensas; si bien era necesario que tuviesen librería donde vender y distribuir su producción. Es el caso de Miquel Borràs, que, solo o en colaboración con Gabriel Ribas, publicó muchas de las pragmáticas de las últimas décadas del xvi. Con el tiempo, estos editores –libreros casi todos– consolidarán el negocio y se harán con el mercado, especializándose: se encargarán de contratar la impresión de las pragmáticas, de venderlas en la ciudad de Valencia y de distribuirlas por el reino, a través de otros libreros y de la venta ambulante. Las instituciones públicas, por su parte, continuarán interviniendo en el campo editorial, contratando con los impresores o estableciendo acuerdos con los libreros.

No es sencillo establecer una tipología de las *crides* que se imprimen, o explicar por qué muchas otras quedan manuscritas en los archivos de las instituciones que las mandan publicar. En primer lugar, es obvio que la voluntad del poder constituye el factor determinante. El colofón de la pragmática de 1563, antes citada, sobre el desarme de los nuevamente convertidos, muestra varias de las cláusulas habituales en la publicación de las leyes mediante *crides*, incluyendo la orden de que se imprima:

«Por ço, per què ningú pretenga, ni al·legue ignorància de tot lo contingut en la dita real pragmàtica sanció, mana sa Excel·lència, per execució de dits Reals manaments, que aquella sia publicada per la present ciutat et per totes les desús dites parts e lochs del regne. Per al qual efecto mana sa Excel·lència sia la present Real crida impresa, perquè ab les còpies així impre-

<sup>43</sup> Porque, aun cuando se alentaba la edición y propagación de estas normas –las que deseaba el poder de manera expresa–, por otro lado el Consejo advertía a menudo de que no debían darse copias de las cartas y órdenes de gobierno (véase, por ejemplo, la carta de Juan Luis LÓPEZ, fiscal del Consejo, a Eleuterio José TORRES, fiscal de la Audiencia, de 25 de octubre de 1696, en ARV, Real Cancillería, libro núm. 595, f. 54).

<sup>44</sup> J. LI. CANET I D. ROMERO, *Crides, pragmàtiques, edictes, cartes i ordres per a l'administració i govern de la Ciutat i Regne de València en el segle XVI*, 2 vols., Valencia, PUV, 2002, vol. I, «Introducció», pp. 21-27. En la portada, o bien en la última página, se suele especificar la imprenta que ha publicado la pragmática y el lugar en que se vende.

ses se publique per les dites parts del regne, les quals sien hagudes per originals. E guart-se qui guardar-se ha.»

Además, se editan muchas de las concernientes al orden público y la delincuencia: la persecución del bandolerismo, las medidas contra los moriscos hasta su expulsión, la prohibición de portar armas... Al inicio de cada virreinato, se pregonaba e imprimía la *Real crida y edicte sobre les coses concernents al bé comú de la present Ciutat y Regne de València, y bona administració de la justícia*, que venía a constituir el programa de gobierno del nuevo virrey<sup>45</sup>. También era usual publicar las que tocaban al abastecimiento y el comercio en las ciudades, así como las que suponían la introducción o alteración de impuestos. Durante el siglo XVI, lo habitual era imprimir un centenar de copias, con un precio total que oscilaba entre los 20 y los 30 reales<sup>46</sup>. En el XVII, el número de las pragmáticas y edictos, y el de sus copias impresas, crece al socaire de la expansión del mercado editorial. Las pragmáticas podían venderse bien por separado, bien agrupadas por bloques temáticos –bandolerismo, por ejemplo–; pero, a veces, lo que se edita es un sumario<sup>47</sup>.

Después del pregón, las *crides* impresas se colgaban en ocasiones en los atrios y puertas de los templos de villas y ciudades, para mejor conocimiento de todos, aunque con escaso resultado en una sociedad predominantemente analfabeta. Sin embargo, la combinación de la transmisión oral e impresa de las normas surtía en ocasiones el efecto deseado. A fines de 1707, Melchor de Macanaz hizo publicar en Xàtiva –la nueva colonia de San Felipe– el famoso bando encaminado a la reconstrucción y repoblación de la ciudad. Su contenido originó, como es bien sabido, un agudo conflicto entre las autoridades reales y las eclesiásticas, por entender éstas que el juez de confiscaciones había violado la inmunidad de la Iglesia. A su vuelta a Valencia, el arzobispo Folch de Cardona comenzó a recoger documentos probatorios para obtener la anulación del bando. Indagó sobre su difusión en la ciudad y dos presbíteros declararon haberse enterado de su contenido en dos puntos distintos, oyendo el pregón. Pero otros testigos declararon haber visto cómo lo vendía impreso «un tullido que llaman «el esclavo» y pide limosna a la puerta del convento de religiosos de San Cristóbal, y suele vender alligoretas –alegorías– y otros papeles impresos». Este mendigo era un vendedor de papeles sueltos, y con su modesto

<sup>45</sup> Así la recuerda PORCAR en su *Dietari*: «Dilluns a 14 de febrer 1628 féu la real Audiència crida de bon govern, que ya també en temps del comte de Aytona se féu y la féu per lo virrey Don Lluís Fajardo de Requesens y Zúñiga, Marqués de los Vélez y de Molina...».

<sup>46</sup> Véase R. BLASCO, *La premsa del País Valencià, 1790-1983: catàleg bibliogràfic de les publicacions periòdiques aparegudes al País Valencià des de 1790 fins els nostres dies*, València, Alfons el Magnànim, 1983, pp. 95-96.

<sup>47</sup> Es el caso del «Sumari del que se ha proveyt per la nova Real Pragmàtica, se ha de fer per a la extirpació dels bandolers, homicides, lladres, saltejadors de camins, e altres malfatans del Regne de València; y de les penes en què encorreran los qui no faran ni observaran lo proveyt en dita Real Pragmàtica» (ARV, Real Cancillería, núm. 698).

comercio permitió extender el conocimiento del bando a grupos sociales más amplios<sup>48</sup>.

El panorama característico de la Valencia foral experimentó algunas transformaciones con la llegada de los Borbones y la aplicación del decreto abolitorio de 29 de junio de 1707. El número de las normas que habitualmente se publicaban mediante el pregón –pragmáticas, ordenaciones, edictos, etc.– se redujo considerablemente; éstas cedieron su lugar a cédulas, órdenes y cartas reales que se registraban en el Real Acuerdo de la Audiencia, pero que no eran pregonadas por calles y plazas. Desaparecieron igualmente las instituciones propias de gobierno –las Cortes valencianas, los estamentos, la Diputació del General, que se redujo a un mero organismo administrador de rentas–, o se asimilaron a patrones castellanos –caso del Ayuntamiento borbónico–, con lo que se limitó aún más la producción normativa. Apenas conservamos impresos, pues, unas decenas de bandos –término que sustituye al de «crida»–. La mayoría corresponden a la primera mitad del siglo, sobre todo a los primeros años de la nueva planta, cuando se utilizaron con fines represivos o propagandísticos; otros se concentran en torno al motín de Esquilache y la expulsión de los jesuitas. Las restricciones que las nuevas autoridades impusieron al uso de la imprenta contribuyeron al declive de las ediciones.

La lengua de estos documentos es el castellano, al que se tradujo incluso la fórmula usual que encabezaba la publicación –«oíd qué os hacen a saber de parte de...», que más tarde se suplió por un sencillo «oíd, oíd, oíd cómo de parte de...»–<sup>49</sup>. El Real Acuerdo reorganizó el sistema de veredas y lo adaptó a la nueva estructura territorial de las gobernaciones borbónicas, para hacerlo más eficaz<sup>50</sup>. Mejoró, a impulso de la monarquía, el servicio de correos, que se convirtió en una renta pública, la de estafetas, gestionada por un administrador general con título de superintendente<sup>51</sup>. Se percibe un mayor orden, más cuidado, en la custodia y registro de las normas que se reciben o de las que –en número mucho menor que en época foral– producen las instituciones valencianas. La sección «Real Acuerdo», del Archivo del Reino, lo demuestra. Ese mismo trabajo se aprecia en el fondo legislativo correspondiente a materias financieras, al real patrimonio, o al nuevo impuesto creado tras la aboli-

---

<sup>48</sup> AHN, Inquisición, legajo 3.697, I. Lo cita R. BLASCO, *La prensa del País Valencià...*, p. 96.

<sup>49</sup> La última crida en valenciano se publicó el 1 de agosto de 1707, por orden del justicia, jurats, racional y síndic de la ciudad de Valencia, y obligaba a los ciudadanos a manifestar ante las autoridades a los forasteros que estuviesen en sus casas (BCCC, GM, núm. 538 [25]). La primera en castellano –la crida de la moneda– se produjo antes incluso de la abolición, el 15 de junio.

<sup>50</sup> Pude estudiar el funcionamiento práctico de estas veredas reestructuradas en un supuesto concreto, el de las visitas de amortización (*La propiedad eclesiástica y el Juzgado de Amortización en Valencia [siglos XIV a XIX]*, Valencia, Biblioteca Valenciana, 2001, pp. 89 y ss.).

<sup>51</sup> En 1720 se aprobó un *Reglamento General para la Dirección y Gobierno de los Oficios de Correo Mayor y Postas de España...*, que estableció la red radial de caminos que ha llegado hasta nuestros días. Lo compendió Tomás FERNÁNDEZ DE MESA en su *Tratado legal y político de caminos públicos y possadas*, 2 vols., Valencia, imprenta de José Tomás Lucas, 1755.

ción, el equivalente de alcabalas<sup>52</sup>. Pero son, en el fondo, unos esfuerzos encaminados a reformar el mismo sistema deficiente que he descrito, y a paliar sus imperfecciones más notorias. No hay un cambio sustancial<sup>53</sup>, una transformación imposible de concebir en una sociedad plenamente inserta en el Antiguo Régimen...

\* \* \*

¿Qué balance puede hacerse del sistema de publicación de leyes vigente en el reino de Valencia durante la época foral? Ya he apuntado antes su insuficiencia notoria, sobre todo en las ciudades y villas más pobladas, en las que apenas constituye un trámite necesario para dar por cumplida la exigencia, más teórica que real, de la publicación material. Los dietaristas y escritores de la época, aun siendo personas letradas, demuestran en sus textos que, a veces, no entienden bien el contenido de lo que se pregona y confunden sus términos cuando lo exponen. No es de extrañar, y más en la capital, donde había días en que el trompeta real publicaba dos o tres *crides* sobre materias bien diversas<sup>54</sup>. Muchas tenían contenido jurídico –muy variado también, pues iba desde el de una pragmática a la notificación de una simple *ferma de dret* en la Audiencia–; pero otras anunciaban fiestas religiosas, hechos noticiosos, ordenanzas gremiales, procesiones o medidas de ornato y aseo. Su crecimiento desmesurado durante el XVII acabó viéndose como una molestia, incluso como una muestra del absolutismo en el gobierno, un exceso de reglamentismo sin utilidad práctica que servía para legitimar los abusos de la mala administración y la corrupción:

«Dimats a 5 de octubre 1627, lo mustaçaf féu la sua ordinària crida per a que's recorden qui no's recordava de lo que havia de fer; són coses de Valèn-

<sup>52</sup> Véase, por ejemplo, ARV, Bailía-B, legajo 8, exped. 79: «Índice de nombramientos de empleados y circulares (1719-1814)». Estas colecciones de normas permitieron confeccionar con mayor facilidad obras recopilatorias, como la de Vicente BRANCHAT, *Tratado de los derechos y regalías que corresponden al Real Patrimonio en el Reyno de Valencia, y de la jurisdicción del Intendente como subrogado en lugar del antiguo Bayle General...*, 3 tomos, Valencia, Imprenta de Joseph y Tomás de Orga, 1784-1786.

<sup>53</sup> Una muestra de lo que afirmo la encontramos en el antes citado FERNÁNDEZ DE MESA, *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los Derechos Nacional y Romano en España. Y de interpretar aquél por éste, y por el propio origen...*, Valencia, Imprenta de la viuda de Gerónimo Conejos, 1747, pp. 99-101: las cuestiones que plantea, la doctrina que utiliza, las conclusiones que obtiene, en general, son las mismas que siglos atrás...

<sup>54</sup> Un extracto del *Dietari* de PORCAR en el trienio 1622-1625 aporta cuestiones tan variadas como la reducción de los censales a sueldo la libra (22 de octubre de 1622); el arrendamiento de los derechos del general de Aragón (25 de enero de 1623); que no se sacase la seda del reino si no estaba hilada (1 de febrero de 1623); crida del virrey contra los estudiantes por Carnaval (16 de febrero de 1623); de la Audiencia para manifestar las piezas de seda forasteras (4 de marzo de 1623); a los habitantes de Ruzafa y Pescadores para que se presenten ante la Audiencia, so pena de procesos de ausencia, confiscación de bienes y otras penas (14 de enero de 1625); los que tuviesen monedas, joyas y bienes de franceses debían entregarlos en tres días (21 de junio de 1625); etc. Sólo el municipio consigna en sus libros unas 30 *crides* en promedio al año.



cia, que tostemp crida, crida y avalota, yls desdichats de pobres o patixen; yls de la sala eo administradors, goços alans afferrats a les orelles de la desdichada sala y ciutat, yamay la dexten resposar ni respirar ni avellar; y axí està tan opresa que és gran miracle de Déu com se viu en aquella per aquestos alans y sangoneres dels pobles y poble<sup>55</sup>.»

Debe tenerse en cuenta que la crida fue, hasta el siglo XVIII, uno de los principales medios de comunicación social utilizados en el reino de Valencia. Era la vía de relación preferida por las autoridades para notificar y hacer saber toda clase de asuntos a los súbditos del monarca: hechos de especial relevancia, acontecimientos ocurridos en lugares lejanos –las *crides* noticieras–, prohibiciones y advertencias, fiestas y luminarias, subastas de impuestos, etc. Pero era una vía que sólo circulaba en un sentido, de arriba hacia abajo, de manera que el poder seleccionaba lo que quería y lo que no quería participar a la sociedad; recuérdese la prohibición de entregar a particulares copias de las órdenes de gobierno... Además, al ser un elemento más del sistema de comunicación valenciano en aquella época, comparte con éste su carácter abigarrado, heterogéneo y confuso<sup>56</sup>. Tampoco su carácter ritual, rígido y reiterativo, favorecía la difusión. Era, así, un medio contradictorio, incierto y contingente, inseguro. Y, por supuesto, que no tenía en absoluto en cuenta los intereses, necesidades y derechos de la población a la que se dirigía. Como dije al principio, se trata más bien de un expediente para cubrir un requisito, para evitar que se pueda alegar la ignorancia de la norma en los tribunales, aunque ya se sepa que ésta no excusa del cumplimiento y no exista una intención real de dar a conocer las leyes de un modo efectivo. De todas formas, es imposible hacerlo, pues ya en esta época conforman un océano normativo inaccesible para el pueblo. La misma doctrina, la del derecho común y la valenciana, admite que la publicación es un mero accidente de la norma que no afecta a sus atributos, un hecho que reporta cierta utilidad en la determinación de plazos y vigencias, aun cuando ni existen ni se concretan esos plazos para su entrada en vigor... Pero si se puede demostrar que una ley no publicada es observada por la sociedad, se tiene por vigente... Tampoco los tribunales y sus magistrados conocen el derecho en vigor, ni lo estiman necesario; los más diligentes recurren a colecciones y compendios privados.

Como principio teórico, doctrinal, el de la publicidad de las normas puede discutirse en cuanto a su alcance, permanencia o inmutabilidad; pero la práctica concreta, la que se percibe en los archivos y en los documentos, demuestra su debilidad y ese carácter más teórico que real. Ni es un requisito constitutivo

---

<sup>55</sup> Pere Joan PORCAR, *Coses evengudes...*, vol. II, p. 246, núm. 3.123.

<sup>56</sup> Pere Pi, trompeta de Valencia, presentó en enero de 1641 las cuentas correspondientes al último trimestre del año anterior, por un importe 28 libras. Aportó la lista de los encargos ejecutados. La mayoría son pregones de fiestas: «atabalides» de Sant Lluch, Santa Llúcia, Sant Vicent Màrtir –crida y procesión–, día de inocentes; otros son *crides* relativas a impuestos: del «manifest del vi» –por la ciudad y los cuarteles–, «avituallament de les carns», la *Taula*. No hay ni una sola crida relativa a normas reales, seguramente porque no las paga el municipio, sino la institución correspondiente (Archivo Municipal de Valencia, Manuals de Consells, A-167, 1640-1641).

de la ley, ni lo es de su eficacia. Diríase que a veces se trata como un acto ajeno a ella, con sustantividad diferente y propia. Es lo esperable en las sociedades que se desarrollaron bajo el Antiguo Régimen, y que vivían bajo el signo de la inseguridad jurídica. Si a ello le añadimos la proverbial falta de apego de los valencianos a las convenciones y requisitos formales en el mundo del derecho, podrá entenderse mejor el relieve tan escaso que la publicación de las leyes tenía en el antiguo reino... Serán la revolución liberal y sus ideólogos los que plantearán esta materia desde unas bases nuevas y radicalmente diferentes, como nuevo y diferente era el mundo que empezaban a alumbrar<sup>57</sup>. Un mundo de constitución, de derechos y garantías, de imperio de la ley, en que las normas y su contenido se iban a transformar de modo decisivo, empezando por el hecho de que se concebirán con carácter general para todos los ciudadanos. Y esa transformación acabaría alcanzando, aunque con lentitud, a los mecanismos para su promulgación, sanción y publicación.

JAVIER PALAO GIL  
Universitat de València

---

<sup>57</sup> Y concluyo este trabajo como lo empecé, sumándome a las críticas de la profesora LORENTE al «ya mencionado «precedente», que suele descontextualizarse históricamente al pasar a formar parte de las introducciones que hablan de principios o instituciones propias de nuestro mundo, cuya definitiva (y actual) regulación resulta ser el final feliz de un proceso que parecía ya querer alcanzar el resultado final desde un principio» (*La voz del Estado...*, p. 27). Ninguna de estas introducciones históricas, hechas por juristas procedentes de otras ramas del Derecho con mejor intención que acierto, ha podido ser utilizada en la confección de estas páginas, si bien no han dejado de causarme alguna desazón al comprobar que, aun cuando en teoría hablábamos de una misma institución, en la práctica no había vínculo alguno entre sus conclusiones y las mías...

## La publicidad de las normas en la Mallorca de los Austrias \*

La publicidad de las normas vigentes en el reino de Mallorca durante la época de los Austrias tuvo un carácter precario. La constitución política del momento era propia de una monarquía corporativa, en la que el poder real estaba confrontado con una pluralidad de poderes periféricos. No existía un orden jurídico general establecido por el monarca, sino un conjunto de derechos de las distintas corporaciones, muchas veces en conflicto<sup>1</sup>.

En un sistema jurídico basado en privilegios, fruto de transacciones entre el monarca y las instituciones del reino, corporaciones o particulares, el conocimiento de los mismos podía lesionar determinados intereses. Por ello, no existió un interés general en la eficacia del derecho. Los medios para dar publicidad a las normas tuvieron un carácter parcial, y se orientaron a preservar la posición y favorecer las pretensiones de quienes hacían uso de ellos.

La creación y conservación del derecho tuvo durante este periodo dos principales actores: el monarca y la Universidad General del Reino de Mallorca. En la época de los Austrias el monarca estaba representado en la isla por un lugarteniente y capitán general –a quien se daba el título, no oficial, de virrey– que tenía la condición de *alter ego* y podía intervenir en la creación del Derecho, asesorado por un Regente de la Cancillería y, desde el reinado de Felipe II,

---

\* Las abreviaturas que utilizamos son las siguientes: A.C.A. (Archivo de la Corona de Aragón), A.D.M. (Archivo Diocesano de Mallorca), A.G.C. (Actes del Gran i General Consell), A.H. (Arxiu Històric), A.R.M. (Arxiu del Regne de Mallorca), B.B.M. (Biblioteca Bartomeu March), B.G.L. (Biblioteca Gabriel Llabrés), B.L.A. (Biblioteca Lluís Alemany), B.M.P. (Biblioteca Municipal de Palma), B.P.M. (Biblioteca Pública de Mallorca), B.S.A.L. (Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana), C.Y.A.D.C. (Constitucions y altres drets de Catalunya), L.R. (Lletres Reials), R.P. (Reial Patrimoni), S.a. (Sine anno), S.l. (Sine loco), S.n. (Sine nomine).

<sup>1</sup> Cfr. HESPANHA, A.M.: *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo xvii)*, Madrid, 1989.

por un Real Consejo o Real Audiencia. La Universidad del Reino era una entidad compleja que representaba a los diferentes estamentos laicos del cuerpo social de Mallorca, a través de dos órganos principales: los jurados y el *Gran i General Consell* <sup>2</sup>.

Los juristas de la Universidad del reino defendían la existencia de una constitución política pactista según la cual el rey era el titular de una potestad suprema, pero sus poderes se hallaban limitados no sólo por el derecho divino y la ley natural, sino también por las libertades de los súbditos plasmadas en sus privilegios y franquezas.

Aunque la monarquía reconoció reiteradamente el carácter pactado de las franquezas y su invulnerabilidad, no faltaron ocasiones en las que se conculcaron abiertamente. El reino de Mallorca era, entre los de la Corona de Aragón, aquél en que el desequilibrio entre los poderes del rey y el reino se manifestaba de forma más acusada. Se trataba de un reino con una arquitectura política incompleta, cuya capacidad política se veía debilitada por la ausencia de unas Cortes. Desde la época medieval la fórmula para relacionarse con el monarca consistió en el envío de embajadas, que negociaban la aprobación de unos capítulos a los que en algunos casos se concedía fuerza de actos de corte. Pero en la época de los Austrias este medio fue objeto de serias limitaciones <sup>3</sup>.

En el siglo XVII, el vicescanciller de la Corona de Aragón, Cristóbal Crespí de Valldaura escribió que, por el hecho de carecer de Cortes, en el reino de Mallorca «*princeps solus statuit et imperat, pragmatICALIBUSQUE SANTIIONIBUS STABILIRE CURAT quae necessaria sint ad bonum regni regimen et statum, ac proinde ab eius iudicio iusto et prudenti absolute dependet leges ferre, et quod iustum fuerit statuere, antiquasque leges mutare ut praesentis status et temporis, iustitia et ratio expostulat*» <sup>4</sup>. Sin embargo, la realidad distó mucho de presentarse en esta forma. Aunque la monarquía vio claramente fortalecida su posición, especialmente desde la instauración de la Real Audiencia en 1571, el juego de poderes y contrapoderes tuvo una gran incidencia. Los monarcas no construyeron un orden jurídico absoluto. Se mantuvieron viejos privilegios de época medieval, y las distintas corporaciones arrancaron disposiciones favorables a sus intereses cuando las circunstancias les fueron propicias. El Consejo de Aragón, con carácter previo a la formación de pragmáticas destinadas a regir en el reino de Mallorca, acostumbraba dar traslado a la Real Audiencia para

<sup>2</sup> PIÑA HOMS, R.: *El Gran i General Consell. Asamblea del Reino de Mallorca*, Palma, 1977; PLANAS ROSSELLÓ, A.: *Los jurados de la ciudad y reino de Mallorca (1249-1718)*, Palma, 2005.

<sup>3</sup> En 1578 el virrey prohibió que se desplazasen a la corte los embajadores elegidos por la asamblea del reino y, ante esta circunstancia, los Jurados decidieron que se desplazase a la corte uno de ellos, Gabriel Gual, en su condición de Jurado, aunque sin poder especial alguno. Sin embargo el virrey le impidió la partida y citó e interrogó a todos ellos como imputados por un delito de desacato. En los años siguientes se produjeron algunos forcejeos y, finalmente, el 5 de octubre de 1625 Felipe IV estableció unos requisitos muy restrictivos para que se autorizase el envío de embajadas (PLANAS ROSSELLÓ, A.: *Los jurados de la ciudad y reino...* pp. 66-67).

<sup>4</sup> CRESPI DE VALLDAURA, C.: *Observationes illustratae decisionibus Sacris Supremi Aragonum Consilii*, Lyon, 1662, II, p. 150 (Obs. 64).

que informase «*si tenía aquel reyno privilegios que pudiessen embaraçarlo*»<sup>5</sup>. En sus pulsos con la Corona y sus oficiales, el reino consiguió en algunos casos que se anulasen determinadas disposiciones contrarias a las franquezas<sup>6</sup>. Aunque el balance general fue contrario a los intereses de la Universidad del Reino, en todo caso la monarquía tuvo que enfrentarse con los privilegios, para transigir unas veces y soslayarlos otras.

Felipe II, mediante provisión real dada en Bruselas el 17 de enero de 1556, confirmó las franquezas y privilegios de Mallorca. Sin embargo, en el texto del juramento introdujo una cláusula que nunca habían utilizado sus antecesores: «*prout et quemadmodum eis hactenus usi sunt et in presentiarum eorum et cuiuslibet eorum in possessione existunt*»<sup>7</sup>. La confirmación quedó, por tanto, limitada a aquellas franquezas de las que el reino estuviese en uso y posesión. Las autoridades regnícolas solicitaron que se eliminase dicha cláusula, pero el monarca, mediante provisión de 21 de septiembre de 1564, rechazó la petición hasta que, consultado el Consejo, dispusiera otra cosa.

El alcance de tal limitación era imprevisible, ya que dejaba en entredicho todo el sistema de franquezas y libertades, e imponía a las instituciones del reino la carga de probar su vigencia. Mientras que, a tenor de un privilegio de Alfonso III de 4 de octubre de 1287, los oficiales reales no podían alegar posesión de los actos contrarios a las franquezas<sup>8</sup>, desde ahora los jurados no podrían ceder en sus pulsos con la Administración regia, pues las frecuentes transgresiones de las franquezas por vía de hecho podrían convertirse en Derecho como costumbres *contra legem*.

En estas circunstancias, la publicidad de las normas tuvo un carácter parcial. A la monarquía interesaba conservar y dar publicidad a determinadas normas, y silenciar otras, ya que la memoria de los privilegios y franquezas suponía una limitación a la voluntad soberana de incumplirlas o derogarlas. Las instituciones del reino actuaban, por su parte, de acuerdo con los mismos principios. Por tanto, nunca se planteó seriamente la formación de recopilaciones oficiales que recogiesen todas las disposiciones vigentes sino, en todo caso, compilaciones de parte, destinadas a preservar y favorecer la posición de quien las encargaba. En este sentido, generalmente fue el reino y no el rey quien tuvo especial interés en la eficacia del Derecho, entendida como conservación de los

---

<sup>5</sup> Así nos consta que se hizo, por ejemplo, antes de pasar a la firma del monarca la real pragmática de procesos de ausencia de 29 de agosto de 1625 (PLANAS ROSSELLÓ, A. : *El proceso penal en el reino de Mallorca*, Palma, 1998, pp. 180-181).

<sup>6</sup> Por ejemplo, en febrero de 1547 los jurados impugnaron un edicto penal dictado por el lugarteniente Felip de Cervelló, sin haberles consultado previamente, y consiguieron que lo revocase (PLANAS ROSSELLÓ, A. : *El Derecho penal histórico de Mallorca (Siglos XIII-XVIII)*, Palma, 2001, p. 16). Así mismo, en 1578 consiguieron que el monarca ordenase a su lugarteniente y Real Audiencia que cesasen en ciertas prácticas en materia procesal penal, contrarias a las franquezas. Por último, la real pragmática de procesos de ausencia de 29 de agosto de 1625, que introducía el proceso en rebeldía, publicada el 26 de septiembre a pesar de la oposición de los jurados, tuvo que ser retirada por mandato del monarca de 6 de diciembre, ante la firme oposición del reino (PLANAS ROSSELLÓ, A. : *El proceso penal...*, pp. 131-134).

<sup>7</sup> A.R.M., Pergaminos Reales. Felipe II, perg. 1.

<sup>8</sup> A.R.M., *Llibre d'en Rosselló Vell*, f. 168v; *Rosselló Nou*, f. 149.

privilegios. Así, desde el mismo siglo XIII la Universidad se preocupó por reunir sus franquizas para evitar que cayesen en el olvido, «*cum talia privilegia et immunitates impugnatores plures habeant et diversos, et modicos defensores*», como se dice en el proemio de un libro de privilegios encargado por los jurados en 1334<sup>9</sup>.

Desde el punto de vista de su receptor, las disposiciones normativas que integraban el sistema jurídico del reino de Mallorca podían ser de dos tipos. Unas adoptaban la forma de pragmáticas, edictos u ordenanzas de carácter general, cuyo cumplimiento afectaba al conjunto de la población. Otras consistían en privilegios o cartas reales dirigidos por el monarca a determinados oficiales o autoridades, o disposiciones aprobadas por las autoridades regnícolas que sólo debían ser cumplidas por determinadas personas, por razón de su cargo. Las primeras exigían su publicación como requisito para su entrada en vigor, mientras que las segundas sólo eran notificadas a quienes debían ejecutar sus prescripciones<sup>10</sup>.

Las normas de carácter general, especialmente aquellas que imponían obligaciones que afectaban al conjunto de la población, sólo tenían eficacia a partir de su publicación. La forma de llevarla a cabo consistía en su lectura en voz alta mediante pregón público (*crida*), a son de trompeta, realizada por los sayones de las curias o los corredores (*corredors de coll*) al servicio de la Universidad, en las principales plazas de la ciudad y de las villas. Esta fórmula facilitaba el conocimiento de las disposiciones de nueva creación, pero permitía que con el paso del tiempo cayesen en el olvido. Por ello, el 18 de septiembre de 1316, Sancho I, a petición de los jurados y prohombres del reino, dispuso que las constituciones, ordenanzas y capítulos que se hiciesen en Mallorca para el buen estado de la tierra y sus habitantes, se tuviesen que renovar y pregonar anualmente por la fiesta de Pascua<sup>11</sup>. Pero el aumento de las disposiciones vigentes hizo que tal medida resultase impracticable.

El Derecho propio de Mallorca no estableció las reglas acerca de la excusabilidad de la *ignorantia iuris*, que se rigió por lo establecido por el *Ius Commune*. La publicación de las normas, aunque se desarrollase a través de medios precarios, daba lugar a una presunción *iuris et de iure* de su conocimiento. Así, los decretos y edictos de los lugartenientes generales ordenaban su publicación para que no pudiera ser alegada ignorancia, con fórmulas como la siguiente: «*E per tal que algú no puscha ignorància allegar, manam la present ab veu de crida per los lochs acostumats de la dita ciutat e de las parròquies del dit regne esser publicada, e en los libres de vostres corts esser registrada*».

<sup>9</sup> A.R.M., *Llibre de privilegis dels reis*, f. 14.

<sup>10</sup> Alfonso GARCÍA GALLO observó esta distinción respecto a las disposiciones del Derecho de Indias (GARCÍA GALLO, A.: «La ley en Indias en el siglo XVI», en *A.H.D.E.*, XXI-XXII (1951-1952), pp. 607-730).

<sup>11</sup> *Quod constitutiones, ordinationes seu capitula que fient et facta sunt in Maioricis ad bonum statum terre et habitantium in ea renoventur et preconizentur singulis annis in festo Sancte Pasche* (A.R.M., *Llibre de n'Abelló*, f. 91; Pub. PIÑA HOMS, R.: *El Derecho histórico del Reino de Mallorca*, Palma, 1993, pp. 298-299. PLANAS ROSSELLÓ, A.: *Los jurados de la ciudad y reino...*, p. 203).

La publicación de las normas de carácter general debía llevarse a cabo tanto en la ciudad como en cada una de las villas de la parte foránea de la isla. El lugarteniente general remitía copia de la disposición a los *batles* de las villas y les ordenaba que procediesen a publicarla en sus respectivos municipios. Los *batles* debían certificar la publicación al pie de la carta que les había sido enviada, indicando la fecha y el nombre del pregonero o pregoneros que la habían llevado a efecto<sup>12</sup>. Las cartas eran retornadas y se registraban en los libros correspondientes del archivo de la Gobernación. Así, por ejemplo, sabemos que la pragmática de reducción de intereses al 5%, de 30 de abril de 1697, fue publicada en la Ciudad el 3 de agosto de ese año y en las distintas villas entre el 19 y el 28 del mismo mes<sup>13</sup>.

Generalmente, los efectos de las disposiciones se producían desde el momento de su publicación mediante pregón, salvo que indicasen expresamente un plazo distinto. La entrada en vigor tenía carácter sucesivo, ya que, como hemos visto, la publicación en las villas no era simultánea. En alguna ocasión se ordenó que se pregonase de nuevo una disposición antigua, señalando que se hacía «*sens perjudy de la publicatió de aquell feta en aquella hora (...) la qual resta en sa forsa e valor*». Con esta fórmula se pretendía evitar que los efectos se entendiesen limitados a la fecha de la nueva publicación. No era frecuente, sin embargo, que las disposiciones pregonadas se volviesen a publicar más tarde. En la época de los Austrias sólo nos consta un caso: en 1671 el virrey Cebrián mandó pregonar la pragmática de Felipe IV de 18 de diciembre de 1639 sobre delitos cometidos con armas de fuego, publicada por vez primera el 26 de marzo de 1640, por considerar que «*per haver passat tant temps de dita publicació fins are, no puguen tenir tots notícia com es rahó*».

Cuando se trataba de disposiciones de extensión limitada y escritas en romance, el pregonero daba lectura pública al texto original e íntegro. En caso contrario se leía un resumen de su contenido, traducido al catalán si era preciso. Cuando la norma era extensa y compleja, el pregón se limitaba a dar noticia de su existencia, y se remitía a los registros de la Gobernación o Real Audiencia para su consulta. Si se trataba de disposiciones de carácter procesal, se añadía una autorización para tomar traslado de ellas<sup>14</sup>. En la época de los Austrias así se hizo en el acto de publicación de unas ordenanzas procesales para la abreviación de pleitos redactadas en latín por los jurados de Mallorca y aprobadas por el lugarteniente general Miguel de Gurrea el 13 de diciembre de 1518<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Así lo dispone expresamente el virrey Aymeric en una ordenanza de 28 de enero de 1502: «*E feta la dita publicacio fareu fer acte de aquella per lo vostre escrivà al peu de aquella perço que de la dita publicacio puxe constar*» (PONS PASTOR, A.: *Pregons del XVI e segle a Mallorca*, Palma, 1929, p. 22).

<sup>13</sup> A.M.P., Códice 2, *Miscellania privilegiorum et regionum diplomatum*, ff. 49-54. Se incluyó en la Recopilación impresa conocida como *Catálogo de los reyes de Mallorca* (Ca. 1701).

<sup>14</sup> Así lo vemos, por vez primera, en el pregón para la publicación de las ordenanzas sobre abreviación de pleitos, llamadas de Berenguer Uniç, de 28 de septiembre de 1439, así como en los capítulos para su reforma de 16 de octubre de 1441 (MOLL, A.: *Ordinacions i sumari dels privilegis, consuetuts i bons usos del regne de Mallorca*, Mallorca, Pera Guasp, 1663, pp. 44 y 106).

<sup>15</sup> PONS PASTOR, A.: *Pregons del XVIe segle a Mallorca*, Palma, 1929, pp. 99-104.

Así mismo en el pregón para la publicación de la Práctica civil de la Real Audiencia de 1576 se señala que «*perquè publicar-los ab la present particularment seria prolixitat, notifica y certifica S.S. que dits estils y orde trobaran registrats en los registres de la Real Audiència ahont poran aquelles veure y llegir y pendre trellats*». En este caso, por la complejidad de la normativa, se dispuso que su entrada en vigor tendría lugar un mes después de la publicación, «*perquè dins dit temps puguen instruir-se axí dits advocats com procuradors*»<sup>16</sup>. Se trata de la única disposición que hemos localizado en la que se establece un periodo de *vacatio legis*. La doctrina catalana consideraba que las normas de carácter general entraban en vigor tras un periodo de dos meses desde su publicación, basándose en lo establecido por la Auténtica justiniana *Ut factae novae constitutiones*<sup>17</sup>. Sin embargo, en Mallorca entendemos que la entrada en vigor tenía carácter inmediato. No tendría sentido, de lo contrario, que precisamente en este caso el periodo de *vacatio* se redujese a un mes.

Especial solemnidad se dio a la publicación de la importante pragmática de 7 de septiembre de 1600 sobre el régimen orgánico y la administración de los caudales de la Universidad de Mallorca. El pregón fue anunciado con el redoble de cuatro tambores, un pregonero leyó el mandato de publicación del virrey, en catalán, y a continuación un escribano de la Real Audiencia dio lectura al texto íntegro de la pragmática, en castellano.

En 1535 los jurados solicitaron al lugarteniente general que el texto de cierta ordenanza sobre materia suntuaria, además de publicarse de viva voz, se fijase en las puertas del palacio real, de la Lonja, de todas las parroquias y de la casa de la Universidad, pero el decreto virreinal sólo dispuso que se fijase en esta última<sup>18</sup>. Es probable que esta forma de dar publicidad se utilizase con frecuencia respecto a las disposiciones en cuyo cumplimiento tenía interés la Universidad, aunque éste es el único caso que hemos documentado.

La introducción de la imprenta en Mallorca en las postrimerías del siglo xv tuvo una limitada repercusión en la publicidad y conocimiento de las leyes. El primer taller se estableció en 1485 de la mano de los impresores Bartomeu Caldentey y Nicolau Calafat, pero tuvo una vida efímera y no produjo ninguna obra jurídica conocida<sup>19</sup>. Habría que esperar hasta el año 1540 para que se estableciese una nueva imprenta, la fundada por el palentino Fernando de Cansoles, en la que vieron la luz, por vez primera, algunos textos normativos<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> MOLL, A.: *Ordinacions i sumari dels privilegis...*, p. 180.

<sup>17</sup> EGEA FERNÁNDEZ, J. y GAY ESCODA, J.M.: «Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la baixa edat mitjana fins al Decret de Nova Planta», *Revista Jurídica de Catalunya*, LXXVIII, 2 (1979), pp. 565-566.

<sup>18</sup> AGUILÓ AGUILÓ, E.K.: *Colección de leyes suntuarias decretadas por las autoridades superiores del antiguo reino de Mallorca desde 1384 a 1790*, Palma, 1889, p. 102.

<sup>19</sup> LLABRÉS, G.: «Maestro Nicolás Calafat, impresor», *B.S.A.L.*, XVIII (1921), pp. 34-35. MUNTANER BUJOSA, J.: «La primera imprenta mallorquina», *B.S.A.L.*, XXXI (1953-1960), pp. 467-583.

<sup>20</sup> LLABRÉS QUINTANA, G.: «El impresor Ferrando de Cansoles (1540-1600)», *B.S.A.L.*, XX (1924), pp. 17-23. ALEMANY VICH, L.: *La imprenta Cansoles: Mallorca 1540-1600*, Palma de Mallorca, Imprenta Mn. Alcover, 1952.



Los cinco primeros impresos jurídicos conocidos son posteriores a la creación de la Real Audiencia. Se trata de la propia pragmática reguladora del tribunal, impresa en 1576 junto con otras disposiciones complementarias<sup>21</sup>, y cuatro reales edictos del lugarteniente general de Mallorca, editados respectivamente en 1576<sup>22</sup>, 1577<sup>23</sup>, 1579<sup>24</sup> y 1580<sup>25</sup>.

No hemos localizado otros impresos jurídicos hasta la segunda década del siglo XVII. A partir de entonces se hicieron cada vez más abundantes. Las disposiciones que se dieron a la imprenta fueron principalmente las de carácter penal o fiscal, puesto que establecían obligaciones que recaían directamente sobre el conjunto de la población. Su impresión sirvió para facilitar su conocimiento, pero no tuvo efectos respecto a su entrada en vigor, que se siguió rigiendo por la fecha de la publicación mediante pregón.

La impresión de disposiciones jurídicas por cuenta e iniciativa de las autoridades regias, prácticamente se redujo a las pragmáticas reguladoras del ejercicio de la lugartenencia general y la jurisdicción de la Real Audiencia, y algunos de los edictos reales sobre materia penal dictados por los lugartenientes generales en el reino de Mallorca. La limitada extensión del reino y el reducido número de sus tribunales no hacía tan perentoria la impresión de estas disposiciones como en la Corona de Castilla o en las Indias, donde el monarca en la cláusula de sanción de algunas de sus cartas y provisiones ordenaba que se diesen a la imprenta<sup>26</sup>.

En el primer grupo se sitúan la pragmática de creación de la Real Audiencia de 1571, la resolución de dudas de 25 de abril de 1572, que el rey ordenó que se tuviese por parte de aquélla, la Práctica Civil de la Real Audiencia de 1576, y las pragmáticas que regularon la forma de cubrir interinamente las vacantes en la lugartenencia general. Las tres primeras disposiciones se incluyeron en un libro impreso en 1576 por la imprenta Cansoles, al que ya hemos

<sup>21</sup> *Pragmatica de la Real Audiencia o Rota, formada y erigida per sa Magestat en lo present Regne de Mallorca juntament ab les noues Ordinacions, stils, y practica...*, Mallorca, [Cansoles], 1576.

<sup>22</sup> *Real crida y edicte sobre coses concernents al be comu de la present ciutat y Regne de Mallorca ... y bona adminiftracio de la justicia, fet y provehit per lo molt illustre senyor don Miquel de Moncada, coseler y lloctinent y capita general de la Sacra Catholica Real Magestat el rey nostre senyor en lo regne de Mallorca e ylles adaquells adjacents*. Mallorca, Fernando de Cansoles, 1576.

<sup>23</sup> En el Catálogo Colectivo del Patrimonio Bibliográfico Español del Ministerio de Cultura se recoge una *Orden dada por el muy illustre señor don Miguel de Moncada, Visorey y Lugarteniente y Capitan General de su Magestad en el Reyno de Mallorca. De como se ha de toca Arma...*, S.l., s.n., 1577. Sólo existe un ejemplar en una biblioteca privada valenciana, de la que no se da otra noticia. Por tanto, no hemos podido consultarlo. Por la fecha debió ser impresa por Cansoles.

<sup>24</sup> *Real Edicte y crida sobre dels encarregaments de Consals de diners, Forments y Olis, fets y fahedors enlo present Regne de Mallorca, y dela reductio de aquells a degur for*. Mallorca, [Cansoles], 1579.

<sup>25</sup> *Real crida y edicte, sobre los grans abusos ques feyan en lo present Regne de Mallorca en besar y altres tocaments illicits sots color de casarse ab donselles y vidues*. Mallorca, [Cansoles], 1580.

<sup>26</sup> GARCÍA GALLO, A.: «La ley en Indias en el siglo XVI», pp. 628-630.

hecho alusión. En 1618, por mandato del lugarteniente general interino, Pere Ramon Zaforteza, y la Real Audiencia, se imprimió un pequeño libro en el que se incluyeron las citadas pragmáticas de 1571 y 1572, la Práctica de 1576, el orden procesal del juzgado de la Inquisición de Mallorca promulgado el 26 de octubre de 1580, y las pragmáticas de 3 de septiembre de 1606 y 20 de octubre de 1608 reguladoras de las interinidades en la lugartenencia general del reino<sup>27</sup>. Posteriormente se imprimieron de forma aislada la pragmática sobre delitos cometidos con armas de fuego de 18 de diciembre de 1639, publicada el 26 de marzo de 1640<sup>28</sup>; y la pragmática sobre tratamientos y cortesías de 22 de mayo de 1638, publicada el 9 de noviembre del mismo año<sup>29</sup>.

Mayor importancia tuvo la impresión de los edictos reales, pues se consideraba que debían ser conocidos de forma cierta por toda la población. El jurista catalán Bonaventura Tristany defendió que los edictos y bandos de los virreyes debían ser pregonados y repetidos públicamente, sin que fuese admisible la mera confirmación de los de sus antecesores, pues su conocimiento debía ser indubitado, no por mera presunción, especialmente cuando establecían penas corporales<sup>30</sup>.

A lo largo de los siglos XVI y XVII, los sucesivos lugartenientes generales dictaron un considerable número de edictos penales. En 1525 el lugarteniente Carlos de Pomar formó un edicto extenso, integrado por dieciocho capítulos, en el que recopiló diversas disposiciones de sus antecesores, y modificó la penalidad aparejada a algunas conductas delictivas<sup>31</sup>. Tras su publicación, la normativa se fue reformando y ampliando mediante distintos edictos puntuales, hasta que en 1549 el lugarteniente Gaspar de Marrades publicó un texto más amplio, en el que reunió veintidós nuevos capítulos y confirmó expresamente un importante conjunto de disposiciones anteriores<sup>32</sup>. A partir de éste, los sucesivos lugartenientes al iniciar su mandato confirmaron los dictados por sus antecesores y, en todo caso, más adelante regularon puntualmente algunos supuestos. El carácter traslativo de la normativa hizo que la regulación penal se fuese ampliando paulatinamente. Algunos lugartenientes formaron una nueva redacción a partir de las disposiciones de sus antecesores, eliminando, modificando y añadiendo algunos capítulos. En la década de 1570, como ya hemos visto, la imprenta Cansoles dio a la luz algunos edictos aislados. En cambio, en el siglo XVII se imprimieron las sucesivas redacciones amplias de

<sup>27</sup> *Pragmatica sanctio institutionis Regiae Audientiae, cum ordine iudiciario eiusdem nunc denuo in innumeris mendis quae typis iprreserant vindicata ad marginem illustrata notis...*, Mallorca, Rodríguez et Pizá, 1618.

<sup>28</sup> *Pragmatica Real sobre la prohibicio dels arcabussos, bufetons, pedreñals, y altres armes de foch, menors de sinch palms de cano*, s.l., s.n., s.a.

<sup>29</sup> *Pragmatica Real sobre el tratamiento, y cortesías que se han de tener generalmente con todos los súbditos de su majestad*, s.l., s.n., s.a.

<sup>30</sup> Cit. EGEA FERNÁNDEZ, J. y GAY ESCODA, J.M.: «Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana...», *Revista Jurídica de Catalunya*, LXXVIII, 2 (1979), pp. 293-294.

<sup>31</sup> A.R.M., A.A. 224, ff. 1-5. Pub. PLANAS ROSSELLÓ, A.: *El Derecho penal histórico de Mallorca...*, pp. 191-194.

<sup>32</sup> A.R.M., A.H. 428, ff. 7v-14v. Pub. PLANAS ROSSELLÓ, A.: *El Derecho penal histórico de Mallorca...*, pp. 202-206.

esta normativa penal. La primera de ellas fue la del lugarteniente general Carlos Coloma de 1612<sup>33</sup>, a la que siguieron las de los virreyes Francisco Juan de Torres (1618)<sup>34</sup>, Alonso de Cardona y Borja (1634)<sup>35</sup>, Juan Francisco Cebrián (1671)<sup>36</sup>, y el lugarteniente general interino Conde de Formiguera (1681)<sup>37</sup>. Es posible que se imprimiese alguna otra redacción que no hemos localizado, ya que de alguno de los edictos conocidos se ha conservado un solo ejemplar. Por otra parte, a lo largo de ese siglo sólo tenemos noticia de la impresión de un edicto puntual en materia de orden público: el del virrey Jerónimo Agustín de 24 de septiembre de 1622, que establece graves penas para quienes se identifiquen como miembros de las parcialidades de *Canamunt* y *Canavall*<sup>38</sup>.

Por su parte, la Universidad se preocupó de que se imprimiesen las pragmáticas que regulaban su régimen orgánico y la administración de sus caudales, y algunas cartas reales que favorecían sus intereses, especialmente en materia tributaria. Por lo que se refiere a las pragmáticas, se imprimieron la de 7 de septiembre de 1600, que fue objeto de dos nuevas ediciones en 1675 y 1703<sup>39</sup>, y la de 12 de julio de 1614, impresa en 1675 y 1703<sup>40</sup>.

Especial interés se tuvo en la impresión de algunos de los capítulos formados por los jurados y el *Gran i General Consell*, en materias de su competencia, y aprobados mediante presidal decreto por el lugarteniente general, tras ser examinados por el Real Consejo. En su mayor parte regulaban la recaudación de ciertas imposiciones, o el régimen de determinadas actividades comerciales o profesionales. Las disposiciones impresas sobre estas materias son relativamente abundantes y, por ello, resultaría muy prolijo su catálogo. A modo de ejemplo podemos señalar que se publicaron los capítulos sobre el ejercicio de la jurisdicción del *mostassaf*<sup>41</sup>, que fueron objeto de dos reimpressiones, la jurisdicción de los morberos<sup>42</sup>, los salarios de los oficiales de la

<sup>33</sup> *Edictes Reals fets per lo Illustrissim senyor don Carlos Coloma Visrey y Capita General en lo present Regne de Mallorca*. Mallorca, en casa de Gabriel Guasp, 1612.

<sup>34</sup> *Edictes reals fets per lo Illustrissim senyor D. Francisco Juan de Torres*, Mallorca, Manuel Rodríguez y Juan Pizà, 1618.

<sup>35</sup> *Edictes reals*, Mallorca, 1634. El único ejemplar conocido no conserva la portada.

<sup>36</sup> *Edictes reals fets per lo Illustrissim senyor D. Juan Francisco Cebrián, Conde de Fonclara*, Mallorca, Raphel Moya y Thomas, 1671.

<sup>37</sup> *Edictes reals fets per lo egregio Conde de Formiguera y Real Audiencia, Regint le lloctinencia, y capita general*, Mallorca, Viuda de Guasp, 1681.

<sup>38</sup> Se conserva un único ejemplar en la Biblioteca Nacional de Cataluña.

<sup>39</sup> *Pragmatica en que se ordena, y declara lo que los de la Ciudad de Mallorca, y parte Forana de aquel Reyno han de guardar, en la administration y distribution del dinero de la Consignacio, y sobre otras cosas cocernietes al regimieto. y buen gouierno de aquel Reyno*, [Mallorca], Gabriel Guasp, s.a.; [Mallorca], Raphael Moya, y Thomas Impresor de la Universidad, [1675]; Mallorca, Melchor Guasp, impresor de la Universidad, 1703.

<sup>40</sup> *Pragmatica Real del año mil seiscientos, y catorze*, Mallorca, en la imprenta de la viuda Guasp, 1675; Mallorca, Melchor Guasp, impresor de la Universidad, 1703.

<sup>41</sup> *Capitols per lo exercici de la iurisdicció del Magnífich Mostesaph, decretats per su Illustrissima del Señor Virrey á XXXI agost de MDCLXXVIII a petició ... dels ... jurats de la universitat, ciutat y regne de Mallorca...*, [Mallorca], s.n., s.a.

<sup>42</sup> *Ordinacions per la bona administracio de la morberia, que han de observar inviolablement, los oficials, y ministres del morbo, en que se conte tarifa des salaris, y gastos, fetas*

Universidad<sup>43</sup>, los requisitos para el ejercicio de las profesiones de médico y abogado<sup>44</sup>, los precios del pan<sup>45</sup>, el control de la calidad de los tejidos mediante la *bolla del redreç*<sup>46</sup>, la importación y exportación de granos, y un buen número de disposiciones reguladoras de las imposiciones de la Universidad, como el quinto del vino, el vectigal del aceite, la *molitja*, el estanco del tabaco, etc.

No disponemos de registros de publicaciones impresas procedentes de los archivos históricos de la Gobernación o de la Universidad del reino durante este periodo. Sólo se han conservado ejemplares sueltos y unos pocos volúmenes facticios. Por ello resulta imposible conocer todas las disposiciones que fueron dadas a la imprenta. Probablemente existieron algunos impresos de los que se ha perdido toda la edición.

Además de las autoridades regias o de la Universidad del reino, otras dos instituciones se cuidaron de dar publicidad a determinadas normas jurídicas a través de la imprenta. El Obispado de Mallorca promovió la difusión de los preceptos de Derecho canónico particular de la isla, mediante la impresión de las constituciones aprobadas por los sucesivos sínodos diocesanos, a partir del celebrado en 1588 bajo el pontificado del obispo Juan Vich y Manrique<sup>47</sup>. Por su parte, el Colegio de la Mercadería —la corporación representativa de los mercaderes, dotada de amplias competencias en la gestión portuaria— se preocupó de que se imprimiese una recopilación de sus privilegios<sup>48</sup>.

---

*per los Magnífichs Jurats Als 10. Maig de 1692. y decret Presidal dels 21. Maig dit any ..., s.l., s.n., s.a.*

<sup>43</sup> *Decret presidal obtes a petició de su señoria dels Illes. y molt mchs. Srs. Gabriel de Berga donzell, Ioan Antoni Nadal, Francesch Venrell... Sobre la paga de salaris dels oficials, y altres gastos de ordinari que deven fer los magnífichs clavaris en execució de dit Decret, y sens necesitar de mandato special de su illustrissima del señor virrey.* [Mallorca], [s.n.], [1667].

<sup>44</sup> *Prego en orde los Doctors en Lleis, y Medicina que se ha publicat a requisicio dels illustres, y molt magnífichs señors Nicolau Çagranade Donzell, Pere Francisco Llebres, Bartomeu Fornari Ciudadans, Miquel Vidal, Iuan Barçelo Mercaders, y Matheu Gomila Fuster Jurats de la Vniuersitat Ciutat, y Regne de Mallorca, y Honors Pere Antoni Roig de la Ciutat de Alcudia, y Iuan Baptista Caneves de la Vila de Pollença Sindichs Clavaris de la part Forana, S.l., s.n., [1698].*

<sup>45</sup> *Capitols nouament formats en conformitat del Acuerdo, pres entre Su Señoria dels Ilustres, y molt Magnífichs Señors Jurats, y lo ofici de forners, que ha de fer observar, y guardar lo Magnífich Mostesaph, en orde del pes, y preu del pa de xexa i de blat.,* [Mallorca], Oficina de Joseph Guasp, 1687.

<sup>46</sup> *Capitols de la Bolla del Redres: de la Vniuersitat y Regne de Mallorca,* Mallorca, Gabriel Guasp, 1625.

<sup>47</sup> *Synodus diocesana Maioricensis : celebrata praeside Illustrissimo ac Reverendissimo D[omi]no D. Ioanne Vich et Manrique...anno 1588.* Mallorca, Gabriel Guasp, 1589. Le siguieron las disposiciones de los sínodos de 1611, 1620, 1636 y 1660. El último publicado fue el de 1692: *Leges synodales Maioricensis episcopatus statutaee et promulgatae in synodo diocesana quam in sua Cathedrali ecclesia celebravit Illustrissimus et reverendissimus Dominus D. Petrus de Alagon, Archiepiscopus Episcopus Maioricensis,* Palma, Michael Capó, 1692.

<sup>48</sup> *Priuilegis y capitols concedits per los Serenissims Reys en favor del Collegi de la mercaderia : are novament imprimits per determinació del Concell de dit Collegi, celebrat als 2 del mes de setembre any de la Nativitat del Señor de 1656 : essent Deffenedors los Magnífichs Hierony*

Los citados medios de publicidad de las normas resultaban claramente insuficientes para garantizar el conocimiento del extenso conjunto de disposiciones históricas que permanecían en vigor en la época de los Austrias. Muchas de ellas ni siquiera habían sido objeto de publicación, por tratarse de privilegios o cartas reales dirigidas a autoridades o instituciones. En tales casos, únicamente se perpetuaba su memoria mediante su registro en los correspondientes libros del archivo real o de la institución receptora. Pero no siempre se actuaba con diligencia al respecto; a menudo los jurados tenían que recordar a su escribano que registrase las nuevas disposiciones, para evitar que se perdiesen los originales y cayesen en el olvido<sup>49</sup>.

El conocimiento del Derecho propio presentaba dificultades incluso para los jueces, abogados y otros profesionales del Derecho. Los juristas estudiaban el Derecho común en los estudios generales o universidades, pero sólo podían conocer las especialidades del Derecho insular a través de la práctica. El problema no resultaba excesivamente acuciante en materia de Derecho privado, pues imperaba en Mallorca el *Ius Commune* matizado por escasas especialidades autóctonas, que eran bien conocidas a través de los formularios notariales y algunas redacciones manuscritas, pero sobre todo a través de la práctica reiterada y constante. Cosa distinta ocurría respecto a otros sectores del sistema jurídico.

El conocimiento de los estilos de Mallorca no se podía adquirir en los centros docentes, y no existía una adecuada bibliografía que permitiera a los juristas un estudio solitario. Así, en 1668 los jurados del reino se dirigieron al monarca para oponerse a que el cargo de abogado fiscal se otorgase a un doctor forastero, en atención a que «*los letrados de otros reinos se han de instruir desta praxis y estilos [de Mallorca] que no enseñan autores que han escrito, sino que por la experiencia la alcanzan*»<sup>50</sup>.

Para paliar el problema, los juristas disponían de copias privadas de algunos textos jurídicos de Derecho mallorquín, especialmente de las ordenanzas sobre materia procesal. Sin embargo, no existía una obligación legal como en Cataluña, donde las Cortes de Barcelona de 1422 ordenaron que los abogados debiesen poseer, además de los libros de Derecho Común, los Usatges de Barcelona y las disposiciones de las cortes catalanas, pues *assats és cosa ridícula als juristes, e no poc damnosa als litigants*, que los juristas ignoren las leyes de la tierra<sup>51</sup>.

Como ya hemos indicado, las distintas instituciones contaban con un archivo en el que registraban las disposiciones de su incumbencia y, en muchos casos, con unos libros en los que recopilaban las disposiciones más importan-

---

*Barceló y Juan Gibert mercaders*. [Mallorca], [S.n.], [1656]. Fueron reeditados en 1733 en la imprenta de Pere Antoni Capò.

<sup>49</sup> Por ejemplo, en 1455 los jurados encomendaron a sus sucesores que procurasen registrar en un libro recientemente formado las franquezas omitidas, y en 1486 denunciaron que *alguns privilegis e letres reynals van a redolons e per mal recapte, sia per archibancs sia per caxons, e són perillosos de perdre's*, y recordaron la necesidad de registrarlos (A.D.M., MSL/359, ff. 25v y 359v).

<sup>50</sup> A.R.M., A.H. 712, f. 112.

<sup>51</sup> C.Y.A.D.C., II, IV, 1.

tes para el ejercicio de sus funciones y la defensa de sus intereses. La Universidad del Reino contaba con un conjunto de códigos de privilegios y franquezas de época medieval, como los llamados de Sant Pere, Rosselló vell, Rosselló nou y Abelló. En los siglos XVI y XVII se formaron asimismo sendos libros manuscritos en los que se reunieron las principales pragmáticas, privilegios y cartas reales de la época de los Austrias que tenían interés para la Universidad<sup>52</sup>. El Sindicato Foráneo –la corporación representativa de las villas de Mallorca– disponía de su propio archivo y tres códigos recopilatorios de sus abundantes privilegios. Pero se trataba de medios dispersos, fragmentarios y parciales. Por ejemplo, el régimen municipal de Mallorca se regía en muchos aspectos por los privilegios que los monarcas habían concedido a la Universidad de las villas en sus conflictos con la Ciudad. Sin embargo, los códigos encargados por los jurados del reino, miembros todos ellos de los estamentos urbanos, omitieron las disposiciones contrarias a sus intereses.

En los últimos años del siglo XV se formó un repertorio por materias para facilitar la localización de las disposiciones vigentes. En 1495 el jurista Teseu Benet Valentí (1445-1511), a la sazón abogado de la Universidad, elaboró un índice de las franquezas y privilegios de Mallorca. Su trabajo fue de gran utilidad, aunque sólo fue usado en medios oficiales y profesionales. Del original conservado en el Archivo de la Universidad se realizaron dos copias puestas al día con la incorporación de las disposiciones sucesivas. La última ampliación se inició en 1683, por encargo de los jurados, y se continuó mediante nuevas anotaciones hasta la primera mitad del siglo XVIII<sup>53</sup>.

Por su parte, la Administración regia, especialmente las curias del lugarteniente general y del Real Patrimonio, contaba con los registros oficiales de cartas y provisiones reales, pero no puso especial interés en la formación de recopilaciones o repertorios. Se han conservado unos pocos códigos recopilatorios de época medieval procedentes de las curias judiciales, pero se trata de redacciones incompletas, dispersas y, en definitiva, muy inferiores a las formadas por la Universidad. El único trabajo de calidad en este campo se llevó a cabo en los inicios del siglo XVII. El doctor Miguel Miralles Armadans (1550-1616), oidor de la Real Audiencia, elaboró un índice temático de los privilegios del Real Patrimonio de Mallorca<sup>54</sup>. El repertorio se formó por iniciativa del propio doctor Miralles, aceptada por Felipe III el 29 de agosto de 1609 y, según consta en la dedicatoria, quedó concluido el 27 de mayo de 1612. El monarca

<sup>52</sup> Se trata de los códigos 31 y 32 del Archivo del Reino de Mallorca, conocidos en la época respectivamente como *Llibre de cobertes de pergami* y *Llibre de cobertes de fusta o de post* (Cfr. PLANAS ROSSELLÓ, A.; MUT CALAFELL, A.; URGELL HERNÁNDEZ, R.: *Documents capdals del Regne de Mallorca. Documents i compilacions legals*, Palma, 2003, pp. 256-257).

<sup>53</sup> MUT CALAFELL, A.: «La Valentina», *Gran Enciclopèdia de Mallorca*, XVII, pp. 396-397. PLANAS ROSSELLÓ, A.; MUT CALAFELL, A.; URGELL HERNÁNDEZ, R.: *Documents capdals...*, pp. 247-250.

<sup>54</sup> *Index rerum quae in regiis privilegiis et pragmaticis Regium Patrimonium iurisdictione-mve concernunt alphabetica seriae digestis iusuque Sacrae Catholicae Regiae Maiestatis infrascriptis litteris facto a Michaele Miralles Regii Concilii Doctore primario compositus* (A.H.N., Códice 781-B; A.R.M., R.P. 4.199; B.M.P., R. 986).

ordenó al autor que una vez terminada la obra se abstuviese de publicarla, y que no permitiese verla a ninguna persona, salvo los dos copistas que trabajaban a sus órdenes en su casa<sup>55</sup>. Un mandato que confirma, una vez más, que en un sistema jurídico basado en privilegios, no existía interés por la publicidad de determinadas normas.

A lo largo de los siglos XVI y XVII la Universidad promovió algunos intentos de recopilar los privilegios y franquezas de Mallorca, y darlos a la imprenta. Tales proyectos, motivados en unos casos por el deseo de facilitar su conocimiento a los particulares, y en otros por la necesidad de protegerlos de la voluntad derogatoria de la monarquía y sus oficiales, tuvieron escasos resultados. El 8 de enero de 1541, poco después de que el impresor Cansoles se instalase en la isla, el *Gran i General Consell* acordó que se recopilasen e imprimiesen los privilegios y franquezas del reino, con un sumario y rúbrica, a fin de que no sólo se pudiese beneficiar de ellos la Universidad, sino también los particulares<sup>56</sup>. La redacción de la obra se encargó al doctor Pere Malferit de Montanyans (†1566), a quien se entregaron 40 libras a cuenta de sus honorarios. Los jurados de 1549 recordaban en su testamento que, a pesar de que se le había hecho este pago, hasta la fecha no había iniciado la tarea que tenía encomendada<sup>57</sup>. En 1571, transcurridos cinco años desde su fallecimiento, los jurados salientes comunicaron a sus sucesores que, según sus informaciones, el libro estaba terminado y lo tenía en su poder el notario Joan Mollet<sup>58</sup>. Sin embargo, o bien no existía o bien no pudo ser localizado, pues lo cierto es que a partir de entonces no se volvió a tomar en consideración. Poco después, entre 1573 y 1574, se solicitó un presupuesto para imprimir la pragmática de creación la Real Audiencia y otros textos legales de interés para la Universidad<sup>59</sup>. La elaboración de esta obra se consideraba perentoria en aquellos momentos, pues los jurados temían que el nuevo tribunal recientemente erigido pudiera conculcar los privilegios del reino. Como ya sabemos, la impresión de la pragmática, junto con la resolución de dudas de 1572 y la Práctica Civil se llevó a cabo en 1576<sup>60</sup>. El libro se editó a instancias de los jurados, pero a expensas del impresor, a quien el virrey concedió la exclusividad para su estampación y venta. En una anónima advertencia al lector se afirma que la edición es sólo el inicio de una tarea que debe ser continuada: «y ab un tant bon principi és just que totes les pragmàtiques, ordinations e privilegis desta Ciutat se imprimesquen per llevar la difficultat que és de trobarlos quant són menester per los qui los han de servir y conforme dells han de judicar y patrocinar en les causes, los quals ab alguna excusa los ignoren per no estar estampats».

<sup>55</sup> A.C.A., Real Cancillería, Reg. 4.941, ff. 97 y 207.

<sup>56</sup> A.R.M., A.G.C. 29, f. 35.

<sup>57</sup> A.R.M., A.H. 3.124, ff. 76v y 129.

<sup>58</sup> A.R.M., A.H. 3.123, f. 82v.

<sup>59</sup> A.R.M., A.H. 3.123, f. 97. Determinaciones de 12 de diciembre de 1573 (A.G.C. 39, ff. 32-33) y 8 de enero de 1574 (A.G.C. 39, ff. 37v-38).

<sup>60</sup> A.M.P., Fondo Llabrés, 2 / LL-5072 y B.L.A., E2-63.

Quedaba por tanto pendiente el trabajo de selección de los privilegios que debían ser publicados más adelante. Para llevarlo a cabo, en mayo de 1579 se nombró una comisión integrada por el canónigo Pere Bellver, Joan Baptista Despuig, Francesc Torrella y el doctor Ramon de Verí, a quienes se permitió sacar temporalmente los libros del archivo de la Universidad a fin de tomar los traslados cómodamente<sup>61</sup>. Tenemos noticia de que retiraron algunos códices y los devolvieron más tarde, pero tampoco en esta ocasión se siguió resultado alguno.

Tras la frustración de esta iniciativa, en los primeros decenios del siglo xvii la Universidad se planteó una estrategia diferente. El 13 de diciembre de 1602 los jurados del reino, «*attenent la necessitat tan gran hi ha al present regne, per lo govern y benefici de tots, de que's fasse de nou un Dret municipal y ordinations que reformen totes les coses que tenen necessitat de reformació*» designaron unos juristas para que elaborasen el proyecto<sup>62</sup>. En este caso se pretendió algo más que la mera publicidad de los antiguos privilegios y franquezas. En lugar de atrincherarse en ellos, recopilando el derecho vigente, los representantes del reino quisieron introducir reformas en su sistema jurídico. La carencia de unas Cortes del reino había provocado que el Derecho propio de Mallorca estuviese atrasado en muchos aspectos o que presentase unas lagunas que, en plena época moderna, el *Ius commune* no era adecuado para colmar.

Como en anteriores ocasiones, los juristas designados en 1602 ni siquiera llegaron a reunirse para iniciar su tarea. La propuesta fue retomada mucho más tarde, en agosto de 1621. Tras sustituir a los miembros de la primitiva comisión, que habían fallecido, el trabajo quedó encomendado a los doctores Pere Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza. Animados por la promesa de una exención vitalicia de tributos en caso de que entregasen el texto antes del cambio de jurarías, emprendieron la redacción con gran celeridad. Así, el 7 de mayo de 1622, nueve días antes del vencimiento del plazo, presentaron a los jurados el manuscrito, al que dieron por título *Recopilació de les franqueses i Dret municipal de Mallorca*<sup>63</sup>. Los autores elaboraron una recopilación sistemática, en la que incluyeron junto a las disposiciones vigentes que consideraban que se debían conservar, propuestas de *lege ferenda* para colmar lagunas o sustituir preceptos en vigor, tanto de Derecho propio como de Derecho común.

La obra quedó integrada por dos volúmenes. El primero, de carácter sistemático, está dividido en 5 libros, subdivididos en 85 títulos, y éstos en 386 capítulos u *ordinacions*. El segundo, del que sólo se redactó el sumario, debía contener el texto íntegro de un conjunto de 53 disposiciones que, según el criterio de los redactores, constituían la fuente del Derecho municipal de Mallorca, y que en el primero se habían fragmentado para distribuirlas por materias.

<sup>61</sup> Cfr. PONS PASTOR, A.: *Constitucions e ordinations del regne de Mallorca*, I, pp. XL-XLI.

<sup>62</sup> Pub. por FAJARNÉS, E.: «Elecció de juristas per fer Dret municipal», *B.S.A.L.*, VIII, p. 432, y PIÑA HOMS, R., *El Derecho histórico del Reino de Mallorca*, Palma, 1993, pp. 315-316.

<sup>63</sup> Cfr. PLANAS ROSSELLÓ, A.: *Recopilación del Derecho de Mallorca. 1622. Por los doctores Pere Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza*, Palma, 1996.



Por decisión de los autores, ya que no consta en el encargo oficial, los textos del volumen primero están íntegramente traducidos al catalán. Algunos de ellos se tomaron de versiones catalanas antiguas, pero la mayor parte debieron ser vertidos al romance por los autores, ya que no se tiene noticia de que se hubiesen traducido hasta aquel momento.

Los capítulos redactados por los autores como propuestas de *lege ferenda* reciben el nombre de *ordinacions noves* y representan algo más de la tercera parte del texto. Por lo general, las referidas a cuestiones de Derecho público recogen viejas aspiraciones del reino, que ya habían tenido una formulación expresa en el pasado. Efectivamente, una de sus fuentes principales parecen ser los capítulos formados por los jurados con el asesoramiento de sus abogados y aprobados por el *Gran i General Consell* en años anteriores, muchos de los cuales habían sido elevados al monarca, pero no habían obtenido el *placet regio*. En el libro IV, dedicado al Derecho de sucesiones, son mucho más abundantes las *ordinacions noves* que las disposiciones vigentes: de sus veintisiete capítulos, sólo ocho se corresponden con leyes antiguas. Su pretensión era sustituir el Derecho romano justiniano vigente por unas nuevas reglas, en línea con las aprobadas en otros reinos de la monarquía, que impidiesen la fragmentación de los patrimonios por causa de la distribución de las legítimas.

La recopilación contiene muy escasas disposiciones de la época de los Austrias. En el volumen sistemático se recogen textos procedentes de un conjunto de capítulos otorgados por los reyes Carlos y Juana el 10 de julio de 1519<sup>64</sup>, la pragmática de creación de la Real Audiencia de 1571, la resolución de dudas de 25 de abril de 1572, una disposición regia de 13 de mayo de 1571 que obliga a los notarios a presentar al lugarteniente general, regente, procurador real o doctores de la Real Audiencia todas las súplicas o requerimientos que se les soliciten<sup>65</sup>, la Práctica Civil de 1576, y la pragmática de Felipe III de 20 de octubre de 1608 sobre las interinidades en la lugartenencia general. A excepción de los capítulos de 1519 y la provisión de 13 de mayo de 1571, las disposiciones se encontraban ya recogidas en el libro publicado por mandato del lugarteniente general interino en 1618.

En la parte cronológica se debían incluir los citados capítulos de 10 de julio de 1519, la pragmática de creación de la Real Audiencia de 1571, la pragmática de 7 de septiembre de 1600, la pragmática sobre el régimen de la Universidad de 12 de julio de 1614, publicada el 27 de octubre del mismo año<sup>66</sup>, y la pragmática sobre la Consignación de la misma fecha<sup>67</sup>.

Con el cambio de juraría, pocos días después de la recepción del manuscrito, el proyecto fue totalmente abandonado. Si los jurados hicieron gestiones para su aprobación, no ha quedado constancia escrita, pues no se llegó a plantear su discusión en el *Gran i General Consell*. En los años siguientes los

<sup>64</sup> Privilegio otorgado por aquellos monarcas, que consta de 31 capítulos. A.R.M., *Llibre de n'Abelló*, ff. 158-168.

<sup>65</sup> A.R.M., L.R. 90, ff. 169v-170v.

<sup>66</sup> A.R.M., Códice 32, ff. 49-54v.

<sup>67</sup> A.R.M., Códice 32, ff. 55-62.

embajadores del reino presentaron al monarca algunas peticiones que figuraban entre las *ordinacions noves* de la recopilación, pero en ningún caso se hicieron eco de las propuestas de *lege ferenda* de Canet, Mesquida y Zaforteza, sino que recogieron viejas aspiraciones formuladas por el *Gran i General Consell* antes de su redacción. Sin duda, la excesiva ambición reformista del texto, muchos de cuyos extremos respondían a la opinión particular de sus autores, fue la causa de que quedase completamente olvidado en el archivo de la Universidad.

Pocos años más tarde, el 7 de septiembre de 1629, los jurados propusieron al *Gran i General Consell* la publicación de los privilegios del Reino «*que són les nines dels ulls d'esta Universitat*», sin hacer mención alguna a la obra de Canet, Mesquida y Zaforteza<sup>68</sup>. Para llevar a cabo el trabajo se designó al doctor en ambos derechos Joan Dameto y al escribano Nicolau Terrassa, pero tampoco tenemos noticia de los resultados de ese encargo. Precisamente el doctor Joan Dameto en su *Historia de Mallorca* publicada en 1633 recoge el único testimonio coetáneo a la recopilación de Canet, Mesquida y Zaforteza, cuando afirma que «*convendría suplicar a S.M. para que le diese fuerza de ley, pues sería sin duda para los jueces, abogados y otros causídicos, una grande luz entre tantas tinieblas con que el Derecho Común queda ofuscado*»<sup>69</sup>.

Tras la propuesta de 1629 pasaron largos años sin que se volviese a tratar del tema. Pero no se debe pensar que la falta de recopilaciones impresas supusiera una desconocimiento del Derecho por parte de los órganos rectores de la Universidad y sus asesores jurídicos. Lo cierto es que, a través de los códigos manuscritos y los repertorios alfabéticos, existía un buen conocimiento de las franquicias, que eran hábilmente utilizadas siempre que resultaba necesario.

Por fin, el 26 de enero de 1662 el *Gran i General Consell* consignó una imposición para hacer frente a los 200 ducados en que se había presupuestado la impresión de los privilegios<sup>70</sup>. Como fruto de ello, en 1663 el notario Antoni Moll, secretario perpetuo y archivero de la Universidad, dio a la imprenta una obra de escasas pretensiones: las *Ordinacions i sumari dels privilegis, consue-tuts i bons usos del regne de Mallorca*. Se trata de una recopilación asistemática de algunas de las principales fuentes legales mallorquinas, de contenido predominantemente procesal. En la primera parte reproduce los textos originales e íntegros de algunas ordenanzas dictadas por los gobernadores y los jurados del reino conocidas como *ordinacions*, siguiendo la línea de una importante familia de códigos así titulados:<sup>71</sup> Las *Ordinacions de Pelay Uniç*, formadas por los

<sup>68</sup> A.R.M., A.G.C. 57, f. 305.

<sup>69</sup> Cfr. DAMETO, J.; MUT, V.; ALEMANY, J.: *Historia General del Reino de Mallorca*, Palma, 1841, I, p. 99.

<sup>70</sup> A.R.M., A.G.C. 67, ff. 108v-109.

<sup>71</sup> Los códigos 22, 23, 24, 25, 180 y 181, y el catalogado A.H. 3.458 del Archivo del Reino de Mallorca, rotulados como *Ordinacions del Regne*, aunque no presentan idéntico contenido, recogen las *Ordinacions de Pelay Uniç*, las *Ordinacions* y los *Capítols* de Berenguer Uniç, la reforma de éstos en 1441, los capítulos de Vidal Castelldoriz de Blanes y los de Misser Rodrigo Falcó (Cfr. QUADRADO, J.M.: *Privilegios y franquicias de Mallorca, cédulas, capítulos, estatutos, órdenes y pragmáticas otorgadas por los reyes de Mallorca, de Aragón y de España desde el*

jurados del reino, y promulgadas por el lugarteniente general que les da nombre el 20 de diciembre de 1413; las *Ordinacions de Berenguer Uniç*, conjunto de capítulos sobre abreviación de pleitos, elaborados por los jurados del reino, aprobados por Alfonso V en Gaeta el 15 de junio de 1439, y publicados el 28 de septiembre del mismo año; los *Capítols de Berenguer Uniç*, conjunto de capítulos sobre diversas materias elaborados por los jurados del reino, y aprobados por Alfonso V en el Castillo junto a la torre de Carbonaria el 19 de mayo de 1439; los capítulos sobre comisarios y portadores de cartas otorgados por el lugarteniente general Rodrigo Falcó en 1449, y los capítulos otorgados por el Gobernador Vidal de Castellodoriz de Blanes el 24 de marzo de 1461, en los que se regulan las compraventas. Completan esta parte los estilos de Arnau d'Erill –una colección oficial de costumbres admitidas en juicio, aprobada en 1344 por el gobernador que le da nombre–, la pragmática de la Real Audiencia de 11 de mayo de 1571, la declaración de dudas de 25 de abril de 1572, la Práctica Civil de 1576, y las pragmáticas de 3 de septiembre de 1606 y 20 de octubre de 1608 reguladoras de las interinidades en la lugartenencia general del reino.

La segunda parte constituye una actualización del sumario de los privilegios de Teseu Valentí, en la que el autor actuó con criterio propio, modernizando el lenguaje, añadiendo nuevas recensiones, redactando completamente las referencias de algunas voces, y estableciendo algunas remisiones entre ellas<sup>72</sup>. Las voces del sumario se remiten a los distintos códigos recopilatorios del Archivo de la Universidad, donde podían consultarse las disposiciones originales. En las últimas páginas se incluye una tabla de las fiestas y días feriados en la isla, y un arancel notarial.

La recopilación no consiguió un reconocimiento oficial. El texto de la licencia regia para su publicación, concedida por el lugarteniente general y Real Audiencia el 24 de abril de 1663, e impresa en la portada, señala claramente que se otorga «sin aprobar lo contenido en él, sino para que se tenga noticia de lo que en él se refiere».

A finales del periodo se formó una recopilación anónima y asistemática, sin fecha ni pie de imprenta, que debió ser editada en Mallorca en los primeros años del siglo XVIII<sup>73</sup>. El *Catálogo de los reyes de Mallorca* que encabeza el texto indica que en el momento de su redacción reinaba en España Carlos II. La obra recoge diversos privilegios y pragmáticas desde la época medieval hasta el reinado de ese monarca, ninguno de los cuales se había reproducido *in extenso* en la recopilación de Moll. A continuación, incluye diversas providencias relativas a la muerte del último Austria en 1700, las cláusulas testamentarias

---

*siglo XIII hasta el fin del XVII...*, Palma, 1895-1896, p. 309; MUT CALAFELL, A.: «Llibre d'Ordinacions del Regne de Mallorca», *Gran Enciclopèdia de Mallorca*, VII, pp. 375-379; PLANAS ROSSELLÓ, A.; MUT CALAFELL, A.; URGELL HERNÁNDEZ, R.: *Documents capdals...*, pp. 242-247).

<sup>72</sup> PLANAS ROSSELLÓ, A.; MUT CALAFELL, A.; URGELL HERNÁNDEZ, R.: *Documents capdals...*, pp. 260-261.

<sup>73</sup> Se han conservado numerosos ejemplares de esta obra de difícil catalogación. Pueden consultarse los de la Biblioteca de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (sig. 5.082) o la Biblioteca Pública de Mallorca (sig. J. Serra 24.028).

rias en las que regula su sucesión y una determinación del *Gran i General Consell* de 10 de enero de 1701, que dispone que se lleven a cabo las demostraciones de júbilo por el nuevo rey. El documento más reciente es una relación acerca del juramento por los monarcas de los privilegios del Reino de Mallorca, elaborada por los jurados el 28 de diciembre de 1701, con la intención de solicitar una nueva confirmación a Felipe V. La discordancia de fechas y el hecho de que la recopilación no lleve una paginación corrida, parecen indicar que se trata de una colección formada por impresos de distintas épocas, que fueron encuadernados conjuntamente para su venta. En todo caso, su formación debió ser motivada por el temor a que los antiguos privilegios pudieran ser conculcados a raíz del cambio de dinastía.

La obra de Moll constituyó, por tanto, la única fuente impresa que facilitó un conocimiento amplio del Derecho del reino. En esta circunstancia, no es de extrañar que los juristas mallorquines descuidasen la aplicación del Derecho propio. Pero el fenómeno no es exclusivo de Mallorca: en la Cataluña del siglo xvii, donde la situación de las fuentes era mucho mejor, por la existencia de sucesivas recopilaciones impresas y de una abundante literatura jurídica, autores como Oliba o Ferrer Nogués denunciaban el mismo problema<sup>74</sup>.

En el siglo xviii los abogados mallorquines raras veces invocaron disposiciones de Derecho propio distintas a las contenidas en la recopilación de Moll. Como manifestaba el catedrático de la Universidad Literaria de Mallorca Buenaventura Serra y Ferragut (1728-1784) en sus *Reflexiones críticas sobre el estado presente de la Jurisprudencia*, pensaban que el único Derecho de Mallorca era el Derecho común y, todo lo más, las escasas particularidades contenidas en aquel libro, aunque «con ser tan breve, apenas hay abogado que lo estudie ni lo mire, muy satisfechos con su derecho común»<sup>75</sup>.

En cambio, tras la Nueva Planta, como consecuencia del nuevo concepto de poder político, que identificaba plenamente la soberanía con el monarca, se produjo una amplia difusión de las normas emanadas del rey y su Consejo. A partir de entonces, las nuevas leyes generales del reino fueron impresas y difundidas en toda España. En contraste con la época de los Austrias, la monarquía puso ahora su empeño en una adecuada publicación y eficacia del Derecho.

ANTONIO PLANAS ROSSELLÓ  
Universidad de las Islas Baleares

<sup>74</sup> CAPDEFERRO PLA, J.: «Joan Pere Fontanella (1575-1649?). El Dret al servei de la pàtria», *Del patriotisme al catalanisme*, pp. 63-64.

<sup>75</sup> PLANAS ROSSELLÓ, A., «El Derecho del reino de Mallorca: de la Nueva Planta a la unificación liberal», en ESCUDERO, J.A. (editor): *Génesis territorial de España*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, p. 518.

# La publicación de las leyes en el reino de Navarra durante el Antiguo Régimen

## 1. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar en el análisis del problema que nos ocupa, la publicación de las leyes en el reino de Navarra durante el Antiguo Régimen, parece oportuno poner de manifiesto los presupuestos historiográficos que informan nuestro trabajo. De esta manera, el lector podrá juzgar por sí mismo no sólo la corrección de los datos que se aportan, cuya comprobación resulta relativamente fácil, sino sobre todo la oportunidad de la interpretación dada a la institución que nos disponemos a estudiar.

Entre las múltiples posibilidades que el historiador del derecho tiene de conceptualizar el pasado, nos parece especialmente adecuada aquella que trata de comprender la historia jurídica europea como una sucesión de experiencias jurídicas<sup>1</sup>. Desde esta perspectiva, puede hablarse de la existencia hasta finales del siglo XVIII de una experiencia jurídica que encontraba su expresión más genuina en las construcciones realizadas por los juristas medievales y postmedievales a partir de los textos del *Corpus iuris* de Justiniano y de los textos del derecho canónico. Puede hablarse así de una experiencia marcada por ese *ius commune* de extensión europea-continental y, a partir del siglo XVI, también americana. Las consecuencias que se derivan de este punto de partida son numerosas, pero a los efectos que aquí interesan señalaremos solamente dos.

---

<sup>1</sup> Sobre este concepto y su empleo en el estudio de la historia del derecho vid, R. ORESTANO, *Introducción al estudio del derecho romano*, Madrid, 1998, pp. 382-396.

La primera de ellas es que la publicación de las leyes durante el Antiguo Régimen no debe ser estudiada como una mera etapa de transición hacia el moderno sistema de publicidad normativa consolidado a lo largo del siglo XIX, todavía vigente. Sin negar la existencia de continuidades históricas en éste como en tantos otros temas, la perspectiva adoptada prefiere subrayar las discontinuidades con el propósito de situar la institución estudiada en su preciso contexto histórico-jurídico, sin atender a futuros desarrollos que, además de inexistentes para la época estudiada, pudieron no llegar a darse. En este sentido, coincidimos plenamente con Lorente cuando afirma, al estudiar la publicación de las normas en el siglo XIX, que «la historia del principio de publicidad normativa no puede bucear en la historia previa a la crisis del mundo antiguo, en busca de unos supuestos precedentes destinados a introducirla»<sup>2</sup>.

La segunda consecuencia es que sólo acudiendo a las doctrinas propias de aquella cultura, la del *ius commune*, podremos comprender el sentido último de las prácticas ordenadoras de la publicación de las leyes. Sólo desde este prisma particular podremos llegar a apreciar el significado de los dos términos de la ecuación que a nosotros interesa: «publicación» y «leyes» y el resultado de su conjunción. Lógicamente, en el presente trabajo centraremos la atención en la «publicación», remitiéndonos para el segundo a la abundante y no siempre concordante bibliografía sobre el tema<sup>3</sup>. Baste ahora con recordar que la ley, entendida ésta en su sentido más amplio posible como norma escrita, no agotaba el universo jurídico navarro. No era aquél un orden legalista, aun cuando a lo largo de la Edad Moderna el papel de la ley, especialmente de la aprobada por las Cortes, fuera adquiriendo cada vez un mayor protagonismo en la vida política y jurídica del reino. Otras «fuentes del derecho» como la costumbre, la doctrina y, en último extremo, la interpretación judicial continuarían modelando desde su misma raíz el mundo jurídico preliberal<sup>4</sup>.

En la medida en que el reino de Navarra participaba de aquella misma cultura teológica y jurídica de extensión europea, las doctrinas consolidadas por teólogos y juristas en el tema que nos ocupa interesan especialmente. No existía, entonces, una doctrina propiamente navarra sobre la publicación de las leyes. Por ello, resulta metodológicamente justificado que dediquemos alguna atención a los principales problemas discutidos por la doctrina tratando de destacar las opiniones comunes existentes en la materia. En este plano doctrinal encontraremos el sentido preciso que la promulgación de las leyes tenía tanto en Navarra como en el resto de reinos y territorios que participaban de esta

---

<sup>2</sup> M. LORENTE SARIÑENA, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, 2001, p. 26.

<sup>3</sup> J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada: concepción de la potestad normativa, 1250-1350*, Madrid, 1992; con otro planteamiento de fondo, vid. E. ÁLVAREZ CORA, «Leyes y juicios en Castilla: a favor de la potestad legislativa del rey y contra la cultura jurisdiccional», *Initium: Revista catalana d'història del dret*, 13, 2008, pp. 587-638. Puede consultarse también el ya clásico E. Cortese, *La norma giuridica: spunti teorici nel diritto comune classico*, Milán, 1962.

<sup>4</sup> He intentado estudiar este problema a partir de la relación entre cultura jurídica y orden político en Navarra: RAFAEL D. GARCÍA PÉREZ, *Antes leyes que reyes. Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)*, Milán, 2008.

cultura teológica y jurídica común. Sólo partiendo de esta base podremos interpretar correctamente las actuaciones de las diferentes instituciones y autoridades navarras que participaban en la publicación de las leyes. Por ello, el análisis de esta doctrina común debe preceder al de las particularidades propias (si es que existían) de Navarra. No resulta necesario para ello centrarse en las aportaciones de juristas navarros, pues –como acabamos de señalar– no existía en este plano una doctrina jurídica navarra particular. Las opiniones de los pocos juristas navarros con obras de importancia en su tiempo, como Azpilcueta o Armendáriz, se encuadran en este marco europeo más general.

Una vez reconstruida, la doctrina relativa a la publicación de las leyes (en términos generales), pues en nuestro trabajo tiene razón de instrumento, pasaremos a estudiar los mecanismos seguidos en Navarra para la publicación de las leyes, distinguiendo a estos efectos entre las normas producidas por las Cortes y aquellas que procedían directamente de otras autoridades, incluido el rey.

El marco temporal escogido comprende los siglos durante los cuales Navarra permaneció unida a la Corona de Castilla como reino distinto y separado, esto es, entre 1515 y 1841. Se trata de una época de la historia de Navarra dotada de personalidad propia<sup>5</sup>. En este tiempo, tanto los principios como las prácticas que guiaban la publicación de las normas se mantuvieron uniformes, aunque el origen de unos y otras cabe situarlo en los siglos medievales. Únicamente en el siglo XIX, durante los pocos años en que la Constitución de Cádiz permaneció en vigor, el régimen de publicación cambió, aunque el nuevo Estado liberal mantuvo las pautas tradicionales de circulación de las normas a través de las diferentes autoridades<sup>6</sup>. La incorporación de Navarra al Estado español como provincia en virtud de la denominada Ley «paccionada» de 1841 supuso una alteración sustancial del estatuto jurídico de Navarra que afectó, lógicamente, al sistema de fuentes y al régimen de publicación de las leyes. La elección de esta fecha como término *ad quem* de nuestro trabajo parece, pues, suficientemente justificada.

## 2. LA PUBLICACIÓN DE LAS LEYES EN LA DOCTRINA TEOLÓGICA Y JURÍDICA

A lo largo de los siglos bajomedievales y, con particular intensidad, desde el siglo XVI los problemas ligados a la promulgación de la ley fueron objeto de un tratamiento cada vez más detenido por parte de juristas y teólogos. En ésta, como en tantas otras cuestiones, la atención prestada a un mismo problema desde estas dos sedes disciplinares, ponía de manifiesto la íntima relación existente en estos siglos entre la teología moral y el derecho, entre dos saberes normativos que, conservando en la mayor parte de los casos su relativa autonomía, cooperaban desde de sus particulares presupuestos a disciplinar la vida social.

---

<sup>5</sup> Por otra parte, no se conservan en el Archivo General de Navarra leyes de Cortes anteriores a 1512, año de la conquista de este reino por las tropas de Fernando el Católico.

<sup>6</sup> Vid. M. LORENTE SARIÑENA, *La voz del Estado...*, cit., cap. I.

Sintetizando un problema cuyo tratamiento detenido exigiría una atención mayor de la que podemos aquí prestarle, se puede afirmar que los problemas que la doctrina se planteaba en el siglo XVI, recogiendo una herencia de varios siglos, eran tres.

El primero de ellos apuntaba a la naturaleza jurídica de la promulgación. Los autores se planteaban si la promulgación era una parte esencial de la ley, es decir, si pertenecía a la *ratio legis* o si, por el contrario, constituía un elemento externo de ella. Unida a esta cuestión se planteaba otra, esto es, si la promulgación era necesaria para que la ley obligase o si, por el contrario, en algunos casos podía obligar una ley antes de ser promulgada. La respuesta común era que, en efecto, la promulgación pertenecía a la esencia de la ley y que ésta no podía obligar hasta que no fuese suficientemente promulgada. Siguiendo a Tomás de Aquino se argumentaba que las leyes son reglas que regulan y miden la acción humana, de manera que para poder cumplir su fin deben ser aplicadas y esto no es posible si no son conocidas por todos<sup>7</sup>. El Aquinate citaba como fuente de autoridad el Decreto de Graciano (in decretis, IV dist.) según el cual las leyes se instituyen cuando se promulgan: *leges instituuntur cum promulgantur*. La promulgación aparecía así como uno de los cuatro elementos esenciales de la ley presentes en su definición, aunque lo hiciera en último lugar<sup>8</sup>.

Existían otros argumentos tomados de las leyes civiles o canónicas que servían a los autores para justificar su postura. Desde esta perspectiva se interpretaba así un fragmento del Código de Justiniano que hacía referencia al carácter manifiesto de las leyes<sup>9</sup> y una Decretal de Inocencio IV que trataba expresamente sobre la promulgación de las leyes<sup>10</sup>.

Una vez admitida por la doctrina común, tanto en sede teológica como jurídica, estrechamente vinculadas en este ámbito, que la *promulgatio* pertenecía a la esencia de la ley y, lo que preocupaba más a los juristas, que para su

<sup>7</sup> Francisco SUÁREZ, *Tractatus de Legibus ac Deo legislatore in decem Libros distributus*, Coimbra, Didacum Gomez de Loureyro, 1612 (utilizo edición bilingüe de J. R. Eguillor Muniozguren, S.I.), Lib. I, cap. I, p. 61; Domingo DE SOTO, O.P., *De Iustitia et Iure Libri decem*, Salamanca, Andrés de Portonaris, 1556 (utilizo edición bilingüe con traducción de M. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, O.P., Madrid, 1967), Lib. I, q. 1, art. 3. p. 14; Pedro AINGO DE EZPELETA, *Resoluciones prácticas morales y doctrinales en dudas de baxas, y creces de moneda, de importancia al fuero interno y externo, político y judicial*, 1654, Madrid, pp. 60-61. Como explica este autor la publicación de las leyes humanas es requisito necesario para que obliguen «ut uno ore fatentur universi Doctores». Idem, p. 60.

<sup>8</sup> Summa Th. I, II, quaest. 90, art. 4. La conocida definición de ley que figura en este artículo es: «quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata».

<sup>9</sup> «Leges sacratissimae, quae constringunt omnia vitas intelligi ab omnibus debent, ut universi, praescripto earum manifestius cognitio vel inhibita declinent vel permissa sectentur» (Cod., I, 14, 9). Sobre el concepto de promulgación en Tomás de Aquino me remito a P. PELLEGRINO, «Il concetto di “promulgatio” nella “Summa Theologiae” di San Tommaso d’Aquino. Dal Diritto Romano al Decreto di Graziano», en *Ius canonicum*, vol. 19, n° 38, 1979, pp. 265-313.

<sup>10</sup> «Nec sit necessarium, cum constitutio solemniter editur aut publice promulgatur, ipsius notitiam singulorum auribus per speciale mandatum vel litteras inculcare; sed id solum sufficit, ut ad eius observantiam teneatur, qui noverit eam solemniter editam aut publice promulgatam» (X 1, 5, 1). Acerca de las diferentes interpretaciones que esta decretal recibió por parte de la doctrina canónica hasta el siglo XVI, vid. P. PELLEGRINO, *La pubblicazione della legge nel diritto canonico*, Milán, 1984, pp. 88-114.



obligatoriedad era requisito inexcusable que fuese promulgada, el problema que cabía plantearse era cuándo se entendía que una ley había sido suficientemente promulgada. Quizá el autor que aporta una solución más completa y sistemática sea Suárez. Argumenta este teólogo que si bien pertenece a la naturaleza de la cosa, es decir, de la ley, la exigencia de su promulgación y, en consecuencia, ésta puede decirse que es de derecho natural, el modo en que la promulgación debe llevarse a cabo corresponde al derecho positivo, ya sea al *ius civile*, al legislador o a la costumbre. Al tratamiento de la cuestión en el ámbito canónico dedica otros artículos. Sin embargo, y a pesar de remitir su tratamiento a lo dispuesto en estos derechos, Suárez no deja de apuntar algunos criterios generales, abordando para ello una cuestión que había sido ya tratada anteriormente por otros autores. El problema que desde hacía siglos se debatía en la doctrina, especialmente en la canónica, era si bastaba para entenderse suficientemente promulgada una sola publicación en la Corte del rey o en la metrópoli o si, por el contrario, eran exigibles varias publicaciones en diferentes lugares del reino. Suárez distinguía en este punto entre aquellas leyes dictadas para una comunidad inferior o menos universal y aquellas dictadas para una comunidad amplísima. En el primer caso cabía incluir las leyes municipales e incluso las dictadas para una provincia o un reino pequeño en el que existiera una sola ciudad como metrópoli o cabeza de los pueblos. En el segundo se incluían las leyes de reinos extensos formados por la unión de varias provincias o de monarquías integradas por varios reinos. En el imperio español, *Imperio Hispaniae* como decía Suárez, podían encontrarse ejemplos de todas estas leyes. En el primero de los casos citados, bastaba según nuestro autor con una única promulgación en la Corte o ciudad principal. En el segundo resultaba preciso que las leyes fueran promulgadas varias veces, pues debían promulgarse en cada una de las capitales de los reinos o provincias. Lo que aquí interesa no es sólo la solución dada al problema, sino sobre todo la razón última que inspiraba esta propuesta, pues respondía a la cuestión planteada acerca de la suficiencia de la promulgación. Para Suárez y, con él, para los autores de su tiempo, la promulgación se entendía suficiente cuando el conocimiento de la ley podía moralmente divulgarse por todo el territorio al que debía aplicarse. De ahí que en función de su extensión se viera necesario o no realizar más de una promulgación<sup>11</sup>. En el caso de Navarra, como veremos más adelante, las leyes de Cortes dictadas para todo el reino se promulgaban, al menos, en cada una de las principales ciudades del reino, es decir, en cada una de las cabezas de merindad.

Además de un argumento de razón, concurría en este caso, especialmente para las leyes civiles, lo dispuesto en una constitución de Justiniano incluida en

---

<sup>11</sup> En este sentido afirmaba Pedro AINGO DE EZPELETA, recogiendo una doctrina común, que una ley «se dira suficientemente publicada en la Ciudad, quando la mayor parte de ella, por medio humano, veridico, y autentico, huviere tenido ciertas noticias de dicha publicacion, y no antes». *Resoluciones prácticas...*, cit. p. 64.

sus *Novellae*, ampliamente comentada por la doctrina<sup>12</sup>. Entre otros, Suárez cita a Bárto, Baldo, Juan de Andrés, Nicolás de Tudeschis y Soto. Se trataba de una constitución que disponía que las leyes relativas a los testamentos obligasen a los dos meses de su publicación en la metrópoli y en las provincias. Podía afirmarse, por tanto, que conforme a derecho común, para que una ley obligase en las diferentes provincias o circunscripciones territoriales, no era suficiente con que fuese publicada en la Corte. Debía publicarse, además, en las capitales de esas regiones, provincias, o reinos. Sin embargo, cabía que el derecho propio dispusiese otra cosa. En cualquier caso debía respetarse el criterio anteriormente señalado, esto es, que su publicación fuese suficiente para que la ley, al menos moralmente, pudiese ser conocida en todo el reino<sup>13</sup>.

La tercera gran cuestión que la doctrina teológica y jurídica se había planteado desde los siglos medievales era cuándo empezaba a obligar la ley y si obligaba a aquellos que sin culpa suya la ignorasen. De manera coherente con lo afirmado anteriormente, los autores admitían generalmente que las leyes obligaban una vez hubiera transcurrido el tiempo necesario para que pudiera ser potencialmente conocida por todos sus destinatarios. Así se deducía, entre otras cosas, de lo dispuesto en la decretal anteriormente citada (X 1, 5, 1). Además, esta solución era la más razonable desde las premisas arriba señaladas. En este sentido podía afirmarse que la promulgación era un acto que se extendía en el tiempo. En el ámbito civil, y salvo que el derecho propio o el legislador dispusiese otra cosa, las leyes empezaban a obligar transcurridos dos meses desde su promulgación de acuerdo con la interpretación que los juristas medievales realizaron de la ya citada constitución de Justiniano<sup>14</sup> (Nov. 66.1). Se entendía que dos meses era un espacio de tiempo suficiente para que una ley pudiera ser conocida en todo un reino o provincia. Ahora bien, como precisaba Suárez, si en algún caso, el plazo de dos meses no era suficiente para que la ley fuera conocida en todo el reino, entonces cabía prolongarlo, hasta que se juzgase que había transcurrido el tiempo necesario para que, al menos moralmente, la ley pudiese ser conocida en todo el territorio. En este caso, la exigencia del derecho natural ya indicada se imponía sobre lo establecido por el derecho común o por los derechos propios. Este supuesto no era aplicable al reino de Navarra, pero sí, como hacía expresamente Suárez, a los territorios americanos, citando el caso de México para las leyes promul-

<sup>12</sup> «Sancimus igitur, ex illo nostras constitutiones quae pro testamentis sunt valere, ex quo manifestae in commune factae sunt, ..... manifestae, in provinciis autem ex quo directae per metropolis palam factae sunt vel postea factae fuerint, ne legum ignorance secundum quod dudum tenuit testamenta homines facientes videantur praevaricari legem ...» (Nov. 66.1). Si bien la constitución sólo se refería a las constituciones relativas a los testamentos, los autores entendieron, a partir de las palabras más generales de la rúbrica de esta constitución, que su doctrina debía aplicarse a todo tipo de leyes. F. SUÁREZ, *Tractatus de Legibus*, cit., Lib. III, cap. XVI, p. 267.

<sup>13</sup> Vid. F. SUÁREZ, *Tractatus de Legibus*, cit., Lib. III, cap. XVI, pp. 264-269.

<sup>14</sup> «Ut autem apertius adhuc causa declaretur, sancimus, si scripta fuerit huiusmodi lex, hanc post duos menses dati ei temporis valere et in republica tractari sive in hac felicissima civitate sive in provinciis, post insinuationem sufficienti hoc tempore omnibus manifestam eam constitutere, et tabellionibus eius cognoscentibus virtutem et subiectis agnoscentibus legemque servantibus.»

gadas en la metrópoli<sup>15</sup>. Por otra parte, y en la medida en que el destinatario de la ley era la comunidad y no cada individuo en particular, no resultaba exigible que se comunicase particularmente a cada persona, empresa que resultaba en cualquier caso imposible<sup>16</sup>.

En sus *Additiones* a la Recopilación de leyes de Navarra, Armendáriz trata acerca del problema de la *vacatio legis* (sin referirse a ello con este nombre), pero se limita a seguir en este punto lo escrito por Menochio sin aclarar cuál era el régimen aplicable en Navarra. Así, después de afirmar que las leyes regias ligan desde que se tiene noticia de su promulgación, sin necesidad de que haya transcurrido el citado plazo de dos meses («Leges Regiae incipiunt ligare cives statim ac earum promulgationis notitiam habuerint. Menoch. de arbitr[ariis iudicium quaestionibus]. lib. 2. cent. 2. casu 185. num. 44, fol. mihi 180 & sic absq; eo quòd sit lapsum tempus duorum mensum»), Armendáriz se remite a la regla tomada de las *Novellae*, de la que también se hace eco Menochio (núm. 7. folio 179, columna 4), según la cual las leyes regias no comienzan a regir hasta pasados dos meses desde su promulgación (alias regula est, quòd leges Regiae non ligant donec lapsum sit tempus bimestre post earum promulgationem)<sup>17</sup>. El jurista navarro no aclara, pues, si en Navarra regía o no la regla establecida por el derecho común. Por nuestra parte, no hemos encontrado en ninguna de las ordenes de publicación que hemos visto incorporadas a leyes y demás disposiciones, referencia alguna a la necesidad del transcurso de un plazo de tiempo desde el acto de promulgación para que la norma comenzara a regir. Sin embargo, del tenor de las palabras con las cuales se ordenaba la publicación cabe deducir más bien la vigencia inmediata en Navarra de las leyes desde que se tenía conocimiento de su promulgación<sup>18</sup>.

Ahora bien, el problema que entonces se planteaba era si la ley obligaba a quien sin culpa por su parte ignorase su existencia. En este punto, Suárez, que en buena medida recoge la tradición anterior, explica que la ignorancia no culpable excusa el cumplimiento de la ley mientras ésta permanezca, pero ello no impide la obligatoriedad de la ley desde su promulgación suficiente<sup>19</sup>. Quizá

<sup>15</sup> F. SUÁREZ, *Tractatus de Legibus*, cit., Lib. III, cap. XVIII, p. 274. El problema era más teórico que real, pues las leyes dictadas para regir en América se promulgaban también en aquellas tierras, por lo que el tiempo de dos meses podía en muchos casos ser suficiente.

<sup>16</sup> Idem, cap. XVI, p. 265. En este sentido, una Real Provisión del Consejo de Navarra de 8 de noviembre de 1715 ordenaba la publicación de una provisión anterior en la ciudad de Pamplona «con la solemnidad que es de costumbre» de manera que «hecha la publicación comprenda a todos sin ninguna exceptuación como si en propias personas se les intimara». Archivo General de Navarra (AGN), Tribunales Reales, Archivo Secreto, tít. 6, fajo 1, nº 9.

<sup>17</sup> *Proemium in additiones licenciati Armendariz ad leges regias Regni Navarrae per eum collectas*, f. 1v, en *Las leyes del Reino de Navarra a suplicacion de los tres Estados del dicho Reyno concedidas y juradas por los señores Reyes del, recopiladas por el Licenciado Armendariz*, Pamplona, Carlos de Labayen Impressor, 1614.

<sup>18</sup> Vid. por ejemplo, la fórmula por la que se ordena la publicación reproducida en la nota 16.

<sup>19</sup> SUÁREZ defiende esta tesis frente a quienes simplemente afirmaban que la ley no obligaba a quienes la ignoraban, aunque reconocía que la discusión era sólo verbal. SUÁREZ conciliaba ambas tesis distinguiendo entre una obligación en acto primero, que afectaba a todos y otra en acto

éste sea uno de los puntos en los cuales se manifiesta con mayor claridad el contraste entre la cultura jurídica premoderna y la actual. Allí –se podría decir– la ignorancia de las leyes sí excusaba de su cumplimiento. Sería interesante poder comprobar el funcionamiento de este principio en las causas judiciales, pero ello exigiría una investigación cuya dificultad excede en estos momentos nuestras posibilidades. Sin embargo, de la lectura de los mandatos de publicación cabe deducir la presencia implícita de este principio. En la mayoría de ellos se justificaba la publicación con el argumento de que así la ley o disposición en cuestión sería manifiesta a todos y nadie podría alegar ignorancia<sup>20</sup>.

### 3. LA PUBLICACIÓN DE LAS LEYES EN NAVARRA

La doctrina construida por la ciencia teológica y por el derecho en torno a la promulgación de las leyes, apenas sintetizada en sus aspectos más relevantes en el punto anterior, se proyectaba en cierta medida en el régimen previsto por el derecho del reino de Navarra en esta materia. En ésta, como en tantas otras cuestiones, la doctrina reflejaba y al mismo tiempo conformaba la práctica institucional. Se trataba –merece la pena recordarlo– de una doctrina común a los diferentes reinos europeos, no específica, por tanto, de ninguno de ellos. Sin embargo, ello no impedía que el derecho propio de cada reino estableciera normas particulares. En el caso de Navarra no hemos encontrado una regulación particular de la publicación de las leyes que permita hablar de un régimen especial en este ámbito. Sí existían prácticas consolidadas por el tiempo, que –como veremos a continuación– quedaban reflejadas en muchos casos en los cuadernos de leyes del reino, o en las cédulas y demás disposiciones normativas, y que concretaban en el plano institucional las concepciones doctrinales más comunes a las que ya hemos hecho referencia. A la reconstrucción de estas prácticas van dirigidas las páginas siguientes.

Hasta ahora hemos estado hablando de leyes, sirviéndonos de este término en su sentido más genérico, tal y como era también utilizado por la doctrina, como derecho escrito, por oposición a la costumbre o *lex non scripta*. Sin embargo, para nuestro trabajo conviene ahora intentar precisar algo más el significado del término ley. Así, y a efectos meramente expositivos, cabe diferen-

---

segundo que excusaba de la primera a quienes ignorasen la ley. F. SUÁREZ, *Tractatus de Legibus*, cit., Lib. III, cap. XVIII, p. 277. En el sentido apuntado por Suárez, afirmaba Pedro AINGO DE EZPELETA, citando a Tomás SÁNCHEZ, Juan AZOR y Enrique VILLALOBOS, que los que ignoran la ley no puede decirse que no estén sometidos a su obligación sino que «mientras la ignoran invincibiliter, están excusados de la culpa, y pena de la transgression», lo cual, añade en otro momento este teólogo, «constat aperte ex utriusque iuris dispositionibus». *Resoluciones practicas...*, cit. p. 67. Sin embargo, señalaba este autor, el que alegaba ignorancia debía probarla.

<sup>20</sup> «Hemos mandado publicar y pregonar las presentes [ordenanzas] en las ciudades y villas y cabo de merindades de este nuestro Reyno a fin que a todos sea notorio y dellas ignorancia ninguno alegar ni pretender pueda». Ordenanzas de la Reina D<sup>a</sup> Juana y de su hijo D. Carlos sobre misas nuevas, bautizos bodas y enterramientos, 1517. AGN, Tribunales Reales, Archivo Secreto, tít. 6, fajo 1.

ciar, en el ámbito de la producción normativa navarra durante el Antiguo Régimen, entre las normas aprobadas por el rey en Cortes y las demás disposiciones normativas, provenientes directamente del rey a través de sus Consejos, principalmente del Consejo de Navarra, o de las demás autoridades del reino de Navarra en el ejercicio de sus respectivas jurisdicciones: el Consejo y Corte Mayor, los ayuntamientos, los valles, etc. Ciertamente, no resulta posible para este tiempo realizar una caracterización formal y precisa de la ley como fuente del derecho esencialmente distinta de otras fuentes jurídicas, y mucho menos concebirla dentro de un sistema de jerarquía normativa. Sí resulta posible, por el contrario, llevar a cabo una aproximación «fenomenológica» a la ley, a partir del uso que las principales instituciones del reino y los mismos juristas realizaban de esta categoría. Es en este sentido en el que nos permitimos distinguir aquí las leyes aprobadas por el rey en Cortes de las demás disposiciones normativas escritas. Para los tres Estamentos –como podremos comprobar– esta distinción resultaba de una enorme importancia, pues a lo largo de la Edad Moderna no dejaron de reclamar la exclusividad en la aprobación de leyes que fueran de aplicación general en todo el reino. Para nuestro trabajo tiene un sentido más bien instrumental en la medida en que permite diferenciar la publicación de las leyes y demás disposiciones aprobadas en Cortes del resto de normas que regían la vida del reino.

### 3.1 LA PUBLICACIÓN DE LAS LEYES DE LAS CORTES DE NAVARRA

Establecidas a finales de la Edad Media, las Cortes de Navarra asumieron a partir del siglo XVI un creciente protagonismo en el gobierno del reino. Desde la perspectiva de sus tres principales Estados, el cometido principal de las Cortes era la conservación y desarrollo del derecho del reino, a través del expediente del reparo de agravios y de las peticiones de leyes que, una vez aprobadas por el rey a través de su lugarteniente en el reino, el virrey, y publicadas, adquirirían naturaleza de tales. No es éste el lugar para llevar a cabo un estudio detenido del proceso de elaboración y aprobación de las leyes, ni para analizar el papel atribuido a los diferentes poderes sociales en este cometido, central para el gobierno del reino. Se trata de un problema que, además de exceder el tema de este trabajo, ha sido ya tratado con acierto por otros autores<sup>21</sup>. Sin embargo, sí parece oportuno centrar nuestra atención en dos cuestiones particulares de este proceso legislativo navarro, relacionadas de alguna manera con la publicación de las leyes: la facultad reconocida a las Cortes de participar en la formación de la patente de leyes que debía presentarse para la firma por el virrey antes de su publicación y la pretensión de las Cortes de controlar la impresión de las leyes del reino, así como el papel que, en este contexto, las

---

<sup>21</sup> Además de la obra citada en la nota siguiente vid. A. FLORISTÁN IMÍZCOZ, «Las Cortes de Navarra después de la conquista: renovación e innovación institucional en el siglo XVI», en *Les Corts a Catalunya. Actes del Congrés d'Història Institucional*, Barcelona, 1991, pp. 335-338. Permítaseme reenviar al lector también a Rafael D. GARCÍA PÉREZ, *Antes leyes que reyes...*, cit., pp. 418-442.

recopilaciones desempeñaron en la publicidad de las leyes. Después de tratar ambas cuestiones, abordaremos propiamente la publicación de las leyes de Cortes en Navarra.

### 3.1.1 La formación de la Patente de leyes y la impresión de los cuadernos

En un trabajo de 1972 publicado en este mismo Anuario, Fernando de Arvizu estudió a partir de algunos documentos conservados en el Archivo General de Navarra y de las Recopilaciones del reino, la facultad reconocida a las Cortes no sólo de impedir que una ley aprobada por el rey fuera finalmente publicada y, por tanto, entrara en vigor, sino también de decidir acerca de la no inclusión en la patente de leyes, que debía ser sometida a la firma del rey, o del virrey en su lugar, de aquellos pedimentos que no hubiesen sido concedidos o que lo hubiesen sido en términos diferentes de los solicitados.

Como señala Arvizu, el proceso de producción legislativa en las Cortes del reino era relativamente sencillo. Los Estados presentaban al rey los pedimentos de leyes y los agravios que debían ser reparados. Concluida la reunión en Cortes y cerrado el solio, los tres Estados elaboraban unos roldes con los pedimentos concedidos que a través de la Diputación pasaban al protonotario. Éste los remitía al virrey que, una vez asesorado por el Consejo Real, firmaba la Patente, quedando así sancionadas las leyes. El decreto final del virrey era rubricado por dos consejeros que le asesoraban en las Cortes y refrendado por el protonotario. Tras ello se procedía a su publicación. En ocasiones, el virrey incluía leyes de visitas u otras ordenanzas no aprobadas por los tres Estamentos, lo cual provocaba la petición de agravio en las siguientes Cortes<sup>22</sup>.

Ahora bien, en las Cortes de 1569 los tres Estados lograron que el rey les reconociera una facultad de la que hasta entonces no gozaban (al menos hasta donde llega mi información), esto es, que las leyes y ordenanzas «otorgadas á pedimento de los tres Estados dél, no se impriman, ni manden imprimir sino es a pedimento de los mismos tres Estados, y Reino, ó Sindicos dél: y que en lo que se imprimiere, no se ponga sino solo lo que se huviere otorgado, concedido, y reparado por suplicacion, pedimento de Ley, ó reparo de agravio». Además, solicitaban que los pedimentos denegados no se imprimiesen<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> F. DE ARVIZU Y GALARRAGA, «Sanción y publicación de leyes en el Reino de Navarra», en *AHDE*, XLII, 1972, pp. 733-744. Vid. también M<sup>a</sup> I. OSTOLAZA, *Las Cortes de Navarra en la etapa de los Austrias (s. XVI-XVII)*, Pamplona, 2004, p. 47. A partir de 1561-1565 quedó establecida la práctica de la presentación de los Cuadernos de leyes como una única provisión real, con un protocolo inicial y final. *Idem*, pp. 71-72.

<sup>23</sup> Ley 51 de las Cortes de Pamplona de 1569, en *Novissima Recopilación de las leyes del reino de Navarra* (en adelante, NR), lib. I, tít. III, ley 22. Edición realizada por la Diputación Foral de Navarra conforme a la obra de Joaquín de Elizondo de 1735, vol. I, Pamplona, 1964. La práctica de imprimir las leyes de Cortes había comenzado poco tiempo antes. La primera impresión de los cuadernos de leyes se debe al secretario de las Cortes, Juan de Dicastillo, que consiguió del virrey y del Consejo la licencia de venta del cuaderno legislativo correspondiente a las Cortes de 1553. El encargo de impresión se encomendó a un estellés, Adrián de Amberes. El siguiente cuaderno, correspondiente a las Cortes de 1556-57, fue elaborado y editado por el secre-

Lo conseguido por el reino en esta ocasión sería completado siglo y medio después. Como acabamos de ver, en las Cortes de 1569 no se decía nada respecto de la posibilidad de excluir de la patente leyes concedidas conforme a lo solicitado por los Estados. Esta facultad, que reforzaba todavía más el control de los tres Estados sobre el proceso de perfección de las leyes, impidiendo en su caso la impresión y posterior publicación de aquellas que, habiendo sido aprobadas no interesaran al reino, se reconoció formalmente siglo y medio después, en las Cortes de Estella de 1724-1726. Felipe V accedió en esta ocasión a que, contra la pretensión del virrey, en la patente de leyes no se incluyen algunos pedimentos aprobados relativos a la insaculación de particulares en las bolsas de Tudela, Sangüesa, Viana, Tafalla, Miranda y Villafranca<sup>24</sup>.

A finales de siglo, en las Cortes de 1781, se planteó un problema similar con el virrey, que terminó también con una resolución del rey favorable a las pretensiones de la Diputación. En efecto, con fecha de 17 de marzo de 1781, el virrey de Navarra dirigió a los tres Estados una carta del Secretario de Estado de Gracia y Justicia en la que disponía que se formase la patente de leyes sin omitir «ningunos pedimientos ó resoluciones tomadas», pues resultaba importante para el futuro «tener completa noticia de todo lo pedido y resuelto, concedido ó negado»<sup>25</sup>. Las Cortes decidieron entonces dirigir sus protestas directamente al rey, además de poner en movimiento a sus protectores en la Corte para que se conservase la facultad que hasta entonces el reino había tenido de incluir en la patente de leyes los pedimentos que estimasen convenientes. En su representación al rey, que lleva fecha de ese mismo día 17 de marzo, los tres Estados explicaban el *iter* procedimental que por derecho propio se seguía en las Cortes en la formación, aprobación y publicación de las leyes<sup>26</sup>. Entre otras cosas afirmaban el derecho del reino a no publicar aquellos pedimentos que no fueron aprobados por el rey en los términos en que fueron formulados. Además, defendían, amparándose en la concesión realizada en Cortes por el rey en el siglo XVI arriba referida (NR, lib. I, tít. III, ley 22), el control sobre la impre-

---

tario Miguel de Azpilcueta, a quien se concedió también licencia de impresión y venta. M<sup>a</sup>. I. OSTOLAZA, *Las Cortes de Navarra...* cit., pp. 68-69.

<sup>24</sup> *Cuadernos de las leyes y agravios reparados* (edición de la Diputación Foral de Navarra), I, Pamplona, 1964, p. 145. Se hace eco de esta «victoria» de los tres Estados, F. DE ARVIZU Y GALARRAGA, «Sanción y publicación...», cit., p. 734, n. 2. En su representación al rey de 7 de abril de 1726, la Diputación, después de apelar a la citada ley de las Cortes de 1569, afirmaba que «aún después de despachadas las Patentes de las Leyes, y pedimentos admitidos, se permite al Reyno tratar de la revocación o enmienda que juzgase necesaria, como se vé en las patentes de los años 1632, 1646, 1654, 1678 y otras antecedentes y posteriores». AGN, Reino, Cortes, leg. 8, carp. 9.

<sup>25</sup> Actas de las Cortes de Navarra, 1780-1781, libros 11 y 12, Pamplona, 1995, p. 406 [edición de L. J. Fortún Pérez de Ciriza].

<sup>26</sup> «... dirigiéndose sus solicitudes à beneficio de estos [los naturales del reino], mientras Vuestra Magestad no se digna condescender, no puede considerarse al Reyno sujeto à hacer publicar un memorial presentado al trono que no mereció la soberana deferencia en el modo con que concivó la suplica». Idem, pp. 407-408.

sión de las leyes, pues sólo podía realizarse a petición de los tres Estados<sup>27</sup>. Finalmente, como hemos adelantado, el rey decidió ceder en este punto, reconociendo las reivindicaciones de los tres Estados<sup>28</sup>.

Tanto en éste, como en el conflicto anterior, además del recurso a la argumentación jurídica y política, y a las influencias favorables con que pudiese contar en la Corte, la Diputación hacía uso de su capacidad de disponer del donativo, que con tanta urgencia necesitaban las arcas reales. En este caso, la negativa del virrey a firmar la patente que le había pasado la Diputación suponía que tampoco la ley que aprobaba el donativo pudiese ser impresa y publicada. La necesidad de la publicación para que una ley fuese tal, de acuerdo con la doctrina jurídica común arriba referida, impedía, por tanto, que la recaudación se llevase a efecto. Lo expresa con singular claridad la Diputación en el oficio de 1 de septiembre de 1781 que dirigió a los valles ordenando la suspensión de la recaudación del donativo. El motivo alegado resulta de interés para nuestro trabajo. En palabras de la Diputación «la ley del Servicio no lo es, así como ninguna otra, ni merecen tal nombre antes de publicarse»<sup>29</sup>. Es decir, la publicación era un elemento constitutivo, esencial, de la ley y no un accidente externo ligado únicamente a su mayor o menor eficacia. No bastaba, pues, su aprobación por el rey para su constitución. Además, debía ser publicada y en este proceso los tres Estados habían conseguido que el propio monarca les reconociera un papel fundamental.

La impresión de las leyes de Cortes, a partir de la edad moderna, era un paso previo a su publicación. Es más, podría afirmarse que el objetivo último de la impresión no era otro que facilitar un conocimiento seguro de las leyes a un sector grande de la población, comenzando lógicamente por las autoridades que debían aplicarlas. Así lo exponían los tres Estados en 1569 al pedir la impresión de las leyes solicitadas y otorgadas en Cortes «para que todos sepan qué se há ordenado, y qué es lo que á cerca de ellas deben hacer, y guardar»<sup>30</sup>. Por su parte, las ciudades con alcaldes tenían la obligación de comprar las ediciones impresas de leyes<sup>31</sup>. Sin embargo, y aun cuando la impresión fuera, a partir de la mitad del siglo XVI, un paso previo a la publicación, no cabe identificar ambos actos, pues era posible ésta sin aquélla. En concreto, tras el conflicto entre el reino y la diputación con motivo de la firma de la patente de las leyes aprobadas en las Cortes de 1781 que acaba-

<sup>27</sup> Idem, p. 408.

<sup>28</sup> El virrey comunicaba a las Cortes mediante carta de 28 de marzo de 1781 que el rey había dispuesto que se siguiese la práctica observada hasta ese momento. Idem, p. 423.

<sup>29</sup> AGN, Actas de la Diputación de Navarra, t. XX, ff. 119v-120r.

<sup>30</sup> Ley 51 de las Cortes de Pamplona de 1569, NR. lib. I, tít. III, Ley 22.

<sup>31</sup> El proceso de elaboración e impresión de las leyes fue expuesto con claridad por los tres Estados en las Cortes de 1662. Según lo dispuesto por el derecho del reino «las leyes de este Reino, se han hecho, y hacen á pedimento de los tres Estados, y concession de vuestra Magestad, sin que se puedan hacer de otra manera Leyes generales; y admitidas por el Reino, se han hecho, y hacen imprimir á pedimento de los tres Estados dél, ó la Diputación, y hecha, y efectuada la impresion, las Ciudades, Buenas Villas, Valles, y Lugares, donde huviere Alcaldes, deben tomar las que assi se imprimieren, para su mejor gobierno, y observancia». NR, lib. I, tít. III, ley 31.



mos de ver, la Diputación comunicó al virrey que con el objeto de ganar tiempo, y sin que sirviese de precedente, había decidido que la patente se publicase directamente sin imprimir en las cabezas de merindad y en Pamplona<sup>32</sup>. Sin embargo, no era esto lo habitual, como se desprende del cuidado que la Diputación puso en esta ocasión de que lo actuado no sirviese como precedente.

### 3.1.2 Las recopilaciones como instrumento de publicidad de las leyes

La impresión tras el cierre del solio de los cuadernos de leyes y agravios reparados en las Cortes no logró resolver uno de los más graves problemas a los que se enfrentó el derecho durante el Antiguo Régimen, esto es, el de su conocimiento. Y ello no sólo porque las leyes aprobadas en Cortes constituían sólo una parte, si bien cada vez más relevante, del derecho del reino, sino también porque con el paso del tiempo no era fácil localizar estos cuadernos ni integrarlos con las demás fuentes del derecho propio de Navarra para encontrar con facilidad las normas que regulaban una determinada materia. De esta manera, aprovechando la difusión de la imprenta, se generalizó a partir del siglo XVI la realización de recopilaciones de leyes de los diferentes reinos de la monarquía, y Navarra no fue una excepción.

No procede aquí realizar un estudio de las recopilaciones navarras<sup>33</sup>, pero tampoco podemos pasar por alto este importante fenómeno en la medida en que las recopilaciones fueron un importante cauce de publicidad de las leyes, si bien no constituyeran el acto formal de publicación de éstas. Condicionados por nuestra mentalidad moderna, podríamos pensar que sólo el acto formal de publicación de las leyes, del que trataremos en el siguiente epígrafe, resultaba jurídicamente relevante. Sin embargo, conviene tener en cuenta lo dicho más arriba respecto de la exención que la ignorancia no culpable de la ley provocaba. Desde esta perspectiva amplia, las recopilaciones pueden verse también como mecanismos, si no de publicación, sí de divulgación de las leyes, y podían, en este sentido, desempeñar un papel incluso más relevante que la publicación formal en la difusión de su conocimiento entre las autoridades y la población navarra<sup>34</sup>.

Las primeras recopilaciones de leyes del reino no fueron impulsadas por las Cortes sino por el Consejo de Navarra o por algunos juristas del reino. Entre ellas cabe situar las conocidas como Ordenanzas viejas de los licenciados Balanza y Pasquier, de 1556-1557 y la realizada por este último en 1567,

<sup>32</sup> F. DE ARVIZU Y GALARRAGA, «Sanción y publicación...», cit., p. 743, n. 16.

<sup>33</sup> Para una exposición general del tema vid. M. GALÁN LORDA, *Historia de los fueros de Navarra*, Pamplona, 2007, pp. 122-138. Sobre las recopilaciones de los siglos XVI y XVII, vid. M<sup>a</sup> I. OSTOLAZA, *Las Cortes de Navarra...*, cit., pp. 77-85.

<sup>34</sup> SUÁREZ distingue en su tratado entre publicación y divulgación de las leyes, refiriéndose lo primero al acto formal que perfecciona la ley y lo segundo a los diferentes medios a través de los cuales, una vez realizada la publicación de manera oral o escrita, ésta llegaba a conocimiento de aquellos que no habían podido estar presentes en el acto de publicación. F. SUÁREZ, *Tractatus de Legibus*, cit., Lib. III, cap. XVI, p. 265.

ampliando la primera. El resultado no fue muy satisfactorio, sobre todo para el reino que vio que en los reparos de agravios no se incorporaba la petición del reino y, además, se incluían numerosas disposiciones que no habían sido aprobadas en Cortes: ordenanzas, leyes de visitas, aranceles, etc, y se omitían otras. Las Cortes decidieron entonces impulsar una recopilación de leyes del reino que encomendó en 1576 a los síndicos del reino. Estos la concluyeron en 1593 y fue impresa en 1614.

Los preámbulos justificativos de las diferentes recopilaciones dan fe suficiente de su necesidad y de la misión que cumplían en la difusión del derecho del reino. En la Recopilación de los síndicos se afirmaba, además, la insuficiencia del sistema tradicional de impresión y publicación de los diferentes cuadernos. Para Sada y Murillo, el trabajo que habían realizado solucionaría

«la confussion, que sin culpa de V.S. Ilustrissima [los tres Estados del reino] hasta agora han tenido [las leyes hechas por el rey en Cortes], por andar sin orden y concierto, sembradas en quadernos à parte, que segun el numero de las Cortes, en que se hazian, se imprimian y publicavan. De que quiza, y tambien de la falta de los dichos quadernos, resultava la ignorancia de nuestras Leyes.<sup>35</sup>»

Como los síndicos se encargaban de aclarar, la Recopilación no añadía autoridad alguna a las leyes en ella contenidas, que en su momento habían sido ya sancionadas y convenientemente publicadas. Su función era únicamente la de facilitar su conocimiento. Sin embargo, a pesar de la aparente modestia de las pretensiones de la Recopilación, lo cierto es que su trascendencia en la vida política y jurídica del reino era mucho mayor de lo que a primera vista pudiera parecer, pues su utilización se impondría en la práctica de los tribunales y en las decisiones de gobierno, sustituyendo en muchos casos los cuadernos de leyes. Así, en la licencia de venta de esta Recopilación firmada por el secretario del Consejo de Navarra, Pedro de Zunçarren, se da fe de que el Consejo ha ordenado a «las ciudades, buenas villas, valles, y lugares del dicho Reyno» donde hubiera alcaldes que tomaran «este libro de las Leyes del dicho Reyno, para mejor gobierno de los dichos pueblos».

No sorprende, por tanto, el interés de los tres Estados por controlar la elaboración de cualquier Recopilación de las leyes de Navarra. Para ello los diputados interpretaron a su favor la concesión del rey en las Cortes de 1569 a la

---

<sup>35</sup> Pedro DE SADA y Miguel MURILLO Y OLLACARIZQUETA, *Las leyes del Reyno de Navarra hechas en Cortes generales, a suplicacion de los tres Estados del, desde el Año 1512 hasta el de 1612*, Pamplona, Nicolas de ASSIAYN, 1614. Dedicatoria a los tres Estados del Reyno de Navarra. En el prólogo, los síndicos abundaban en esta idea. Después de enumerar las diferentes reuniones de Cortes celebradas desde la unión de Navarra a Castilla, con la correspondiente relación de virreyes, escribían: «En todas estas Cortes los tres Estados deste Reyno han ydo pidiendo Leyes conuinientes al buen gobierno, y se le han ydo concediendo por los Virreyes con poder especial, que han tenido de los Señores Reyes: Pero aquellas y otras ordenadas à suplicacion de los tres Estados por cedula particular de los Reyes, han ydo tanto en crecimiento, que han dado cuydado al Reyno. Y no tanto por esso, quanto tambien porque andavan esparcidas en quadernos particulares, sin orden y concierto alguno».

que nos hemos referido anteriormente. La ocasión fue provocada por la publicación de la Recopilación de las leyes de Navarra del licenciado Armendáriz<sup>36</sup>. Los Estados del reino lo presentaron como agravio en las Cortes de 1617, logrando del virrey un decreto en virtud del cual se ordenaba que se cambiara el título a la obra de Armendáriz pasando a llamarse «Repertorio y Sumario de leyes deste Reino», y en calidad de tal se vendiera y utilizara<sup>37</sup>. Hay que tener en cuenta, además, que los tres Estados habían ya encomendado a los síndicos la elaboración de la recopilación de leyes del reino.

El interés de los Estados por disponer, en la medida de lo posible, del control del proceso de producción y difusión de las leyes del reino se puso de manifiesto con especial claridad con motivo de la elaboración de la Recopilación encomendada por las Cortes al licenciado Chavier. La presentación de un texto de esta naturaleza que recogiese todas las leyes aprobadas en Cortes respaldaba la política adoptada tiempo atrás por los tres Estados de intervenir en la elaboración de cualquier ley de carácter general. Si bien este principio no fue nunca aprobado formalmente por el rey, la formación bajo la supervisión de los tres Estados de una recopilación suponía un avance considerable en esta dirección. Conviene no perder de vista que, tal y como se decía en la petición de confirmación dirigida al rey en las Cortes de 1678, los tres Estados pretendían que en adelante «se guarden, cumplan, y executen las Leyes que ván en el dicho compendio, y recopilacion, y se juzgue, y determinen por ellas todos los pleitos, y negocios que ocurrieren», prohibiéndose que tanto jueces como abogados y cualquier otra autoridad acudiesen a otros libros o cuadernos de leyes. A ello se unía la petición de que una vez impresa, quedara un ejemplar de la Recopilación, como era habitual con las leyes impresas, en el Consejo, en la Cámara de Comptos y en la Diputación, y que cada pueblo con más de veinte habitantes, así como los abogados, secretarios del Consejo y demás oficiales que trabajaban en la administración de justicia recibiesen un ejemplar de la Recopilación de acuerdo con la tasación realizada por el Consejo<sup>38</sup>.

El motivo último alegado por los Estados del reino para justificar la Recopilación no era otro que la necesidad de que las leyes fueran conocidas, es decir, que fuesen «públicas, y manifiestas, y clara su inteligencia»<sup>39</sup>. Una vez más, la publicidad de las leyes, entendida en sentido amplio, aparecía ligada al fenómeno recopilador, uno de los más significativos posiblemente de la evolución del derecho durante la Edad Moderna.

Con el mismo objetivo encomendaron los tres Estados al síndico del reino, Joaquín de Elizondo, la elaboración de una nueva recopilación de leyes que se

---

<sup>36</sup> *Recopilacion de todas las leyes del Reyno de Navarra a suplicacion de los tres Estados del dicho Reyno concedidas, y juradas por los señores Reyes dél*, Pamplona, Carlos de Labayen Impressor, 1614.

<sup>37</sup> NR, lib. I, tít. III, ley 23.

<sup>38</sup> NR, lib. I, tít. III, ley 25.

<sup>39</sup> Idem.

publicaría en 1735 recogiendo –como rezaba su portada– las leyes de Navarra hechas en Cortes desde 1512 hasta las Cortes de 1716 inclusive<sup>40</sup>.

En ocasiones, ni siquiera la realización de recopilaciones servía para paliar el desconocimiento general que existía de las leyes existentes en una materia. Éste era el caso, por ejemplo, de las leyes aprobadas en Cortes relativas a cañadas y pasos de ganado, fuente continua de conflictos entre los ganaderos y los lugares a través de los cuales pasaban los ganados. Para poner remedio a esta ignorancia se imprimió en 1608 un cuaderno que reunía la normativa navarra sobre la materia. Las palabras del síndico dando la aprobación de las Cortes a este cuaderno y la introducción con que iniciaba esta recopilación sectorial dan fe de estos extremos. Murillo de Ollacarizqueta, síndico de Navarra, alababa la iniciativa indicando que la publicación se hacía, entre otras cosas, para que «nadie se pueda excusar con la ignorancia de las dichas leyes». Sobre todo –añadía el síndico– se evitarían muchos desórdenes que traían causa precisamente de esta ignorancia. En este punto insistía la explicación «Al lector» que inauguraba el «Quaderno», si bien aclaraba que en sentido estricto «esta ignorancia no releva (sic)», pues se trataba de leyes que habían sido hechas en Cortes a petición de los tres Estados «y publicadas en los lugares acostumbrados». Es decir, se trataba de leyes que obligaban a todos. Sin embargo, tampoco podía negarse que «la publicación dellas no llega a noticia de todos, señaladamente de las personas que en estas quexas pueden ser culpadas». Aunque no lo dijera expresamente, esta ignorancia excusaba las más de las veces su cumplimiento, en la medida en que no resultaba culpable. Implícitamente parece aludir a ello el texto cuando trata de explicar esta ignorancia señalando «no ser de su profesion en los mas dellos el atender a estas cosas». A esto se sumaba que las leyes que trataban de esta materia se encontraban «insertas entre otras que tratan de diferentes cosas y negocios, y en quadernos confusos, que no pueden servir, sino a los que por su profesion obligan a tenerlos». En definitiva, el autor de esta exposición al lector reconocía la imposibilidad práctica de que aquellos a quienes más afectaban las leyes relativas al paso de ganado pudiesen conocerlas. Precisamente para facilitar su conocimiento y «hazer mas inexcusable la dicha ignorancia» se procedía a la impresión y distribución de este Cuaderno<sup>41</sup>.

### 3.1.3 La publicación de las leyes de Cortes

La publicación de las leyes de Cortes se realizaba mediante pregonero en las principales plazas y mercados de las cabezas de merindad. De la efectiva ejecución de la publicación debía dar fe un escribano real, cuyo testimonio se enviaba

<sup>40</sup> Joachin DE ELIZONDO, *Novissima recopilacion de las leyes de el reino de Navarra: hechas en sus cortes generales desde el año de 1512 hasta el de 1716 inclusive*, Pamplona, Joseph Joachin Martinez, 1735. Existe una edición reciente de A. ZUBIRI JAURRIETA en dos volúmenes publicada por la Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, San Sebastián, 2009.

<sup>41</sup> *Quaderno del fuero, leyes, y patentes que ay hechas en este Reyno de Navarra, a cerca de las Cañadas, Caminos, y Passos del ganado mayor y menor*, Pamplona, 1608, en Archivo Histórico Nacional, Códices, L. 303.

al Consejo de Navarra<sup>42</sup>. Esta práctica se mantuvo hasta las últimas Cortes del reino de Navarra, celebradas en 1828 y 1829<sup>43</sup>. En ocasiones la publicación se realizaba en varias tandas, incluyendo cada una de ellas un número determinado de leyes aprobadas en Cortes<sup>44</sup>, o bien se publicaban todas ellas en varias ocasiones, aprovechando la celebración de ferias y mercados, cuando la concurrencia de gente de fuera de la ciudad era mayor, asegurándose así una mejor publicidad de las leyes<sup>45</sup>. En otros casos, la publicación de las leyes y de los reparos de agravios se realizaba de manera individualizada. Esta práctica parece ser bastante frecuente durante el siglo XVI, antes de que se generalizase la formación de cuadernos impresos de leyes y agravios<sup>46</sup>. Sin embargo, hemos encontrado ejemplares de leyes y reparos de agravios aprobados en Cortes que fueron objeto de publicación separada en el siglo XVIII. Quizá la importancia de la materia o la urgencia de su aplicación justificasen una publicación separada<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> En los cuadernos de leyes y agravios quedaban incorporados, en sus últimas páginas, estos testimonios. Así se lee, por ejemplo, en el cuaderno correspondiente a las Cortes celebradas en Estella entre 1724 y 1726: «Doy fe, y testimonio yo Francisco de Echeverria, Escribano publico, y Real por el Rey Nuestro Señor en todo este su Reyno de Navarra, que en los días 23, 24, 25, y 26, y el presente de 27, del corriente mes de Septiembre, se han publicado en mi presencia en esta Ciudad de Pamplona, en los puestos mas publicos, y acostumbrados, por Juan Martinez de Urrunaga, y Pedro de Lago, Nuncios, y Pregoneros publicos de ella, precediendo son de Clarin, las Leyes, y Reparos de Agravios establecidas à suplicacion de los Tres Estados de este Reyno, en las Cortes, que se han celebrado en la Ciudad de Estella los años de 1724, 1725, y el presente de 26 dando à entender à todos los circunstantes en alta, è inteligible voz el contenido de dichas Leyes. Y para que conste, doy el presente: en Pamplona à 27 de Septiembre de 1726». A continuación venían los demás testimonios certificando la publicación de las leyes y agravios en Estella, Tudela, Sangüesa y Olite. *Quadernos de las leyes y agravios reparados a suplicacion de los tres Estados del reino de Navarra, en las Cortes de los años 1724, 1725, y 1726*, Pamplona, por herederos de Martínez, 1752.

<sup>43</sup> Vid. testimonios de la publicación de las leyes aprobadas en estas Cortes en *Cuadernos de las leyes y agravios reparados por los tres Estados del reino de Navarra*, II, Pamplona, 1964, pp. 546-548.

<sup>44</sup> Así se puede constatar en los testimonios de publicación de las leyes y agravios reparados en las Cortes de 1677 y 1678. Como certifica el escribano real de Pamplona el 19 de diciembre de 1678 se publicaron las leyes hasta la número 13 (página 19) del cuaderno de leyes y agravios, y dos meses después, el 11 de febrero de 1679 se publicaron las demás leyes. *Quadernos de las leyes y agravios reparados a suplicacion de los tres Estados del reino de Navarra, en las Cortes de los años de 1677 y 1678*, Pamplona, por Martín Gregorio de Zavala, 1678.

<sup>45</sup> Así lo certifica el escribano de Estella en los testimonios de publicación de las leyes de las Cortes de 1677 y 1678. La primera publicación tuvo lugar el 12 de febrero de 1679, y la segunda el 23 de febrero de ese mismo año «por ser día Lueves, que es de mercado, donde concurren los vezinos forasteros de la Merindad, para que les conste dellas las leyes, prematicas y reparo de agravios que van en este Quaderno».

<sup>46</sup> Vid. contrafuero aprobado en las Cortes de Tudela de 1549 ordenando el cumplimiento de una provisión del virrey de 1532 relativa a la sujeción de los hombres de armas a las cargas reales y concejiles, y los testimonios de su publicación en Valtierra, Estella, Olite, Sangüesa y Tudela. AGN, Reino, Legislación y contrafueros, leg. 2, carp. 7. Vid. también patente original de una ley aprobada en las Cortes de Tafalla de 1531 sobre el modo de proceder contra los delincuentes ausentes y los testimonios de su publicación en Pamplona, Sangüesa y Estella. Idem, carp. 2. En este mismo legajo se reúnen numerosas leyes del siglo XVI aprobadas en Cortes sobre las más diversas materias, con los testimonios de su publicación en todas o en algunas de las ciudades cabezas de merindad, así como en alguna otra ciudad principal del reino.

<sup>47</sup> Vid. por ejemplo, provisión de 14 de enero de 1702 ordenando publicar el reparo de agravio con sus tres réplicas y el decreto correspondiente a la tercera réplica relativo a una real cédula

La necesidad de la publicación como elemento constitutivo de las leyes, de su capacidad de obligar aparece en las actas de las Cortes desde fecha muy temprana. En 1531, los tres Estados exponían al emperador que

«en las últimas Cortes que fueron celebradas en la vuestra ciudad de Pamplona, a suplicación de los dichos tres Estados por reparo de agravio fueron asentadas ciertas leyes y ordenanzas y en nombre de V. Magestad el conde Alcaudete, Visorrey deste vuestro Reyno dió patentes y provisiones, las cuales por tener fuerza de leyes es necesario se publiquen y pregonen, porque hacer leyes de nada serviría si aquéllas no se guardasen y se publicasen. Suplican a V. Magestad dar sobrecartas y merced para publicar y pregonar por las ciudades y villas...»<sup>48</sup>.

Casi tres siglos después, a comienzos del siglo XIX, la doctrina seguía siendo la misma. Sólo tras la publicación, la ley merecía la consideración de tal. Así lo recordaba la Diputación al virrey en 1805: «Las leyes (...), que se dicen sancionadas y no publicadas no son leyes, esto es, con obligación de tales, ni de ellas se puede hacer mérito auténtico para decidir asuntos de Gobierno»<sup>49</sup>.

Antes de la publicación, el impresor entregaba al virrey la patente original y la versión impresa para comprobar su identidad. Ocasionalmente, como sucedió en 1678, el virrey suspendió el pregón alegando defectos en las leyes, lo que obligó a su repetición y a una nueva decretación en febrero de 1679. Las Cortes reclamaron contra lo que entendían que suponía un abuso del virrey<sup>50</sup>. En otros casos, como ocurrió en 1794, los tres Estados se negaron a realizar el donativo hasta que se llevase a cabo la publicación de las leyes, pues en años anteriores el virrey había pretendido que la Diputación satisficiera el donativo al tiempo que demoraba la publicación de la patente aprobada en Cortes<sup>51</sup>.

---

que obtuvieron dos naturales del reino (Juan de Goyeneche y José Vidarte) sobre el asiento de mástiles, brea y alquitrán para la construcción de buques de la armada real. Se conservan cinco ejemplares de la patente y en cada uno de ellos el testimonio de su publicación en la correspondiente cabeza de merindad. AGN, Legislación y contrafueros, leg. 11, carp. 1.

<sup>48</sup> AGN, Cortes, lib. 1 de actas, fol. 33, cit. en M. P. HUICI GOÑI, *Las Cortes de Navarra durante la Edad Moderna*, Madrid, 1963, p. 311, n. 98.

<sup>49</sup> AGN, Legislación, leg. 22, carp. 14, cit. en F. DE ARVIZU Y GALARRAGA, «Sanción y publicación...», cit., p. 737.

<sup>50</sup> M<sup>ra</sup>. I. OSTOLAZA, *Las Cortes de Navarra...*, cit., p. 89. En palabras de los tres Estados «la publicación de las leyes que es desde cuando obligan a todos a su cumplimiento no se ha podido embarazar con ningún pretexto y menos con el de las erratas de la impresión, pues aquella sólo serviría para la más pronta lectura del pregonero y en concurso del patente original, habiéndose de hacer y perficionar después de la publicación de la impresión de los cuadernos que habian de correr precediendo la comprobación del Consejo, como se refiere en la patente de su Magestad que Dios guarde y el reino no tiene representado contravención de leyes no publicadas sino el impedimento que se ha puesto a su publicación, que es en lo que se han quebrado las leyes citadas en nuestros pidimentos». AGN, Cortes, leg. 4, c. 8, cit. en M. P. Huiçi Goñi, *Las Cortes de Navarra...*, cit., p. 312.

<sup>51</sup> En 1794 las Cortes decidieron incluir en la Instrucción destinada a la Diputación una advertencia indicando que «sería de menos perjuicio obligarse a la entrega del Donativo al día inmediato al que se publican las leyes que no el dilatarlo dos o más meses después de cerrado el

Tanto en 1678 como en 1794, los tres Estados partían del presupuesto, acorde al derecho de entonces, de que la publicación constituía el último acto del proceso de elaboración de la ley. Una vez pregonada, la ley adquiría su perfección y vinculaba a todos, incluido al propio virrey, y no podía ser alterada sin consentimiento del reino.

### 3.2 PUBLICACIÓN DE OTRAS LEYES Y NORMAS

En el conjunto de la actividad desplegada por las Cortes, no se llegó a distinguir con claridad hasta 1556 entre los reparos de agravios y las peticiones de leyes. A partir de esa fecha, los tres Estados comenzarían a definir las leyes de Cortes a partir de sus dos elementos: «la petición» del reino y el decreto aprobatorio del virrey<sup>52</sup>. Unos años después, en 1561, los estados comenzaron a afirmar que en Navarra sólo se podían hacer leyes generales a suplicación o con el consentimiento de los tres Estados<sup>53</sup>. De esta manera, desde fecha muy temprana, las Cortes comenzaron a distinguir entre leyes generales, que según su interpretación del derecho del reino, sólo podían elaborarse a petición de las Cortes, y las demás disposiciones que, habitualmente bajo forma de cédula o provisión, provenían del rey o del virrey y el Consejo, de común acuerdo o por separado. Entre estas destacaban las Ordenanzas del Consejo, que habían ido formándose y creciendo a consecuencia de las diferentes visitas realizadas a este tribunal, y las pragmáticas del rey. De la publicación de estas disposiciones vamos a ocuparnos en este epígrafe. A ellas habrá que añadir las dictadas por otras jurisdicciones, especialmente por los municipios.

Las disposiciones dictadas por el rey para Navarra se tramitaban en la Corte a través de la Cámara de Castilla. Estas disposiciones solían ir acompañadas de una Real Cédula Auxiliatoria firmada por el rey, mediante la cual se ordenaba su cumplimiento por parte de las autoridades a las cuales iba dirigida (virrey, Consejo, Corte Mayor, jueces, etc.)<sup>54</sup>. A partir de 1561<sup>55</sup>, estas provisiones debían recibir la sobrecarta del Consejo para su aplicación en Navarra. Una vez sobrecarteadas por el Consejo, se enviaban varias copias a las cabezas de merindad para que desde allí se distribuyesen por los verederos a las ciudades, villas, valles y cendeas de la merindad. El plazo para circular las reales cédulas era de cinco días. Una vez entregada la copia en el regimiento, el veredero debía recibir un

---

solio sin expresar que haya de preceder la publicación de aquéllas». AGN, Cortes, Actas, lib. 13, p. 27, cit. en M. P. HUICI, *Las Cortes de Navarra...*, cit., p. 313, n. 104.

<sup>52</sup> V. VÁZQUEZ DE PRADA y J.M. USUNÁRIZ GARAYOA, *Las Cortes de Navarra desde su incorporación a la Corona de Castilla. Tres siglos de actividad legislativa (1513-1829)*, I, Pamplona, 1993, p. xv.

<sup>53</sup> NR, lib. I, tít. III, ley 7.

<sup>54</sup> M. I. CABRERA BOSCH, *El Consejo Real de Castilla y la ley*, Madrid, 1993, pp. 161-162. El 24 de mayo de 1804, el Consejo de Navarra exponía al rey que «haviéndose presentado en este Consexo la Pragmática Sanción con fuerza de ley de 10 de abril con su Auxiliatoria de 16 de mayo del año ultimo...». AGN, Tribunales Reales, leg. 23, f. 146.

<sup>55</sup> Sobre la institución de la sobrecarta en Navarra vid. J. SALCEDO IZU, «Historia del derecho de sobrecarta en Navarra», *Príncipe de Viana*, 116-117, 1969, pp. 255-264.

certificado de haber realizado la entrega, firmado por el escribano real o, en su lugar, por el alcalde o un justicia del lugar. Era responsabilidad de los escribanos reales y secretarios de cada merindad comprobar, a partir de los correspondientes recibos, que se habían realizado las entregas. Las reales cédulas debían hacerse públicas al día siguiente de su recepción. Por su parte, los alcaldes y diputados de los valles debían comunicarlas en el plazo de tres días a las Juntas de los pueblos. De todo ello debía darse el testimonio correspondiente mediante escribano. De cada merindad se debían enviar a su vez al Consejo los pertinentes testimonios acreditativos de la publicación de las reales cédulas en su territorio<sup>56</sup>.

En muchas ocasiones, sin embargo, el virrey ordenaba la publicación de las cédulas reales sin previo paso por el Consejo, lo cual provocaba la correspondiente protesta de la Diputación o de los tres Estados del reino<sup>57</sup>. Uno de los casos más señalados en la historia de Navarra durante la Edad Moderna fue la publicación por orden del virrey en Pamplona y en las otras cabezas de merindad de cuatro bandos de 11 y 19 de abril de 1718 que recogían un Real Decreto del 31 de agosto anterior que disponía el traslado de las fronteras internas de Navarra a los Pirineos. En este caso, la Diputación no sólo protestaba por haberse omitido el requisito de la sobrecarta, sino también por haberse dictado una ley general para Navarra sin aprobación de las Cortes<sup>58</sup>.

Las ordenanzas y demás disposiciones dadas por el virrey, por el Consejo o por ambos seguían el mismo sistema de publicación<sup>59</sup>. Lógicamente, el lugar

---

<sup>56</sup> José María SESÉ ALEGRE, *El Consejo Real de Navarra en el siglo XVIII*, Pamplona, 1994, pp. 548-549. Las diferentes fases por las que atravesaban las provisiones dictadas por el rey antes de su publicación en Navarra quedaban recogidas en el propio texto. Puede verse, por ejemplo, en AGN, Tribunales Reales, Archivo Secreto, Libros de administración de los tribunales reales, libro 90, un cedulaario que contiene entre otras muchas una provisión real de 12 de mayo de 1741, con su cédula auxiliatoria, dirigida al Consejo de Navarra a través de la Cámara de Castilla ordenando la observancia en Navarra de dos bulas papales. A continuación se inserta el pedimento fiscal solicitando que se despache la sobrecarta y se ejecute, y la resolución del Consejo de Navarra de 14 de junio de 1741 ordenando «despachar sobrecarta de ellas», proceder a su ejecución y disponiendo que «se publiquen por vandos en las cabezas de Merindad, y Pueblos exemptos de él, para que llegue a noticia de todos, y cada uno cumpla en la parte que le toca lo que su Beatitud, y nuestra Real Persona han dispuesto; y que á éste fin se las remita un tanto del presente impresso, y firmado por nuestro Secretario infrascripto, al qual se le deberà dár la misma feè que à su original; y que con certificacion de averse publicado se vuelva à sus manos, cuya publicacion echa en las cabezas de Merindad, y Pueblos exemptos, comprehende el contenido de dichas Provision y Auxiliatoria à todos los habitantes y moradores de éste nuestro Reyno, demàs extraños, y peregrinos, que en èl se hallaren, como si à cada uno personalmente se les notificara».

<sup>57</sup> En las Cortes de 1621, los tres Estados protestaron contra una Cédula ordenada por el virrey fundada «en una carta acordada», pues aun cuando ésta venía firmada por el rey debía mandarse «que primero se presente en Consejo, y se vea si es conforme à los Fueros, y Leyes de este Reino, ó contra ellas». NR, lib. I, tít. III, ley XI.

<sup>58</sup> Representación de la Diputación al rey de 23 de julio de 1718, en AGN, Traslación de aduanas, carp. 12, leg. 1.

<sup>59</sup> *Vid.* Real Provisión del virrey y Consejo de Navarra de 21 de junio de 1687 relativa al cumplimiento de las leyes sobre prohibición de armas, con el mandato de su publicación en las calles acostumbradas de Pamplona y en las cabezas de merindad. Se conserva en la misma provisión testimonio de su publicación en Pamplona firmado por el escribano Francisco de Goñi, de 22 de junio de 1687. AGN, Tribunales Reales, Archivo secreto, título 6, fajo 1, nº 2.



de publicación de las disposiciones dictadas por el rey o por el virrey con el Consejo dependía de su ámbito de aplicación. Si la norma era de aplicación general o la materia era especialmente relevante, su publicación se realizaba en las cabezas de merindad, como hemos visto ya que sucedía con las pragmáticas y con las leyes de Cortes, así como en las principales ciudades del reino<sup>60</sup>. En otro caso se solía publicar únicamente en la ciudad o lugar directamente afectados por el cumplimiento de la nueva disposición. Esto era lo habitual en las ordenanzas y demás disposiciones dictadas por las autoridades municipales<sup>61</sup>. Cuando se trataba de disposiciones de «policía» cuyo ámbito de aplicación natural eran los barrios, se ordenaba que la publicación del acuerdo municipal se llevara a cabo en cada barrio por las autoridades de cada uno de ellos<sup>62</sup>.

En ocasiones, el lugar de publicación podía limitarse al Consejo o la Corte Mayor para aquellas provisiones relativas a cuestiones procesales que interesaba sólo a los oidores, abogados y a los diferentes oficiales de estos tribunales. Este era el caso, por ejemplo, de las ordenanzas formadas a consecuencias de las diferentes visitas que se realizaron a estos supremos tribunales<sup>63</sup>, o de provisiones singulares dictadas por el rey sobre cuestiones de estilo y organización del trabajo en los tribunales<sup>64</sup>. En otras ocasiones, el contenido de lo ordenado

<sup>60</sup> Éste es el caso, por citar un ejemplo, de unas ordenanzas de 21 de febrero de 1514 relativas al régimen de las pesas de oro y plata que ordenaban en su disposición final «por que inuiolablemente e con effecto lo suso contenido sea guardado e persona alguno d'ello no pueda tener ni pretender ignorancia, mandamos a los dichos alcaldes, justicias, jurados e regidores de las dichas ciudades e villas, cabeças de las dichas merindades, que fagan pregonar publicamente las dichas presentes nuestras ordenanças, o copia d'ellas fecha en debida forma, por las dichas ciudades e villas». Archivo Municipal de Pamplona, Copias de pergaminos, caja 2, cit. en Santiago LASAOSA VILLANUA, *El «regimiento» municipal de Pamplona en el siglo XVI*, Pamplona, 1979, p. 479.

<sup>61</sup> Así, las ordenanzas «para el buen gobierno de la ciudad» aprobadas por el regimiento de Pamplona el 12 de octubre de 1527 mandaban «pregonar y publicar las presentes hordenanças y estatutos a son de trompeta por la dicha ciudad y por los lugares y plaças, cantones y cayreforques d'ella». AGN, Comptos, Papeles sueltos, leg. 2, carp. 26, cit. en Santiago LASAOSA VILLANUA, *El «regimiento»...*, cit. p. 494.

<sup>62</sup> Los ejemplos que se pueden citar son numerosos. Valga por todos un acuerdo de la ciudad de Pamplona de 24 de julio de 1635 dirigido a evitar los pecados públicos y la gente de mal vivir. En él se ordenaba a los priores de los barrios y en su defecto a uno de los mayoresales que publicasen su contenido en el barrio. AGN, Fueros y privilegios, carp. 68, leg. 3.

<sup>63</sup> Vid. por ejemplo, las «Ordenanzas de la visita del licenciado Antonio de Fonseca» de 1536. El secretario del Consejo daba fe de la publicación de la cédula que contenía la citada ordenanza en los siguientes términos: «fue presentada, leyda, y publicada la presente, y retrospectiva cedula Real, y reformation de ordenanças como por ella se contiene (...). Y despues de assi leydas, y publicadas en la dicha audiencia, su señoria, y mercedes tomaron en sus manos, y las besaron, y pusieron sobre sus cabeças, como cedula, y mandato de su Mag. & en quanto al cumplimiento dixeron, que cumpliran, y guardaran como por su Mag. por la dicha cedula les esta mandado». *Las Ordenanças, leyes de visitas, y aranzeles, pregmaticas, reparos de agravios & otras provisiones reales del Reyno de Navarra*, Estella, 1557, f. XXVI.

<sup>64</sup> Vid., por ejemplo, una Real Provisión de 13 de enero de 1543 relativa a los plazos de las apelaciones en que el rey ordenaba «publicar lo susodicho, en las nuestras audiencias Reales, del nuestro consejo y corte». A continuación el secretario del Consejo, Pedro de Ollacarizqueta daba testimonio de su publicación «en consejo, en juycio» mediante lectura de la provisión realizada por el propio secretario «presentes los abogados, y secretarios, y procuradores, en publica audiencia», así como en la Corte, en semejantes términos. Idem. f. LXVIII.

afectaba de modo particular a algunas regiones de Navarra por lo que se ordenaba explícitamente su publicación en las ciudades de esa región. Así podía suceder, por ejemplo, con las provisiones relativas al contrabando<sup>65</sup>. En todos estos casos el lugar y la amplitud de la publicación dependía fundamentalmente del contenido de la norma y de las personas a quienes afectaba su cumplimiento.

#### 4. CONCLUSIÓN

La promulgación o publicación de las leyes en el reino de Navarra seguía las pautas marcadas por la doctrina teológica y jurídica propia de su tiempo, por el juego de fuerzas políticas que informaba el gobierno del reino y por la estructura social entonces imperante. La promulgación, concebida como elemento constitutivo de la ley, venía exigida por un principio anclado en la misma naturaleza de las cosas, esto es, por la necesidad de conocer las reglas que regían la vida de las comunidades para el logro de su fin propio. En este sentido, los mecanismos de publicación debían garantizar el efectivo conocimiento de las leyes, al menos moralmente, ya que no resultaba posible que efectivamente las leyes llegaran a conocimiento de todos los naturales del reino. En una sociedad corporativamente estructurada, el cauce natural para la promulgación de las diferentes normas eran las autoridades con jurisdicción en las principales ciudades del reino. En el caso de Navarra, territorialmente dividida en merindades, la publicación de las leyes generales (según lo que entonces se entendía por tales), se realizaba, al menos, en las denominadas cabezas de merindad: Pamplona, Tudela, Estella, Sangüesa y Olite. Además, y en la medida en que un porcentaje importante de la población en aquel tiempo era analfabeta, la publicación debía necesariamente ser oral y llevarse a cabo en las principales plazas y lugares de las ciudades. En otros casos, la ley se publicaba únicamente en los lugares sujetos a la jurisdicción de la autoridad que la había dictado, como sucedía con los bandos u ordenanzas municipales, o en las instituciones o ante la personas a quienes afectaba directamente su contenido, como sucedía con las normas relativas a cuestiones de organización o funcionamiento del Consejo de Navarra, de la Corte Mayor o de la Cámara de Comptos.

Por otra parte, a lo largo de la Edad Moderna, las Cortes navarras experimentaron un desarrollo considerable que se tradujo, entre otras cosas, en el aumento de la capacidad normativa del reino a través de sus tres Estados. Como hemos visto, desde fecha temprana, los diputados trataron de controlar la producción legislativa general, exigiendo no sólo su consentimiento para la aprobación de toda ley general, sino también intentado, y logrando, participar de manera decisiva en la elaboración de la patente de leyes que posteriormente era

---

<sup>65</sup> *Vid.* provisión de 22 de febrero de 1557 que termina ordenando «que se pregone en las cabeças de merindades deste nuestro Reyno, y en los lugares, donde tenemos nuestras tablas reales en los confines de Francia, y Bascos, y Bearne». *Idem*, f. LXXXIX.

impresa y publicada. A esta prerrogativa, reconocida por el propio rey en 1569, los tres Estados unieron un creciente protagonismo en la formación de las recopilaciones de leyes del reino, instrumento de enorme importancia para el conocimiento del derecho propio de Navarra. Si bien las recopilaciones no pueden incluirse dentro del proceso formal de publicación de las leyes, sí constituían un elemento fundamental en la difusión del conocimiento de la legislación de Cortes. En este sentido, puede decirse que suponían un instrumento informal de publicidad de las leyes. En una cultura jurídica con una concepción sustancial del derecho y donde la ignorancia de la ley podía, en determinados casos, eximir de su cumplimiento o, mejor dicho, exonerar al infractor de las consecuencias de su incumplimiento, las recopilaciones podían contribuir notablemente a la eficacia normativa de las leyes emanadas de las Cortes del reino. De aquí también el interés de los principales estamentos del reino por decidir acerca de su contenido e impulsar su formación, pues a la postre terminarían por conformar una parte central del derecho navarro, acudiéndose directamente a ellas para el ejercicio de la justicia y del gobierno en las diferentes esferas de poder.

RAFAEL D. GARCÍA PÉREZ  
Universidad de Navarra



# Acerca de la elaboración y publicación de la ley en el Derecho Indiano

SUMARIO: 1. Presentación.–2. Ley, un vocablo ambiguo.–3. Consejo y deliberación en el orbe hispano-indiano.–4. Las leyes en el Consejo de Indias.–5. La elaboración de cuerpos legislativos.–6. La motivación en las leyes indianas.–7. La elaboración legal en el derecho local.–8. Promulgación y publicación de las leyes.–9. Bandos y pregones locales.–10. Registro y guarda de los despachos. Lecturas anuales.–11. Impresión y difusión de cuerpos legislativos.–12. Epílogo.

## 1. PRESENTACIÓN

En estudios anteriores he dedicado atención al problema histórico de la ley en el mundo hispano. Ellos constituyen el basamento de la presente exposición, enriquecida en la ocasión por otros aportes ajenos y propios, que permiten precisar algunos puntos y ampliar otros, sin omitir la inclusión de nuevos interrogantes y dudas y de vislumbrar posibles senderos de indagación futura.

La limitación de esta contribución se debe en parte a la magnitud de las cuestiones que se plantean y al mismo tiempo a la ausencia de una tipología legal expuesta en su desenvolvimiento histórico. En este sentido, es escasa la bibliografía histórico-jurídica que se ha ocupado de la ley como tipo legislativo, en notorio contraste con el uso de la ley como fuente histórica<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Un ensayo bibliográfico muy completo hasta 1999, es el de DAGROSSA, Norberto C. «Bibliografía de Historia del Derecho Indiano» en *Colección Proyectos Históricos Tavera (I). Nuevas aportaciones a la historia jurídica de Iberoamerica*. ANDRÉS-GALLEGO, José (coordinador), Madrid, 2000, pp. 48-60. La monografía de Alfonso GARCÍA-GALLO, «La ley como fuente

Algunas consideraciones previas son, a mi juicio, necesarias para encarar nuestro tema. La primera se refiere al título del trabajo, que sigue naturalmente la propuesta formulada por el señor director del *Anuario* al invitarme gentilmente a colaborar y no difiere, por cierto, del uso de esos vocablos en mis anteriores estudios. Cada uno de ellos tiene una fuerte carga semántica. Ensamblados, pueden componer, para la visión dogmática contemporánea una plenitud abarcadora del orden jurídico. Pero el traslado de esa visión al pasado –en nuestro caso el arco temporal entre comienzos del siglo XVI y los inicios del XIX– sin ningún recaudo carece del nivel deseable para enfocar históricamente la materia. Esta deficiencia es evidente con respecto al vocablo «ley», y también puede serlo con relación a las otras palabras «elaboración» y «publicación», ubicadas dentro de un Derecho indiano complejo por sus componentes y tonalidades, que escapa al intento de reducción a una comprensión y fijación integral. Si aceptamos que la dimensión temporal es inherente al Derecho, también lo es con relación a las categorías o conceptos dogmáticos, que sólo suelen estar en condiciones de atrapar momentos fugaces de una larga trayectoria.

Para remontar, pues, la cuestión a aquellos siglos, sería preciso rescatar en su exacto punto el sentido antiguo de aquellas voces, tarea que no resulta fácil de llevar a cabo pues implica no sólo determinar su alcance terminológico, sino también captar el interés jurídico que los antiguos actores sentían por ese ejercicio definitorio y clasificatorio y hasta qué punto lo consideraban necesario en su operar jurídico. Esta evidencia que surge del curso histórico de vocablos y conceptos debe tenerse en cuenta, aun cuando en nuestro ejercicio de articulación del material no podamos prescindir de cierto encuadre dogmático.

Otra breve consideración merece la situación de la ley en el antiguo orden. La dogmática contemporánea, a fuerza de un constante ejercicio de reducción y abstracción –que provoca una simplificación del material jurídico– ha convertido a la ley en fuente principal o exclusiva del Derecho, al punto de que el discurso del jurista puede operar solo con ella, prescindiendo de todo otro elemento socio-jurídico. Este cuadro era desconocido para el jurista anterior al siglo XIX, que integraba en sus discursos con alta potenciación jurídica, a la costumbre, las prácticas, los ejemplares, los autores, el estilo judicial, e invoca-

---

del derecho en Indias en el siglo XVI», publicada en 1951 y recogida en Idem, *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, pp. 169-285, sigue siendo el principal estudio sobre la materia por su precisión conceptual y erudición científica, pese al límite temporal de su contenido. Varios estudios míos acerca del tema publicados en los años 80 se reunieron en el volumen *La Ley en América Hispana. Del Descubrimiento a la Emancipación*, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992, que iré citando sucesivamente. Buen ejemplo del modo de aplicar las leyes en conjunción con otras fuentes se encuentra en dos trabajos de PUGLIESE, María Rosa: «Las fuentes del Derecho a través de los expedientes judiciales en el Virreinato del Río del Plata» en *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1997, t. I, pp. 135-182, y «Las fuentes del Derecho a través de su aplicación judicial en el Virreinato del Río de la Plata. 2.ª parte» en BARRIOS, Feliciano (coord.). *Derecho y Administración Pública en las Indias Hispánicas, Actas del XII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Cuenca, 2002, volumen II, pp. 1401-1428.

ba textos bíblicos, teológicos, políticos, literarios e históricos, etc. Asimismo, era amplia la mención de las leyes, antiguas y modernas, junto a las positivas del reino. No hay que olvidar que el acotado esquema de las fuentes del derecho que hoy conocemos es una fina elaboración del siglo XIX, que alteró la noción de Derecho conocida entonces.

Cabe recordar que la dirección que imprimía el jurista a su discurso estaba apoyada en una acepción amplia de la voz *derecho*, registrada sobre todo en los diccionarios académicos y otros vocabularios de la época y organizada en siete categorías que enunciaba. Derecho era: el que dicta la naturaleza; el ordenado por la Divinidad; el definido por la Iglesia; el que constituyeron las gentes; el establecido por el Príncipe, «supremo legislador en sus dominios»; el que ordena la ciudad o el pueblo para su gobierno privado; y el que introduce la costumbre.

Esta pluralidad normativa y jurisdiccional componía un rico y abigarrado tejido jurídico que el racionalismo y el positivismo de los siglos posteriores hicieron desaparecer bajo la bandera de la uniformidad y el orden sistemático, encarnado en una noción única de la ley. Aun cuando la pretensión nunca pudo triunfar plenamente, lo cierto es que ha dominado de manera abrumadora en el pensar del Derecho de nuestro tiempo. Es lo que hoy se enseña en las aulas y se practica por los juristas, con los matices y tonos que corresponden a las distintas corrientes de pensamiento y a las ideas de los hombres actuantes.

Además, el Derecho que, en el plano normativo, estaba acompañado por otros dos órdenes –la Religión y la Moral– con sus cauces disciplinarios propios, asumió la totalidad de la regulación social. A esta amputación se sumó el desprendimiento provocado por la separación de los dos brazos constitutivos del antiguo Derecho, el civil y el canónico. Este proceso de «simplificación» por una parte y de absolutismo por otro conducido por el racionalismo y el positivismo llevó a constituir el modelo teórico del Estado y el Derecho contemporáneos.

En suma son muy notorias las diferencias entre la idea actual del Derecho y de la ley con relación a la época anterior al siglo XIX, que es precisamente la que ahora queremos definir. En tal sentido, y reiterando lo dicho alguna otra vez, el Derecho antiguo no se presentaba como un rígido conjunto de leyes de estricta aplicación, sino como una reunión de preceptos de diverso origen, naturaleza y alcance, que se invocaban y aplicaban según los casos y situaciones y en conformidad a la materia, la persona y las circunstancias de cada uno. Privilegios, excepciones, tolerancias o disimulaciones servían para moderar el rigor establecido en las normas o derivado de su aplicación. La equidad y el arbitrio judicial acudían para templar la ejecución en los tribunales. Las leyes no solían pues aplicarse, con prescindencia de su contexto socio-jurídico<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Expongo en estos párrafos la idea desarrollada con mayor amplitud en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «Ordenes normativos y prácticas socio-jurídicas. La justicia» en ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, *Nueva Historia de la Nación Argentina*, tomo 2 Período español (1600-1810), Planeta, Buenos Aires, 1999, pp. 283 y ss.

## 2. LA LEY, UN VOCABLO AMBIGUO

Para introducirnos en nuestro tema, es preciso atender a tres diferentes sentidos que se otorgaba al vocablo «ley»: como el orden jurídico mismo y fundamento de la sociedad organizada; como norma escrita y promulgada por la autoridad; y en modo estricto, como cierta norma importante, promulgada bajo determinados requisitos y condiciones. Estos sentidos no aparecen siempre claramente diferenciados. Además suelen ser distintos los ángulos de mira del teólogo y del filósofo, más abstractos, que los del político, el moralista o el jurista, más prácticos. La magnitud que adquirió la ley en la Edad Moderna, en aquellos tres significados explica un proceso de transformación, que estuvo estrechamente asociado al poder político y que formó parte de la lenta pero inexorable formación del aparato estatal durante toda la época<sup>3</sup>.

La conquista y colonización de las Indias, como es sabido, se llevó a cabo sobre esta base, en donde la ley ocupó un lugar importante, especialmente en el segundo sentido, bajo el nombre –genérico y algo ambiguo– de legislación o leyes de Indias. Aunque se transplantó a América el orden jurídico del *Ius Commune* y de Castilla, bien pronto la peculiaridad indiana fue reclamando la elaboración de nuevas reglas, separadas de las castellanas hasta constituir un orden particular, formado por letrados, cuerpos legales y obras jurisprudenciales, bajo la guía de un universo jurídico común. Este universo enseñaba y apuntaba que la ley era sólo uno de sus componentes y no su única expresión, como más tarde se impondría.

En un reciente trabajo, Enrique Álvarez Cora plantea interesantes interrogantes y reflexiones con relación al encuadre de la ley en el Derecho indiano. Se destaca allí, sobre la base de una lectura documental, una «noción normativa concreta» de la ley y no como fuente formal o conjunto de las fuentes formales. Esta propuesta se aparta de un enfoque anacrónico y permite explicar una trayectoria del término, arrancando de sus orígenes medievales. De esta teoría, el autor extrae derivaciones que merecen ser atendidas en una revisión de la cuestión, que naturalmente excede de estas páginas<sup>4</sup>.

## 3. CONSEJO Y DELIBERACIÓN EN EL ORBE HISPANO-INDIANO

En el orbe hispano-indiano la elaboración de la ley pasaba por dos fases procesales, en cierto modo entramadas, que eran el consejo y la deliberación. Una tercera, que más adelante veremos, cerraba el círculo: la motivación de las leyes.

<sup>3</sup> Un tratamiento ampliado de estas cuestiones en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «La noción de ley en América Hispana durante los siglos XVI a XVIII» en *idem*, *La ley...* cit., pp. 27-48.

<sup>4</sup> ÁLVAREZ CORA, Enrique, «La noción de la ley castellano-indiana» en *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Coordinador: Manuel Torres Aguilar. Córdoba, 2005, t. II, 1287-1312.



Según Castillo de Bobadilla el gobierno de una república consistía en «mucho y buen consejo para la útil dirección de todas las acciones»<sup>5</sup>. Los reyes lo establecieron desde los comienzos de la conquista en los asuntos importantes de gobierno, que a veces por su trascendencia fue solicitado a relevantes teólogos y juristas, convocándolos a juntas especiales. También el consejo fue función encomendada de modo permanente a quienes actuaban en las Indias, como oidores, obispos, prelados, moralistas, oficiales reales, conquistadores y vecinos, según las materias y ocasiones<sup>6</sup>. Modalidad de este consejo era el que se daba al rey a través de la libertad de comunicación y de las peticiones de los procuradores de la ciudad y de los apoderados en la Corte<sup>7</sup>. Con nítido influjo en el campo legislativo, el consejo se observa en la actividad de los órganos de gobierno y justicia, como el Consejo Real y Supremo de las Indias y las audiencias. Solórzano se explayó sobre cómo el consejo se plasmaba en estos cuerpos colegiados, en donde necesariamente se registraba una variedad de juicios y caracteres. Así consideraba que la disensión de opiniones era buena y realizaba el valor de lo acordado, por lo cual era preciso preservar como norma principal de esas juntas que se respetase la libertad de pareceres, aun cuando contradijese el deseo del Príncipe. Pero luego de expuestos argumentos y razones, se debía procurar que se emitiese un solo sentir, acordado entre todos<sup>8</sup>.

El acto de la deliberación entre hombres doctos y escogidos como paso necesario en la creación legislativa formaba parte de la antigua tradición castellana. Ya las Partidas resaltaba la idea al expresar que «...el derecho buena cosa es y noble, cuanto más acordado es y más catado tanto mejor es y más firme». De ahí que destacase la participación de «homes entendidos e sabidores de derecho» y de «los más homes buenos» de las ciudades para que se plasmase que el derecho nuevo fuese «catado» y «acordado» Según el código alfonsí, el perfecto legislador debía amar a Dios, a la justicia y al bien de la comunidad, saber diferenciar el derecho del tuerto, y mostrarse proclive a la enmienda de las leyes cuando se lo indicase la razón<sup>9</sup>.

En relación al ejercicio de la facultad legislativa del Consejo de Indias, Solórzano explicaba que dada la distancia y demás circunstancias que otorgaban peculiaridad al gobierno indiano, era necesario que en el despacho de las leyes procediese «con gran atención a su conveniencia, y tomando primero todos los informes y pareceres que pudiese de personas entendidas y desinteresadas, que libres de todos afectos y respetos, los puedan dar buenos en estas materias» tal como lo prescribía una ordenanza de 1636. Solórzano remarcaba que quienes debían resolver esos graves asuntos, antes «han de pensar y pesar»,

<sup>5</sup> CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo, *Política para corregidores* (1597), II, VI, 2.

<sup>6</sup> GÓNGORA, Mario, *El Estado en el Derecho Indiano. Época de fundación 1492-1570*, Santiago de Chile, 1951, pp. 254-260, 285-287 y 291.

<sup>7</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, Universidad Autónoma de México, México, 1994, pp. 227-259.

<sup>8</sup> La idea está desarrollada en SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de, *Política Indiana*, libro V, cap. VIII que trata sobre cómo deben proceder los oidores y ministros de las audiencias de Indias. También ver el mismo libro, cap. XV, número 29-32 (Edición utilizada, Madrid, 1776).

<sup>9</sup> Partidas, 1.<sup>a</sup>, I, 11 y 17.

ya que «no hay cosa más perjudicial, y vituperable y peor parecida que andar haciendo y promulgando leyes para mudarlas, y fiando su duración y observancia más del suceso que del acierto»<sup>10</sup>. Sostenía, en fin, que en hacer nuevas leyes o revocar las antiguas, era justo y conveniente que interviniesen siempre «los más jueces y consejeros, que ser pudiera» como lo mandaba aquella ordenanza.

Apoyado en citas doctrinarias y legales, con el trasfondo de las Partidas, llegaba Sólorzano a la afirmación de una idea que aparecía asentada en el orden hispano de la época acerca de la necesidad de los consejeros-legisladores de «pensar y pesar» su decisión. De más está decir, que esta idea enclavada en el texto de la *Política Indiana* —obra y autor reconocido como primera autoridad jurisprudencial— es tanto un testimonio de época como un precepto para el futuro. En línea de pensamiento con este texto cabe destacar el real decreto del 10 de febrero de 1715, por el cual el rey instaba al Consejo de Indias a que no sólo representase lo que juzgase conveniente, sino también con libertad cristiana y sin detenerse en motivo alguno ni respeto, replicase a las resoluciones reales siempre que lo sea para el buen gobierno temporal y espiritual<sup>11</sup>.

Una interesante aplicación de estas ideas se produjo cuando en 1743 se planteó la discordancia entre una ley recopilada y unas órdenes expedidas por la vía reservada acerca de la competencia de los virreyes para intervenir en causas de comisos. Ante el caso, el Consejo de Indias hizo consulta al rey, exponiendo que si su intención era que se le diese a los virreyes esa nueva facultad resultaba necesario derogar la antigua ley que disponía que dichas causas no se sacasen de los tribunales naturales, sin prever la intervención virreinal. En este supuesto, debía comunicarse la decisión a todos los reinos de Indias «como se acostumbra cuando se da alguna providencia que por punto general innove, altere y derogue lo dispuesto por las leyes...». Ante esta consulta del Consejo el rey asentó por resolución que «no ha sido mi ánimo alterar las leyes»<sup>12</sup>. Dentro del marco temático la respuesta resulta significativa, más allá de la elección de una de las dos alternativas normativas. Y es que aquella parece contener una enfática declaración afirmativa sobre la observancia de un orden establecido, que el rey, al menos en esta ocasión, decidió acatar.

#### 4. LAS LEYES EN EL CONSEJO DE INDIAS

Desde sus comienzos, en 1624, el Consejo de Indias había dado preferencia a los asuntos de gobierno, tanto temporales como espirituales. Sólo en ciertas causas intervenía la sala de justicia. A su vez los ingentes negocios de guerra y hacienda estuvieron a cargo de las respectivas juntas especiales. Aun así,

<sup>10</sup> SOLÓRZANO, *Política Indiana*, cit. V, XVI, 17-20.

<sup>11</sup> Archivo General de Indias, Sevilla (A.G.I.), Charcas 210.

<sup>12</sup> Archivo Histórico Nacional (Madrid), (A.H.N.) Códices 753 B. Manuel JOSEPH DE AYALA. Consultas y pareceres, t. II, f. 102v-103.

aquellos asuntos de gobierno constituían un apreciable conjunto de materias que tenían su peculiaridad provincial y local. Reiteradamente se enfatizó que los ministros del Consejo debían poseer acabada noticia sobre la geografía, población, economía y constitución política y eclesiástica de las comarcas indianas para mejorar su capacidad de análisis y decisión de los casos. Se recomendaba así que los ministros tuvieran saber y experiencia adquirida en el desempeño de magistraturas indianas. Sólo en contadas ocasiones se alcanzó este desiderátum antes de la reforma de 1773, que convirtió al Consejo en tribunal donde terminaba la carrera de los magistrados<sup>13</sup>. Aun así la vastedad territorial y la consiguiente variedad regional fueron siempre obstáculo para que sus ministros tuvieran una amplia experiencia más allá de la provincia en donde se habían desempeñado. Esto pudo suplantarse en muchas ocasiones con la presencia accidental en la Corte de magistrados o prelados, o también con la residencia permanente de ministros jubilados que, a requerimiento del Consejo, ofrecían su opinión o dictamen sobre particulares asuntos que llegaban a la Corte reclamando, por su gravedad, una solución especial.

La ley indiana solía surgir de la lectura y opinión letrada sobre la masa de papeles —representaciones, memoriales, cartas, expedientes, etc.— que llegaban a la Península desde distintos lugares de América en las flotas y galeones y navíos de registro. Se desplegaba entonces un trámite burocrático, con intervención inicial del fiscal y otros ministros o agentes. Sobre el dictamen de aquél y los informes de éstos, cuando lo había, el Consejo deliberaba y resolvía. Los resultados de esa deliberación expresados a veces en una extensa y prolija argumentación, eran insertados en la Consulta escrita que se elevaba al rey directamente. Al margen del documento se asentaba la resolución regia, generalmente muy breve. Con estos elementos se redactaba el despacho, real cédula, provisión, carta, etc., según correspondiese. Una copia del despacho quedaba en los libros-cedularios generales o particulares de cada gobernación.

La serie de estos libros, que suman varios cientos, guardaron una continuidad desde 1493 hasta el siglo XIX en Nueva España y sólo hasta 1717 en el Perú —hoy conservados en el Archivo General de Indias—. En sus textos, de variada índole, se esconde toda una política de gobierno indiano y una línea legislativa que el historiador puede detectar. Para el proceso de elaboración de la ley se cuenta con los innumerables textos de las consultas, algunos de ellos verdaderos estudios sobre cuestiones puntuales de la vida indiana que llegaban hasta la cúspide de la Monarquía. Estos textos quedaron en los propios expedientes, de modo que no fueron material de consulta utilizado habitualmente en la práctica administrativa del Consejo. En la segunda mitad del siglo XVIII, el consejero de Indias Manuel José de Ayala hizo una prolija copia de algunas de estas consultas<sup>14</sup>. Las consultas de los siglos XVI y XVII están hoy a disposición del histo-

---

<sup>13</sup> GARCÍA PÉREZ, Rafael, *El Consejo de Indias durante los reinados de Carlos III y Carlos IV*, Pamplona, 1998, pp. 120 y ss.

<sup>14</sup> Consultas y pareceres dados a S.M. en asuntos del gobierno de Indias... recopilados por Manuel JOSEPH DE AYALA, tomos I a VI y VIII a XII en A.H.N., Códices; y t. VII y XIII a XIX en Biblioteca de Palacio Real (Madrid) Núm. 2.752, 2.756 a 2.762.

riador gracias a un notable trabajo de catalogación realizado por el equipo de investigadores y archiveros dirigido por Antonia Heredia Herrera. Consta de un breve sumario de contenido con el texto completo de la decisión real y la indicación del lugar donde se encuentra el original<sup>15</sup>.

La adecuada articulación y análisis de ésta inmensa y rica documentación, siguiendo las fases históricas de evolución de este órgano superior del gobierno indiano, permitirá verificar hasta qué punto se impusieron aquellos postulados del rey sabio o las pautas solorcianas<sup>16</sup>.

No se trata sólo de encontrar el origen de una norma positiva, sino también de observar la actuación del órgano frente a leyes que fueron suplicadas o no cumplidas; o frente a normas castellanas que pasaban para su aplicación en Indias. Aun más ello se exterioriza en la dilatación indefinida de graves cuestiones, como la perpetuación de las encomiendas, sobre las que pesaban poderosas razones de una y otra parte que hicieron preferible evitar un pronunciamiento. Es en estos asuntos donde se aprecia en su mayor dimensión el papel deliberatorio asumido por el Consejo de Indias, con presencia de aquellos preceptos y pautas. A veces el negocio a tratar asumía tal complejidad que era objeto de un trámite burocrático en el cual la elaboración alcanzaba a involucrar una confrontación de opiniones que incluía el Consejo pleno, el rey, el fiscal, y otros órganos, como aconteció, por ejemplo, cuando en 1803-1804 se puso a discusión sobre si se debía circular a América una ley castellana que prohibía los mayorazgos, en atención a que fuertes razones territoriales, económicas y políticas establecían apreciables diferencias en las condiciones de existencia de la institución en España y América<sup>17</sup>.

## 5. ELABORACIÓN DE CUERPOS LEGISLATIVOS

Aunque el proceso de elaboración de las compilaciones legales tenga otras características en algunos aspectos, no se omite en el mismo la fase de deliberación y redacción definitiva de unos preceptos que, tomando a la letra buena parte del texto original, experimentan los cambios necesarios para convertirlos de normas particulares en generales.

En esta materia es de destacar el proceso de elaboración de la Recopilación de las Leyes de Indias que durante varias décadas del siglo XVII concitó la atención de algunos juristas en la misma Corte y que culminó con la promulgación de 1680. Quien resultó el artífice principal de esa Recopilación, Antonio de León Pinelo, destacó explícitamente el trabajo de elaboración que se proponía.

---

<sup>15</sup> HEREDIA HERRERA, Antonia, *Catálogo de las Consultas del Consejo de Indias*, 2 tomos, Madrid 1972; 4 tomos, Sevilla, 1983-1985; siguen bajo proceso de informatización, 5 tomos más hasta el año 1668, Sevilla, 1987-1994.

<sup>16</sup> Sobre cómo se elaboraba la ley en el Consejo en el siglo XVI, véase GARCÍA-GALLO, «La ley...», cit. 259-264.

<sup>17</sup> A.G.I., Indiferente 803. Expediente «Indiferente año 1804. Consultas de asuntos seculares».

Su tarea estaba aplicada a la revisión de los libros cedularios generalísimos y generales que se habían formado a lo largo de una larga centuria, reconociendo el carácter particular de las disposiciones dirigidas a una provincia de aquellas otras que admitían un campo de aplicación más dilatado. Su criterio fue extraer de esos despachos sólo la parte decisoria, es decir, según decía, «la razón de decidir general, aunque sean particulares», evitando incluir disposiciones que contuviesen preceptos semejantes, opuestos o caídos en desuso. Sostenía que era necesario mantener el sentido de la disposición original cuidando que las leyes fuesen claras, llanas y breves.

Otra preocupación de Antonio de León fue la distribución de estas leyes por materia en libros y títulos para alcanzar a formar propiamente «un cuerpo de Derecho». Para dar a la obra cierto grado de perfección hubiese sido necesario contar con una mayor licencia de la que disponía el recopilador, es decir, hacer de nuevo las leyes para cada materia, como lo había hecho Alfonso X en las Partidas. Pese a esta limitación, León empleó cierta libertad en la elaboración de algunas leyes, que colocó bajo la autoridad del monarca reinante<sup>18</sup>.

Cabe recordar que esta elaboración de las leyes reales dentro del proceso recopilador fue logrando un papel relevante dentro de determinados círculos de letrados, al punto que una línea de pensamiento en torno a don Antonio de León se refería a ellas como «ciencia de las cédulas» en donde se radicaba la verdadera jurisprudencia, que no estaba en las glosas y comentarios de los autores, como pretendían otros<sup>19</sup>.

Cuando en las últimas décadas del siglo XVIII se inició un programa de reforma legislativa, que incluía a la propia Recopilación, predominaron las voces que sostenían las calidades de dicho cuerpo legislativo en punto a orden, estilo y distribución de materias<sup>20</sup>. Ese reconocimiento se hizo más patente en la opinión colectiva de la Junta de ministros nombrada para corregir y adicionar las leyes de Indias, que sesionó entre 1781 y 1785, quienes acordaron como regla general para el examen del principal proyecto que cuando «no se verificase abierta necesidad de variar, alterar, reformar, aumentar o disminuir las precisas formales palabras, bajo de las cuales han corrido en las anteriores impresiones las Leyes de recopilación de Indias», salvo las derogadas o excluidas, «se coloquen por el mismo tenor de las palabras, con que se hallan en la antigua recopilación, y aun guardando, en cuanto fuese posible, el mismo número de su anterior coordinación». Este acuerdo estaba precedido de una esclarecedora motivación que bien vale transcribir en su meollo. Se sostenía que debía evitarse la modificación de algunas cláusulas y palabras, pues tenía el inconveniente de «desfigurar el contexto y tenor de unas leyes consagradas por el tiempo y la

---

<sup>18</sup> LEÓN, Antonio de, *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de leyes de Indias Occidentales (1624)*. Reedición facsimilar en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 8, Buenos Aires, 1957, pp. 209-266.

<sup>19</sup> Sobre esta cuestión véase TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «Entre leyes, glosas y comentarios. El episodio de la Recopilación de Indias» en *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, Universidad Complutense, Madrid, 1996, tomo III, vol. 1, pp. 267-283.

<sup>20</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Buenos Aires, 1992, p. 424.

observancia, y estampadas con determinadas palabras en las obras de muchos sabios escritores, que las citaron, cuando a ello no obliga urgente razón de hacer novedad; mayormente siendo innegable, que el estilo y expresiones de nuestros mayores tienen toda la sencillez, dignidad y fuerza, que conviene a la materia...»<sup>21</sup>. El espíritu de esta regla predominó en las extensas sesiones de la Junta. Si bien las deliberaciones alcanzaron un escaso resultado positivo en cuanto a la reforma, permitieron convalidar la autoridad jurídica de la antigua Recopilación. Constituyen un interesante modelo de elaboración y debate sobre materia legal, registrado en un libro de acuerdos.

Este criterio de enaltecer el consejo y la deliberación en la formación de la ley aparece peraltada en otros testimonios dados en los días en que se acentuaba el poder absoluto del rey como elemento casi excluyente en el proceso de creación normativa. Junto a esta tendencia subsistía otra, de vieja estirpe, que amparada en antiguos saberes y textos recordaba las limitaciones que rodeaban a ese poder desbordante. Dentro de este contexto cabe recordar la enérgica denuncia del fiscal de Charcas, Victorian de Villaba, que hacia fines de siglo expresaba con tono crispado que los ministros o secretarios tenían «en su tinte-ro la facultad de derogar las más fundamentales leyes» con sólo invocar una presunta orden real cuando, en contraposición, la base de todo orden jurídico era que las leyes se meditasen, consultasen y revisasen antes de promulgarse y luego, su derogación sólo pudiera hacerse con las mismas exigencias<sup>22</sup>.

En el mismo sentido cabe mencionar una significativa consulta del Consejo de Indias de 1794, sobre la sanción del libro primero del nuevo código –de la que me ocuparé más adelante– en la cual, orillando arduas cuestiones acerca de la potestad absoluta del rey, hincaba su argumentación en la necesidad de que esas nuevas leyes fuesen revistas y examinadas por todo el Consejo, que era «el cuerpo colegiado más numeroso y más instruido en la materia», recordando los antiguos preceptos de las Partidas que impulsaban a establecer o revisar las leyes con el mayor acuerdo posible y la participación de «homes entendidos e sabidores de derecho». El argumento convenció al rey para modificar su decisión.

## 6. LA MOTIVACIÓN DE LAS LEYES INDIANAS

Entramado con los conceptos anteriormente desarrollados, aparece la práctica de ofrecer en las leyes, cuando se juzgase necesario, una exposición de los motivos que habían llevado a dictarlas, sea ya en cuerpos legales, ordenanzas o leyes similares<sup>23</sup>. Altamira indica que esta práctica, si bien tiene su

<sup>21</sup> Libro de los acuerdos de la Junta nombrada para corregir y adicionar las Leyes de Indias (1781-1785). Volumen manuscrito en A.G.I., Indiferente General 1653, libro I, f. 12-13.

<sup>22</sup> VILLABA, Victorian de, *Apuntes para una reforma de España sin trastorno del gobierno monárquico ni la religión* (1797). Reproducido en Ricardo LEVENE, *Vida y escritos de Victorian de Villaba*. Buenos Aires, 1946, p. LXXXVI.

<sup>23</sup> GARCÍA-GALLO, «La ley...», cit. 228-230.

modelo en las Partidas y en la legislación medieval, alcanzó singularidad en el Derecho indiano por la influencia que ejercieron las polémicas sobre la aptitud del indio, la definición de la política indiana y la preocupación por justificar la conquista<sup>24</sup>. De tal modo, se cerraba el proceso de elaboración de la ley dando una base de razón pública a la decisión legislativa.

En el siglo XVI, según explica García-Gallo, la exposición de motivos y la disposición eran esenciales de la ley e integraban la parte central de la misma. Aquella raramente faltaba y era más bien la expresión de los antecedentes que de la intención o fines perseguidos. No era meramente informativa, sino que buscaba acreditar la necesidad de la nueva ley y suministraban elementos para mostrar su racionalidad<sup>25</sup>.

Entre los ejemplos que podrían utilizarse, escojo para esta ocasión uno que es representativo por su contenido y por la repercusión que alcanzó en la época. Se trata de la real cédula que Felipe II expidió desde Burgos el 14 de septiembre de 1592 dirigida al Virrey del Perú, marqués de Cañete, en la que consagraba la inviolabilidad de la correspondencia de los súbditos con el rey, y por extensión establecía una libertad más amplia entre las gentes. La motivación, la decisión y la orden de publicación en todas las ciudades y pueblos de españoles constituía un texto unitario, que bien vale su íntegra reproducción:

«Yo he sido informado que algunas veces ha acaecido que las Cartas, Pliegos y despachos que algunas Personas de esas Provincias me escriben, y envian, y las que dellas van de unas partes a otras, las han tomado y abierto, y detenido algunos de los que han gobernado: mediante lo cual he dejado de ser informado de cosas tocantes al servicio de Dios, y al buen gobierno, y administración de justicia de esas partes; y los mismos que se escribían unos a otros han recibido mucho daño manifestándose sus secretos, lo cual ha sido causa de que atemorizados no osan, ni se atreven a escribir, recelando que se les puedan seguir dello algunos inconvenientes. Y porque este es el Instruemento con que las gentes se comunican y además de ser ofensa de Nuestro Señor abrir las Cartas, estas han sido y deben ser inviolables a todas las gentes, pues no puede haber comercio, ni comunicación entre ellos por otro camino, ni la hay para que yo sea informado del estado de las cosas de esas partes ni para que los agraviados que no pueden venir con sus quejas me den cuenta de ellas y de necesidad cesaría o impediría notablemente el trato y comunicación si las dichas cartas y pliegos no anduvieren y se pudieren enviar libremente, y sin impedimento y conviene lo mucho que se deja entender, no dar lugar ni permitir cosa semejante pues demas de lo sobre dicho, es opresión y violencia, e inurbanidad que no se permite entre gentes que viven en cristiana política. Os mando que hagais pregonar en todas las ciudades y pueblos de Españoles de ese distrito que ninguna Justicia ni persona privada, Eclesiástica ni Seglar se atreva a abrir ni detener las dichas cartas, ni a impedir que ninguno escriba so pena a los Prelados y Eclesiásticos de las Tempo-

---

<sup>24</sup> ALTAMIRA, Rafael, «La legislación indiana como elemento de la historia de las ideas coloniales españolas» en *Revista de Historia de América*, núm. 1, México, 1938, pp. 9 y sigts.

<sup>25</sup> GARCÍA-GALLO, «La ley.», cit. 228-229.

ralidades y de ser habidos por extraños de mis Reynos; y los Religiosos de ser luego enviados a España; y a los Jueces y Justicias cualesquier que sean de privación perpetua irremediable de sus oficios y a éstos y a las demas personas seglares de destierro perpetuo de las Indias, y de azotes y galeras a las personas, en quien se pudiere ejecutar esta pena para ejemplo. Y vos, y los que os sucedieren en el cargo, terneis particular cuidado de ejecutarlo en los arriba contenidos. Y por ningun caso que no sea de manifiesta sospecha de ofensa de Dios N. S. o peligro de la Tierra, no abrireis, ni deterneis vos ni ellos las dichas cartas, ni despachos; por que demás de que de lo contrario, me terné por deservido, mandaré proveer del remedio que convenga». Burgos, 14 de septiembre de 1592<sup>26</sup>.»

La vigorosa construcción jurídica, a la que la motivación daba un punto final, empezó a sufrir embates en el siglo XVIII. Apareció así tempranamente en la literatura política una tendencia que estimulaba a prescindir de toda motivación en las leyes. Un escritor, Juan de Cabrera, apuntaba en 1719 que exponer la razón y motivos de sus leyes a los vasallos, era dar oportunidad a los inobedientes para que no las respetasen, a los jueces para que las juzgasen, y a los doctores para que las disputasen. Agregaba este autor que, según la idea de que el Príncipe debe mandar y el vasallo obedecer, no era conveniente ofrecer argumentos, sino sólo el mandato para que se obedeciese. Admitía, sin embargo, que en algunos casos podía ser acertada la motivación<sup>27</sup>.

Bajo esta nueva óptica deben apreciarse algunas disposiciones dadas en la cúpula del gobierno indiano durante la segunda mitad de la centuria. Por acuerdo del 15 de julio de 1755, el Consejo de Indias dispuso que no se expresasen en las cédulas que se expidiesen «las razones o fundamentos que motivan sus resoluciones», haciéndose sólo las relaciones de las partes o las causas que las originan, salvo que se estableciera expresamente lo contrario<sup>28</sup>. Era aún más explícito lo que en ese mismo año apuntaba Antonio Prado y Rozas en una obrita práctica destinada a la instrucción de los oficiales de la administración, al sostener: «Debese escusar el enviar motivados los Despachos y Ordenes, así porque no se encuentre en el motivo o causa por que se dejen de obedecer, como porque la superioridad no necesita de dar satisfacciones para mandar; pero esto no se debe observar como regla general, pues ocurrirán casos en que convenga exponer motivos, a lo menos por mayor, y deberá advertirlo la des-

<sup>26</sup> El texto transcripto ha sido tomado de la Colección documental de Benito de la MATA LINARES que se encuentra en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia (Madrid). Corresponde al tomo 97, que incluye cédulas del período 1493-1600. Parece evidente que MATA LINARES sintió especial atracción por este texto, pues lo transcribió íntegramente, lo que no ocurrió con los restantes allí reunidos, que solían ser breves extractos obtenidos de principales obras jurisprudenciales. Está incluido en el *Cedulario Indiano recopilado por Diego de Encinas*, (1596). Reproducción facsimilar con estudio e índices de Alfonso GARCÍA-GALLO, Madrid, 1945, libro 2, pp. 312.313.

<sup>27</sup> CABRERA, Juan de, *Crisis política. Determina el más florido imperio y la mejor institución de príncipes y ministros*, Madrid, 1719, pp. 607-609.

<sup>28</sup> Papel sin fecha ni firma en AGI, Indiferente General 860.



treza del oficial, para hacerlos presentes a su Superior, con el fin de que declare si se han de exponer o no»<sup>29</sup>.

En este nuevo contexto no parece extraño que la idea se reiterase en boca de tres destacados ministros de la Junta del Nuevo Código de Indias, que en un dictamen de 1782 expresaban que «el Rey no debe dar razón de las leyes que establece ni de sus motivos»<sup>30</sup>. Para entonces había ya un desbordado crecimiento del absolutismo real que se constata en varias expresiones en el ejercicio del poder. La creación de las secretarías de despacho, como una «vía reservada» separada de la que se comunicaba con el Consejo, dio al rey y a sus ministros una mayor libertad en la decisión legislativa con sensible desmedro de la antigua tradición consultiva de aquel cuerpo, aunque no faltaron algunas reacciones que buscaron restablecer aquella ancestral práctica, como hemos visto. La Real Orden, imperiosa, escueta, acompañada por el Oficio, fueron los tipos legales que representaron el nuevo estilo, con textos desnudos de toda razón o motivos, que no admitían réplica ni súplica y en los que se imponía un aire de superioridad hacia los ministros destinatarios de las provincias indianas. Esta modalidad cundió en los propios distritos americanos, en los mandamientos e instrucciones que los gobernantes locales dictaban dentro de su ámbito jurisdiccional.

Aun así la motivación no desaparece por entonces. Podemos así encontrarla en textos locales, ya para justificar la adopción de medidas graves para castigar los delitos, o ya para ejercer una suerte de didáctica ilustrada.

En los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, de los cuales he reunido y examinado un centenar de piezas<sup>31</sup>, se observa un estilo razonador y motivador aun en tiempos tardíos. Uno de los ejemplos más significativos en este orden es el auto dictado en 1800 por el gobernador intendente de Salta, don Rafael de la Luz, en el que expone que las providencias adoptadas responden a una tarea previa de reunir conocimientos y hacer «bien meditadas consideraciones», además de oír el dictamen de su teniente asesor. En sus casi treinta preceptos explica el porqué y motivación de cada disposición que se establece. Una muestra de lo que interesa aquí resaltar es el capítulo relativo a la comunidad de los montes silvestres, canteras y ríos. Por varias prescripciones reales que empezaron en 1541 se había concedido el uso común de los pastos, montes y aguas de las Indias a naturales y vecinos de ellas. Este régimen, ya generalizado, fue encontrando resistencias a medida que avanzaba la concepción contraria que daba carácter individual y absoluto a la propiedad, con exclusión de los modos de aprovechamiento colectivo. En esta ocasión el intendente de la Luz denunciaba la resistencia de los dueños de estancias y chacras de su jurisdicción a franquear «los montes silvestres, y las canteras de

---

<sup>29</sup> PRADO Y ROZAS, Antonio, *Reglas para oficiales de secretarías*. Madrid, 1755, reedición, Madrid, 1982, pp. 98-99.

<sup>30</sup> A.G.I., Indiferente 1653, Libro de Acuerdos, p. 175.

<sup>31</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, (Edición y estudio), *Los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (época hispana)* Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2004.

que abundan, ni los ríos, o manantiales que las riegan, para que el público se provea de la madera, rama, leña, piedra, laja y pescado, de que necesita...» e indicaba cómo se habían eludido el cumplimiento de esas disposiciones. Agregaba que la ciudad no tenía montes propios o comunes y que las mercedes que concedieron aquellos terrenos al tiempo de la población otorgaron sólo el usufructo y no el dominio absoluto, por lo cual el gobernador apercibía de nuevo a dichos dueños a que no impidiesen el aprovechamiento público bajo determinadas condiciones<sup>32</sup>.

## 7. LA ELABORACIÓN LEGAL EN EL DERECHO LOCAL

Esta línea de pensamiento acerca de la elaboración de las leyes que apreciamos en páginas anteriores se extiende a la vasta normativa, variada y compleja, que constituía el derecho local de las Indias españolas. Bajo la forma de mandamientos, ordenanzas, autos y bandos, los virreyes, audiencias, gobernadores, visitadores, alcaldes y cabildos elaboraban y dictaban una copiosa legislación propia, donde asomaban de diversas maneras el consejo, la deliberación y el acuerdo entre hombres «sabios» o entendidos, según las circunstancias y posibilidades. Así la labor del asesor letrado, o el acuerdo de los cuerpos –como audiencias o cabildos– adquirieron una fuerte presencia en casos notorios. Otras veces en junta particular se oía, comunicaba y consultaba el texto normativo.

Se puede adoptar como ejemplo otra vez a los denominados bandos de buen gobierno. Se percibe de modo bastante generalizado que la elaboración del mismo no solía ser un acto unilateral de quienes lo dictaban, sino que era el resultado de una negociación entre las diversas autoridades de la ciudad, con el consenso de otros ministros, letrados y prácticos. Estas circunstancias no quedaban corrientemente asentadas en los textos, pero hay casos que permiten observar esa práctica, en la que gobernador y cabildo convergían en dar su opinión sobre los puntos que debían incluirse. Estos abarcaban en general la regulación de la vida cotidiana de la ciudad y de la campaña circundante, en aspectos como la religión y moral; la población y su dinámica; el orden edilicio, el tránsito y ordenamiento de la vía pública; la limpieza y salubridad; la seguridad pública; el uso de armas; el abasto de vecinos y moradores; las pulperías y tiendas; los juegos, fiestas y bailes; el trabajo; los vagamundos y pobres; los tratos y contratos; la propiedad; la familia y la casa; la colaboración de los vecinos con la justicia. En la mayoría de estas materias era importante el régimen penal establecido. Dada la magnitud de las cuestiones indicadas, que fue creciendo en la segunda mitad del siglo XVIII, este tipo legal se hizo cada vez más imprescindible en el gobierno y economía locales. Los cabildos encabezaban esa preocupación. Se destaca entre sus miembros, la actuación del procurador general de la ciudad, a cuya iniciativa –planteada a través de memoriales

<sup>32</sup> Idem, 444-452.

o de viva voz en el propio acuerdo capitular— el cabildo o el gobernador disponían el correspondiente bando, que algunas veces era prácticamente hechura de ese funcionario. La reiteración de los principales preceptos y la acumulación en su aplicación —con su esporádica modificación— dieron a estos textos una vigencia renovada, con un alto significado didáctico<sup>33</sup>.

A su vez, otro ejemplo podría ser el tipo legal de las ordenanzas. Sobre la materia Barrero García ha realizado un interesante análisis comparativo de 22 cuerpos normativos de ciudades americanas de ambos virreinos, elaborados en el siglo XVI, que permite observar la existencia de una base literal común en algunas ordenanzas y que no parece tan evidente en otras<sup>34</sup>. Esto nos lleva a distinguir ciertas tradiciones regionales, y sobre todo a mostrar en qué manera podían jugar estos elementos —los comunes y los propios— en el proceso de su elaboración. Aunque el estudio no penetra de lleno en este proceso insinúa con agudeza el interés de ahondar en las circunstancias locales para determinar los motivos tanto de la adopción como de la innovación textuales.

## 8. PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LAS LEYES

Aunque se pueda forzar una distinción entre promulgación y publicación de la ley, lo cierto es que el uso indistinto de dichos términos se mantuvo en España hasta los primeros textos constitucionales del siglo XIX. Se trata de un concepto muy arraigado en el derecho histórico y los actores de la época, teólogos y juristas, no sintieron la necesidad de separarlos<sup>35</sup>.

A fines del siglo XVIII un autor hispano expresaba que «como las leyes son la regla de obrar en la vida civil, es indispensable su publicación para que llegando a noticia de todos puedan observarlas»<sup>36</sup>. Otro autor de mediados de esa centuria resumía el estado de la cuestión afirmando: «Debe ser el precepto de la ley público, y así es constante que debe promulgarse para que valga; pero basta que se publique de cualquier suerte, capaz de ponerla en noticia de todos; es a saber, por pregones, o por órdenes circulares, o estando todo el pueblo

<sup>33</sup> Idem, 49-58.

<sup>34</sup> BARRERO GARCÍA, Ana María, «Las relaciones textuales de las ordenanzas de los cabildos americanos» en *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho, Actas y Estudios*, San Juan (Puerto Rico), 2003, t. I, pp. 157-197.

<sup>35</sup> Sobre esta cuestión, véase RICO LINAGE, Raquel, «Publicación y publicidad de la ley en el siglo XVIII: la Gaceta de Madrid y el Mercurio Histórico Político» en *Anuario de Historia del Derecho Español* (A.H.D.E) t. 57. Madrid, 1987, pp. 265-338. También de la misma autora, «Promulgación o publicación: la voz del legislador en el primer constitucionalismo (1808-1823)» en *A.H.D.E.*, t. 75, Madrid, 2006, pp. 1.013-1.035. Aunque su campo de estudio es posterior resulta recomendable LORENTE SARIÑENA, Marta, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, 2001.

<sup>36</sup> PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier, *Principios del orden esencial de la Naturaleza establecidos por fundamentos de la moral y política, y por prueba de la religión. Nuevo sistema filosófico*. Madrid, 1785, p. 245.

junto en Cortes, o por encerrarse en cuerpo del Derecho que sea público...»<sup>37</sup>. Estas frases condensaban una larga tradición jurídica proveniente del derecho común y castellano que se había trasplantado a las Indias desde los inicios de la colonización. Según se expresaba en las actas capitulares de una ciudad americana a mediados del siglo XVII, y a principios de la siguiente centuria, el método más difundido de cumplir con esa regla era «publicar y pregonar las cédulas de S.M; autos y órdenes del gobierno» en la plaza pública de la ciudad y demás lugares acostumbrados bajo la condición de que toda ley «no llegando a noticia del pueblo no puede parar perjuicio a sus moradores...»<sup>38</sup>.

Los pasajes transcritos, de tiempos y procedencia distintos, son representativos de una opinión común practicada y reiterada en el Nuevo Mundo. Aun así están lejos de satisfacer el tratamiento de una materia que desarrollaba infinidad de peculiaridades a través de los diversos tipos legales, de la visión cambiante de los poderes y de la forma de alcanzar una comunicación apta entre la autoridad que dictaba el precepto y la gente obligada a su observancia.

La necesidad de la publicación se desprendía ya del concepto de ley contenido en las Partidas, dirigido a inculcar en el hombre una conducta enderezada hacia el amor de Dios, la justicia y el bien de la comunidad. Las ordenanzas del Consejo de Indias de 1571 establecían, recogiendo este principio, que las leyes «se publiquen donde y cuando convenga», salvo alguna que fuese secreta<sup>39</sup>. Esta idea fue desenvuelta sin contradicciones sustanciales por teólogos, juristas, moralistas y políticos de la época, quienes insistían en señalar que sólo después de su publicación las leyes empezaban a obligar.

El régimen de publicidad era aplicable en América tanto para las disposiciones sancionadas en la Península, como para las emanadas de autoridades u órganos locales. La heterogeneidad de tipos legales existentes y el destinatario de sus prescripciones definían casuísticamente el criterio, alcance y vías de llevar a cabo esa publicidad. Es pues difícil encontrar reglas fijas al respecto, salvo la idea general ya expuesta. Según García-Gallo, que explica el tema para el siglo XVI, la cláusula de publicación solo se encontraba en aquellas provisiones, cédulas y otros mandamientos de gobernación de interés general y se omitía cuando la disposición estaba dirigida a una autoridad determinada, encargada de darle cumplimiento y ejecución<sup>40</sup>.

Se observa así, por una parte, un conjunto de disposiciones que hablando directamente con determinados jueces, ministros u órganos establecían un proceso de «transmisión jerarquizada» a otras autoridades y súbditos según el contenido y dirección del despacho real. Por otra parte, había disposiciones que por su materia estaban originariamente destinadas a la difusión general. Por

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ DE MESA, Tomás Manuel, *Arte histórico y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España*. (1747) Utilizo la edición de Madrid, 1802, libro II, núm. 8, p. 107.

<sup>38</sup> Archivo General de la Nación, *Acuerdos del extinguido Cabildo de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1907-1933, Serie 1°, tomo XI, p. 288 (año 1661); y serie 2°, t. IV, p. 433 (año 1721).

<sup>39</sup> Se recoge en *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias*, I, II, 24.

<sup>40</sup> GARCÍA-GALLO, «La ley...», cit. 283.

excepción, otros despachos regioes llevaban la expresa indicación de que no se publicasen, sin comunicar su contenido.

Cuando en la segunda mitad del siglo XVIII se erigió con fuerza el absolutismo monárquico, el principio de la publicidad encontró ciertos obstáculos en su aplicación, como la admisión de una extensión desmedida a los despachos reservados o secretos. Pero en general predominó un criterio favorable a la publicidad. En 1767 el Consejo Real de Castilla aventaba ciertas dudas al declarar que «ninguna ley, regla o providencia general nueva se debe creer ni usar no estando intimada o publicada por pragmática, cédula, provisión, orden, edicto, pregón o bando de las Justicias o Magistrados públicos»<sup>41</sup>. Autores de época, como los ya mencionados Fernández de Mesa y Pérez López, o Asso y de Manuel ratificaban por entonces antiguas doctrinas que expresaban que las leyes sólo obligaban después de la publicación. Por supuesto, el Consejo de Indias recordaba por esos años que la práctica observada era expedir cédulas generales a todos los reinos indianos «cuando se da alguna providencia que por punto general innove, altere y derogue lo dispuesto por las Leyes...»<sup>42</sup>.

Observa Rico Linage, con relación a España, que durante el siglo XVIII se advierte una promulgación-publicación en estrecha relación con la existencia y eficacia de la norma y una publicación-difusión en estrecha relación con su observancia y obligatoriedad. Lo que importaba conseguir era el cumplimiento de la voluntad real<sup>43</sup>.

## 9. BANDOS Y PREGONES EN EL DERECHO LOCAL

Dentro de este campo de investigación, puede percibirse a través de unas muestras cómo el régimen de publicidad adquirió un carácter esencial para dotar de fuerza jurídica a las disposiciones que se fueron dictando. Ello ocurría de manera general, a través de los bandos y pregones utilizados para establecer esa comunicación entre las autoridades y los vecinos y moradores.

Una muestra relevante nos ofrece el ya mencionado bando de buen gobierno, mandamiento dictado por la autoridad local que contenía un conjunto articulado de preceptos sobre materias atinentes a la vida cotidiana, dado a conocer públicamente a toda la población. El vocablo «bando», que expresa un modo de difusión, era precisamente una señal significativa de que la esencia de ese mandamiento era su publicación para que, como se decía, «llegue a noticia de todos y ninguno alegue ignorancia».

La publicación, por vía de bando, se constituía así en un requisito para la vigencia efectiva de la norma que se cumplía a través de un acto solemne, que invariablemente se consignaba al pie del documento original y de las copias

<sup>41</sup> Novísima Recopilación, III, II, 12.

<sup>42</sup> Consulta del Consejo de Indias al rey. Madrid 8 de julio de 1743, A.H.N, Códices 753 B, Ayala «Consultas y pareceres, t. II, f. 102 v-103».

<sup>43</sup> RICO LINAGE, «Publicación..», cit. 338.

que se distribuían para su publicación en otros lugares. La ceremonia se realizaba en calles y plazas con la pretensión de atraer la mayor concurrencia de vecinos y moradores, lo cual quedaba asentado en el acta que levantaba el notario. Se aprovechaba a veces, especialmente en la campaña, la ocasión de algunas festividades para realizarla después de la misa principal, por considerar que era uno de los días de concurso de «toda clase de gente».

La comitiva que se formaba para dar cumplimiento a dicha formalidad se integraba habitualmente por el escribano público y de gobierno o cabildo, la tropa que marchaba a son de cajas de guerra y el pregonero. El recorrido se hacía por «parajes públicos y acostumbrados» –como se decía– en los cuales el pregonero anunciaba en «altas voces» el nuevo bando. Según parece, a veces se limitaba a hacer el anuncio, pero lo más frecuente era que se procediese a su recitado o lectura por el mismo pregonero o por el escribano o ministro pertinente. La formalidad se completaba con la colocación de una copia del bando en los parajes públicos señalados y en el frente de la casa capitular. Según señalaba un ministro, la impresión de los bandos y providencias mejoraba el aseo y exactitud de los textos y principalmente suscitaba «el respeto y atención» de la gente común de los pueblos<sup>44</sup>.

Algunas de estas ceremonias se prolongaron por varios días para alcanzar a cumplir su cometido. En 1594 se pregonaron en Lima los 248 capítulos de las Ordenanzas Generales para el buen gobierno de la ciudad, expedidas por el virrey García Hurtado de Mendoza, que demandó seis días de pregones «en altas e inteligibles voces» en un paraje céntrico. Su contenido regulaba materias, como el abasto, los oficios, el comercio y distintos aspectos de la vida comunitaria<sup>45</sup>.

En ciertas ocasiones, la publicación de los preceptos se extendió a los lugares o capillas de un distrito, o a las chacras y estancias de los vecinos. A veces se consideró conveniente distribuir copias a los jueces. Pero en otras oportunidades se redujo la publicación a fijar un ejemplar del mandamiento en las puertas del Cabildo.

A este régimen de publicidad de normas locales se sumaron aquellas disposiciones reales que llegaban desde la Península y que por su contenido, las autoridades locales consideraban que debían ser difundidas a todo el pueblo.

En cuanto a la relación y tratamiento de los aborígenes, la Corona manifestó su preocupación por la falta de cumplimiento de las leyes que a ellos se referían. En Real cédula de 26 de julio de 1541 dirigida al Virrey y gobernador del Perú se expresaba que «somos informados que a causa de no se haber publicado se han dejado y dejan de cumplir y poner en efecto algunas de las muchas provisiones y cédulas nuestras, así sobre la instrucción, conversión y buen tratamiento de los naturales de esa tierra, como para la buena gobernación de

---

<sup>44</sup> El Intendente de Buenos Aires, Manuel Ignacio Fernández al ministro Galvez, 5 de febrero de 1779 (A.G.I., Buenos Aires, 307).

<sup>45</sup> Ordenanzas generales del Virrey don García Hurtado de Mendoza para el buen gobierno de la ciudad de Lima. Lima, 24 de enero de 1594 en Real Academia de la Historia (Madrid). Colección documental de don Benito de la MATA LINARES, t. XXI, p. 368-416.

ella». Por ello disponía que una vez al año se presentara en el cabildo la capitulación y todas las instrucciones, ordenanzas, provisiones y cédulas reales dadas para esa tierra para que se pregonen; y se sacase un sumario de las ordenanzas para facilitar su conocimiento<sup>46</sup>. Hubo también casos excepcionales, como ocurrió con las Leyes Nuevas de 1542 y 1543, cuyo texto fue leído desde el púlpito de las iglesias y además traducido a lenguas indígenas<sup>47</sup>.

Entre los modos de publicación de las normas peninsulares y locales, falta indagar en qué medida los periódicos americanos o ultramarinos, sobre todo en el siglo XVIII, se hicieron eco de las mismas, como ocurrió en España<sup>48</sup>.

## 10. REGISTRO Y GUARDA DE LOS DESPACHOS. LECTURAS ANUALES

Desde el siglo XVI se hace patente el interés de la Corona por asegurar, además de la publicación inmediata cuando correspondiese, la guarda y conservación de las leyes para su conocimiento posterior. La mayoría de los despachos regios que llegaban a la ciudad, dirigidos a autoridades o vecinos, eran presentados al cabildo para solicitar su ejecución, quedando allí registrados, pero sin estar sometidos a un régimen de publicidad abierto. Una de las primeras medidas adoptadas fue, a imitación de Castilla, que en cada ciudad, audiencias y cabildos formasen, un libro de leyes con índice en donde se copiasen los textos recibidos para evitar el deterioro de los despachos originales y prevenir su pérdida. Luego se agregó el encargo de formar una tabla con breve extracto de las disposiciones, para colocar en lugar público. En la práctica, estas medidas no aseguraron la plena publicación de las leyes.

Otro intento en la misma dirección, se hizo poco después al disponerse la reiteración de la publicación de algunas disposiciones legales, como las ordenanzas de audiencias y cabildos. Este método de pregón anual de las mismas aparece en diversos textos de la época, pero desconocemos su éxito práctico. Es probable que cayese en desuso el cumplimiento estricto de un método que imponía una extensa y fatigosa lectura de normas legales, cuando había en muchos casos textos impresos. La reiteración de la publicación encontró también una nueva vía que permitía, cuando se estimaba que alguna disposición había caído en el olvido, reproducirla a través de una nueva ley, o mandar que se pregonase

El resultado de estos intentos, si bien mostraban el interés de la Corona y de otras autoridades locales por difundir la normativa que se iban dictando, no debió ser satisfactorio si nos atenemos a lo que expresaban algunos juristas de la época.

---

<sup>46</sup> GARCÍA-GALLO, Alfonso, «El proyecto de 'Código Peruano' de Gaspar Escalona y Agüero» en A.H.D.E., n° 17, Madrid, 1946, pp. 908-909.

<sup>47</sup> GARCÍA-GALLO, «La ley..», cit. 189-190. También MUÑOZ OREJÓN, Antonio, *Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Indiano*, México, 1989, p. 59.

<sup>48</sup> RICO LINAGE, «Publicación..», cit.

Así en la tercera década del siglo xvii, el consejero Rodrigo de Aguiar y Acuña, al fundamentar su iniciativa de llevar a cabo una compilación de esas leyes, decía que pocas habían podido llegar a noticia de los pueblos. De otras publicadas –agregaba– a fuerza de no practicarlas, se había perdido la memoria y quedaron en el olvido, siendo sólo para conocimiento de «los oficiales de papeles», que se convertían así en árbitros de su uso público por parte de los interesados<sup>49</sup>.

El acceso al texto de una norma indiana no resultaba tampoco fácil a las mismas autoridades peninsulares, como lo testimonia una real cédula de 26 de abril de 1648 que mandaba a virreyes, presidentes, gobernadores y oficiales de hacienda y encargaba a arzobispos y obispos de todas las provincias que cuando, en sus cartas, se refiriesen a cédulas y ordenanzas, no sólo las individualizasen sino que enviasen juntamente copias auténticas de las mismas «para que con esto se pueda tomar más breve y acertada resolución en lo que me escribieron». Se fundamentaba esta disposición en que a veces la alegación de ordenanzas y cédulas adolecía de incertidumbre y no era posible hallarlas ya sea por este defecto o por faltar alguno de los libros antiguos, provocando la dilatación de los expedientes<sup>50</sup>.

## 11. IMPRESIÓN Y DIFUSIÓN DE CUERPOS LEGISLATIVOS

Cuando se trataba de los cuerpos legislativos promulgados o autorizados por el rey la vía de publicación era distinta. En casos como el de la Recopilación de 1680 una vez hecha la impresión a cargo de la Corona se establecía un modo de distribución y venta de los ejemplares que llegaba a las principales autoridades, órganos locales de gobierno, justicia y hacienda, con obligación de que los nuevos ministros que se nombrasen adquiriesen su propio ejemplar. Se producía así una circulación interna dentro de las oficinas, tribunales y bibliotecas de oidores y abogados que se transmitía a las siguientes generaciones. Las reediciones de estos cuerpos y sobre todo la incorporación e invocación de sus preceptos en las obras jurisprudenciales sirvió como un medio adicional de mantener vivo el conocimiento de esas leyes.

Desde el siglo xvi se mostró abierta esta vía tanto en España como en Indias. En 1560 aprobó el rey la iniciativa surgida en Nueva España de reunir esas disposiciones reales. La tarea fue encomendada al oidor Vasco de Puga, quien elaboró la primera recopilación conocida de las leyes de Indias. Aunque sin sanción oficial, reprodujo las disposiciones existentes en los archivos locales, en series cronológicas, con una breve tabla alfabética<sup>51</sup>.

En 1596 se imprimió, en cuatro volúmenes, el hoy llamado *Cedulario de Encinas*, cuya pequeña tirada de 50 ejemplares estaba destinada sólo a servir de instrumento de labor al Consejo de Indias y a otros ministros. Algunos ejemplares llegaron más tarde a Lima y México para uso de audiencias y virreyes,

<sup>49</sup> GARCÍA-GALLO, «La Ley...», cit. 283.

<sup>50</sup> Copia en A.H.N., Secc. Universidades, 1170 F (t. XIX) f. 218.

<sup>51</sup> GARCÍA-GALLO, «La Ley...», cit. 284-285.



como lo comprueban ciertas invocaciones de su contenido pero su circulación fue muy escasa en el resto de América. De forma indirecta se conoció a través de las citas incluidas en obras jurisprudenciales. Si bien cumplió con el objetivo inicial, su alcance quedó acotado en razón del límite temporal de la compilación y de su defectuosa impresión<sup>52</sup>.

Un paso adelante representó décadas después la publicación de *los Sumarios de la Recopilación General de las Leyes*, bajo el nombre del consejero don Rodrigo Aguiar y Acuña. En su elaboración cumplió una tarea principal Antonio de León Pinelo. De los ocho libros previstos en la obra, sólo alcanzaron a publicarse los cuatro primeros. Constituía un avance esquemático de la futura Recopilación. Pese a que sólo se consignaba un epítome de cada ley, a falta de otro cuerpo de estas características dentro de la cultura jurídica de la época, servía para uso de tribunales, ministros y autores indianos. Aunque la tirada se hizo para conocimiento del Consejo, lo cierto es que fue utilizado durante el largo medio siglo que transcurrió hasta la edición oficial de la Recopilación, contribuyendo algunos autores, como Solórzano, a redoblar su difusión. En Nueva España se reimprimieron esos *Sumarios* en 1677 con otro volumen de disposiciones reales posteriores publicado al año siguiente que reunió el oidor Juan Francisco de Montemayor y Cuenca, como ejecutor de un proyecto encomendado por la audiencia, a iniciativa del virrey<sup>53</sup>.

*La Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* «mandadas imprimir y publicar» por el rey Carlos II –como dice la portada– es el cuerpo legal más representativo del derecho indiano. La ley promulgatoria del 18 de mayo de 1680, al hacer el historial de la misma, señala que la intensa actividad legislativa de los reyes desde el descubrimiento «por la dilatación y distancia de unas Provincias a otras, no han llegado a noticia de nuestros vasallos, con que se puede haber ocasionado grande perjuicio al buen gobierno y derecho de las partes interesadas». Más adelante agregaba que todo lo proveído y acordado «es justo que llegue á noticia de todos, para que universalmente sepan las leyes con que son gobernados, y deben guardar en materias de gobierno, justicia, guerra, hacienda y las demás, y las penas en que incurren los transgresores...». Por último, la real cédula de 1 de noviembre de 1681 dio licencia y facultad para que por cuenta del Consejo de Indias se pudiese imprimir la Recopilación, a fin de que las leyes sean «publicadas, cumplidas y ejecutadas, como conviene». Los pasajes extraídos de estas dos importantes piezas legales no sólo abrían la vía para la impresión y publicación requerida sino que destacaban la necesidad de que las leyes llegasen a noticia de los vasallos no sólo para atender al buen gobierno sino también en beneficio de sus intereses<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Una amplia información en MANZANO, Juan, *Historia de las recopilaciones de Indias*, 2º edición, Madrid, 1981, tomo II, pp. 303-343.

<sup>53</sup> Véase Idem, II, 98-12754. CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, «Los Sumarios de Montemayor. Un proyecto de recopilación de mediados del siglo XVII en la Nueva España en BARRIOS Feliciano, (coord.), *Derecho y Administración públicas en las Indias Hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Cuenca, 2002, vol. I, pp. 333-342.

<sup>54</sup> Estas dos leyes encabezaban la edición oficial de la Recopilación de 1680.

Durante el siglo XVII se desarrolló en el Perú una corriente recopiladora local que tuvo interesantes manifestaciones a través de la actuación de algunos juristas. El virrey Conde de Chinchón, encargó en 1634 a Gaspar Escalona y Agüero la revisión y ordenamiento del material legislativo de los archivos virreinales. De esta tarea surgieron el proyecto del *Código Peruano* y más tarde la obra *Gazophilatium Regium Perubium* (1647). Esta última era una laboriosa fijación de textos reales y locales, entre estos un «compendio sustancial» de las ordenanzas de minas del virrey Toledo. Tuvo una prolongada resonancia que se manifestó con posteriores reediciones en esa centuria y en la siguiente. En cambio, el *Código Peruano* quedó en la faz proyectiva y ni siquiera se conoce si llegó a componerse la obra, pero revela en materia de publicación de la ley un interesante ejemplo. Se trata de una iniciativa fundada en antiguas cédulas reales de 1541 y 1564 que mandaban al gobernador y la audiencia pregonar anualmente y guardar todas las instrucciones, ordenanzas, provisiones y cédulas reales acerca de la instrucción, conversión y buen tratamiento de los naturales de la tierra como para la buena gobernación de ella. Gaspar Escalona propuso a ese fin realizar una recopilación de provisiones, y ordenanzas promulgadas sobre dicha materia por virreyes y gobernadores del Perú así como de disposiciones reales. Sería un libro manual y breve que podría servir a los indios para instrucción y enseñanza de la lengua castellana. La intención del autor era incluir los privilegios apostólicos y reales, y los relativos al gobierno espiritual, temporal y patrimonial, según los cuatro libros que constituirían la obra proyectada<sup>55</sup>.

Bajo el Virreinato del Duque de la Palata se alcanzó la fijación legislativa en las *Ordenanzas del Perú*, impresas en 1685, como «leyes municipales de estas Provincias», tarea que el Virrey había encomendado al licenciado Tomás de Ballesteros. Obra exclusivamente legal, recogía ordenanzas reales y virreinales, cédulas reales, y autos acordados de la audiencia. En el libro primero predominaban las normas de origen real; en el segundo se incluían disposiciones sobre los indígenas y las ordenanzas del virrey Toledo; y en el tercero, relativo a minas e ingenios eran recogidas casi todas disposiciones locales sobre la base de las dictadas un siglo atrás por Toledo con modificaciones y agregados de virreyes posteriores. El Consejo de Indias aprobó la impresión de la obra, bajo el entendimiento de que eran las Ordenanzas de aquel virrey y las de los Tribunales. Aun cuando no se continuó con los otros tomos anunciados, la obra tuvo larga vigencia y fue reeditada en 1752<sup>56</sup>.

Un caso inusitado acaecido hacia fines del siglo XVIII puso en jaque a esta delicada construcción jurídica de la publicación de la ley. La historia arranca con el decreto real de Carlos III, que en 1776 formó una Junta de Leyes encargada de elaborar el código que reemplazara a la Recopilación vigente. Integrada por consejeros de Indias y otros ministros, la Junta decidió encomendar a

<sup>55</sup> Una noticia completa sobre este proyecto véase en GARCÍA-GALLO, «El proyecto del Código Peruano...» cit. 889-920.

<sup>56</sup> Véase TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «El derecho municipal del Perú. Apuntes sobre su configuración» recogido en *La ley...* cit. 311-345.

don Juan Crisóstomo de Ansotegui la redacción del proyecto. Cuatro años después, dicho ministro presentó el libro primero, dedicado a materias eclesiásticas. En los años siguientes, la Junta trabajó intensamente pero la labor se hizo lenta al producirse frecuentes enfrentamientos entre posturas tradicionales y progresistas, predominando una actitud general crítica ante el proyecto. Sólo en 1790 fue presentado ante el rey el texto definitivo que debía reemplazar al libro primero de la Recopilación. Carlos IV le dio sanción en marzo de 1792, sin que pasara previamente por el Consejo y dispuso que dichas leyes se fuesen poniendo en uso y práctica por parte del Consejo, los fiscales y los Secretarios de Despacho en todos los casos que ocurriesen. Todo ello sin previa publicación<sup>57</sup>.

La gravedad de tan insólita medida fue advertida al propio monarca tanto por la Junta que había elaborado el cuerpo legal, como más tarde por el Consejo de Indias. La oposición escrita de ambos órganos fue enérgica, señalando que la falta de publicación constituía un vicio esencial en la existencia misma de la ley, el cual sólo se subsanaría con la impresión y distribución de su texto.

El Consejo de Indias observó que en el Decreto «no se previene la promulgación y publicación previa de dichas leyes», y que se indicaba que el nuevo cuerpo debía quedar en copias manuscritas para uso del Consejo, sin comunicarlo a los tribunales indianos ni hacerlo público en las provincias. Era entonces el momento en que, en un párrafo sustancial, el Consejo expresaba su firme disidencia en esta materia: «...la promulgación de las leyes, no sólo es indispensable para que lleguen a noticia de los que las han de cumplir y observar, sino que pertenece a la esencia de ellas, de manera, que aunque la Ley esté decretada y mandada promulgar por el Príncipe, y aunque llegue privadamente a noticia de los vasallos, no obliga a éstos, mientras no se ha ejecutado la promulgación solemne, y esta es la Doctrina común en la materia, así en la Jurisprudencia Romana, como en la de nuestro Reino, y en la Canónica».

Esta era la doctrina que se apreciaba entonces, «publicándose en la Corte con la mayor solemnidad cualquiera ley nueva». Y agregaban que para una colección de leyes, como el Nuevo Código, la forma de publicación prevista debía ser la impresión y distribución de su texto, como había ocurrido con la Recopilación de 1680.

Aunque la respuesta del monarca se hizo esperar varios años, hasta 1799, e incursionó por ambiguos senderos, representó un reconocimiento indirecto de la doctrina sustentada por los consejeros al aceptar la pretensión del Consejo de examinar en su oportunidad el nuevo proyecto de código que ahora se encomendaba a otro ministro, tras la disolución (que decretaba) de la Junta de Leyes. En fin, se intentaba borrar el error cometido. De este modo, en las postrimerías de la inmensa Monarquía Española quedó afirmado aquel antiguo principio de la publicación de las leyes<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Sobre la historia del Nuevo Código veáse MUÑOZ OREJÓN, *Lecciones...* cit., pp. 131-137 aunque no desarrolla la cuestión tratada en el texto.

<sup>58</sup> El caso, con transcripción de la consulta, en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «La formación y promulgación de las leyes indianas. En torno a una consulta del Consejo de Indias en 1794», recogido en Idem, *La Ley*, cit. 145-171.

## 12. EPÍLOGO

Considero que aportaciones como la presente no quedan acabadas sin que se incorporen a la cadena de conocimientos que construye el aparato científico de una disciplina y si es posible de un área de estudios de mayores dimensiones. Es obvio que el tema de la ley, en lo que respecta al pasado y presente de la ciencia jurídica, sobresale en vivo relieve por lo que representa en el funcionamiento de toda sociedad organizada. Mi pretensión es enteramente más modesta. Las páginas anteriores han insinuado apenas la aproximación a una materia vasta y de tratamiento delicado. Los datos aportados podrían sumarse a un plan de trabajo con alcance histórico-comparativo que permita ampliar el campo de observación y conocer, entre otras asuntos, el avance de la ley en la época moderna en relación con el Derecho de Castilla y de otros reinos peninsulares; y las peculiaridades de un orden elaborado con sentido creativo por generaciones de juristas para las Indias españolas, con posible expansión a otros espacios territoriales y prolongación más allá de la disolución del poder español en América.

Aunque parece evidente a estas alturas reconocer la idea de un trasplante del modo de vida, organización y cultura jurídica de Castilla al Nuevo Mundo, también lo es que las condiciones y exigencias con que este trasplante se fue presentando a la gente colonizadora –y, por cierto, a los letrados– condujeron a una adaptación o sustitución de criterios jurídicos para acomodarlos a esas necesidades<sup>59</sup>.

Esta consideración no se reduce a ciertas reglas o leyes especiales –que es lo más evidente en la lectura documental– sino que se extiende a la formación de una mentalidad que sólo se hace visible con un afinamiento de la percepción. Así puede observarse cómo leyes castellanas tenían distintas lecturas, según fuese en España o en América. Lo mismo ocurría con los despachos indianos expedidos desde la Corte. Y también un mismo caso podría merecer razones y soluciones distintas, según fuese examinado por autoridades y tribunales peninsulares o americanos. Esta situación era aceptada por los hombres de la época en el entendimiento de que las enormes distancias y la vastedad territorial fueron creando en los centros estratégicos –sedes virreinales y audienciales– y en otras ciudades periféricas y sus jurisdicciones sendas culturas jurídicas, unas letradas y otras populares que, aunque derivadas de un saber común, producían distintas expresiones, según fuesen las características geográficas y humanas de las provincias o comarcas. Notorios ejemplos en este campo encontramos en la justicia penal<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «Cultura jurídica y órdenes normativos en la colonización española en América. Una visión panorámica» en Aldo ANDREA CASSI-Alberto SCUMÉ (al cuidado de), *Dalla civitas maxima al totus orbis. Diritto commune europeo e ordo iusis globale tra eta moderna e contemporanea*. Rubbettino, Catanzano, pp. 117-141.

<sup>60</sup> Véase AGÜERO, Alejandro, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

Esta posición ha sido revelada por nuevos estudios que, aunque pueden hallar sus raíces en antiguos maestros, adquirieron vigor en las últimas décadas, con una consistente etapa de interrogantes, insinuaciones y primeras afirmaciones sobre bases documentales. Así, por ejemplo, en un terreno tan sensible como el conocimiento e invocación de la ley en las provincias indianas se percibe que el discurso jurídico –letrado o lego– era igualmente eficaz cuando se exponía un criterio jurídico o legal reconocido, sin necesidad de mencionar el texto legal, como exigirían luego los tiempos del positivismo. Esta actitud podría tanto interpretarse como un menor relieve del elemento legal, o como un recurso de necesidad ante el deficiente método de difusión de la ley. O ambos a la vez. Cabría preguntarse si lo mismo ocurría en Castilla, o era propio sólo de un régimen más abierto como el existente en América, donde operaba una normativa castellano-indiana de doble procedencia, con diferentes orígenes y criterios de aplicación. Puede conjeturarse que para un jurista o magistrado de aquella época era difícil acceder al conocimiento de la totalidad del aparato legal, y de hecho el Consejo de Indias no contaba con un registro de las disposiciones que se dictaban en las provincias indianas. El modo de actuar del operador jurídico no consistía en agotar su tarea en una minuciosa búsqueda de textos legales, sino en atender principalmente a los incorporados a las compilaciones o recopilaciones, y también a las que incluían las obras jurisprudenciales, dando pleno vuelo a un amplio desenvolvimiento de otras fuentes jurídicas. Esto supone la necesidad, de adoptar un cambio de ángulo visual con relación a una antigua historiografía, apegada a criterios legalistas.

La misma doble mirada se observa sobre las recopilaciones. Recientemente se ha puesto en duda una primera visión que daba a estas empresas un mismo sentido, de contenido y valor, tanto en España como en las Indias. Se abre ahora la hipótesis de que el valor de las recopilaciones realizadas en América sería distinta de las hechas en España, incluso en el caso de que el proyecto americano tuviese como modelo una recopilación elaborada en la Corte: los contenidos que interesaban a unos y otros podían ser diversos. Se ha expuesto esta hipótesis con motivo del análisis de la reedición de los *Sumarios* de Aguiar y Acuña, realizada en México<sup>61</sup>. Si avanzamos en este rumbo podremos también observar vistas diferentes, peninsulares y americanas, y aun entre sus diferentes provincias, acerca de leyes de la propia Recopilación de 1680, cuya interpretación y criterios de aplicación variaban según lugares, situaciones y tiempos.

El estudio de estas y otras cuestiones alrededor del magno tema de la ley es un campo fértil a nuevos enfoques y puntuales trabajos de campo en el dilatado mundo hispano.

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI\*

---

<sup>61</sup> CABALLERO JUÁREZ, cit. 340-341.

\* Investigador Superior del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina. Director del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.



## La ley en la España del siglo XVIII

SUMARIO: Introducción–1. Orden antiguo y leyes nuevas.–2. Ley unitaria.–3. Ley regalista.–4. Ley patria.–5. Ley de Cortes: de las primeras Cortes hispánicas [y ley *fundamental* de sucesión] de 1712-1713 a las Cortes de 1789.–6. Ley real.–7. Ley recopilada: sus ediciones dieciochescas.–8. Ley *extravagante* o no recopilada.–9. Ley coleccionada.–10. A manera de resumen: ley reformista

En una época que avanza hacia la plenitud del llamado Antiguo Régimen, la ley, expresión jurídica del rey y de los reinos en la tradición hispánica, adquiere notas nuevas características del régimen borbónico. Sobre el antiguo orden de la Monarquía católica, esa *Corona gótica, castellana y austriaca* en la síntesis dinástica de Saavedra Fajardo<sup>1</sup>, cuyas fuentes normativas eran *leyes, fueros y costumbres* de reinos y señoríos en el sentir del último rey de la Casa de Austria, se impondrán ciertos principios políticos, doctrinales y casuísticos que dieron a la ley su peculiar forma dieciochesca. Por entonces se asume el concepto tradicional de ley propio del pensamiento cristiano y filosófico español, desde san Isidoro de Sevilla a Martínez Marina, que exige ser justa, necesaria, útil, acomodada a las circunstancias del tiempo y del país en una cultura históricamente conformada. De forma más sencilla, el *Diccionario de autoridades* de la Academia Española (1713) que define la ley al modo usual como «la regla y medida de lo que se puede y no se puede hacer» con su conocida división en divina, natural, evangélica o de gracia, humana, civil, municipal...<sup>2</sup>, recuerda antiguas enseñanzas clásicas mantenidas por los

---

<sup>1</sup> D. SAAVEDRA Y FAJARDO, *Corona gothica, castellana y austriaca políticamente ilustrada*. 2 ed. Madrid, por Andrés García de la Iglesia, 1658.

<sup>2</sup> *Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las frases o modos de hablar, los proverbios o refranes, y otras*

*libros de leyes* medievales (Espéculo, Partidas) mejor que otras más técnicas de juristas y teólogos explicadas en tratados doctrinales y comentadas en los Estudios de Leyes y Cánones.

Aceptada su impronta histórico-moral y jurídica, es posible rastrear las novedades de la ley a la luz de la experiencia dieciochesca, plural y pacticia en su origen, unitaria y reformista en su desarrollo, regalista y nacional en su espíritu, recopilador y casuista al modo antiguo e interpretada internamente por los autores patrios en el siglo de Moser, Montesquieu y Filangieri. Es la nueva ley borbónica que, en rápida síntesis, se reconoce en principio como del rey y del reino al estilo plural austriaco; regalista y patria en el *ius publicum* posterior, *fundamental* según la denominación francesa (que sustituye a las *sobreleyes* o *leyes perpetuas* de la tradición castellana) o *constitucional*, referida al régimen político histórico o vigente desde mediados del siglo; humanista e ilustrada con la *feliz revolución* de Carlos III, extendida a todos los campos; recopilada o simplemente coleccionada en una época que avanza imparablemente hacia la codificación.

Esta ley, siguiendo el modelo autocrático impuesto en la Castilla vencida tras las Comunidades, representa ante todo el poder del rey, su *ius regale* o soberanía, como última manifestación del viejo *absolutismo* legal bajo la forma de *reglamentismo* borbónico desde la pragmática, decreto y provisión al humilde bando de gobierno. Pero al tiempo expresa históricamente el poder del reino que sigue concitando el necesario consentimiento en los actos solemnes de los juramentos reales y en las leyes de Cortes que, por vez primera, a salvo las Cortes propias del reino de Navarra, tendrán carácter hispánico. Es una ley que, con la voz del rey, habla el lenguaje *consultivo* de los Consejos de la monarquía, el *reservado* de la vía reformista de los Secretarios de Estado y del Despacho o el *casuístico* de los compiladores que cierran el ciclo legislativo del siglo preparando la Novísima Recopilación en el tiempo nuevo que trabaja con método racionalista el *código legal* y la Constitución.

## 1. ORDEN ANTIGUO Y LEYES NUEVAS

La ley en la nueva monarquía borbónica vino determinada en principio por el orden antiguo de los reinos. El testamento de Carlos II, leído ante los presidentes de los Consejos y una representación de los grandes de España a los que se encomendó el gobierno interino de la monarquía, llamaba a la sucesión de todos *sus* reinos y señoríos a Felipe, duque de Anjou, hijo segundo del Delfín de Francia y nieto del poderoso Luis XIV de Borbón (el único rey capaz de preservar la unión de las *Indias* a la Monarquía católica o *universal*). En el despacho que la Junta de Gobierno Universal remitió a duque de Anjou el

---

*cosas convenientes al uso de la lengua [...] Compuesto por la Real Academia Española. Tomo primero. Que contiene las letras A.B. Madrid. Imprenta de Francisco del Hierro. 1726 [tomo sexto, 1739]. Tomo cuarto (1734) s.v. Lex/Ley pp. 394-395.*



mismo día del fallecimiento del postrer rey de la Casa de Austria en España (1, XI, 1700) se le comunicó el mandato testamentario de darle posesión de los reinos, «precediendo el juramento que debe hazer de observar las Leyes, Fueros y costumbres de los Reynos y Señoríos», con la misma fórmula que ya constaba en el último testamento<sup>3</sup>. Una condición impuesta en el marco sacramental de la monarquía de origen divino que dio lugar a diversos actos oficiales perfeccionados por el juramento de fidelidad y homenaje de los reinos.

En la Corona de Castilla, donde las Cortes habían perdido su antigua representación corporativa del reino (1538) y las nuevas Cortes ciudadanas habían dejado de reunirse en 1665, este acto solemne planteó un problema constitucional que hubo de ser resuelto apelando a la vieja fórmula de juramento del príncipe heredero<sup>4</sup>. El acto de jura celebrado en San Jerónimo el Real de 8 de mayo de 1701, en el que el nuevo rey juró ante nobles, prelados y comisarios de las ciudades de voto en Cortes (aparte de ciertos miembros de los Consejos de Castilla, Cámara, Aragón, Flandes, Italia, Indias y Órdenes) mantener la integridad del patrimonio regio y guardar las «*libertades y franquezas, excepciones y privilegios*» de los reinos de Castilla y León recibiendo en contrapartida el juramento, pleito homenaje y fidelidad de los nuevos súbditos «según fuero y costumbre de España»<sup>5</sup>, anudó con vínculo pacticio el cambio dinástico.

Pero más allá del acto protocolario estaba la concepción de la ley que, por sí misma, representaba al reino y que como tal sólo podía emanar de las Cortes con el rey. Frente a esta tradición regnícola, hacía tiempo que en Castilla se había impuesto otra concepción *legista* que concedía a los mandatos de los reyes igual o superior fuerza normativa. Desoyendo las enseñanzas de los procuradores del reino en otro momento crucial de cambio de dinastía, como en la anterior austríaca se había hecho de la pragmática y demás cartas reales un medio de afirmar el poder institucional de la monarquía en lucha dialéctica con la legali-

<sup>3</sup> *Testamento de Carlos II*. Edición facsimilar con introducción de A. DOMÍNGUEZ ORTIZ. Madrid, 1982. Una visión general de la realeza en J. A. ESCUDERO (dir.), *El Rey: Historia de la Monarquía*. 3 vols. Barcelona, Planeta, 2008.

<sup>4</sup> S. M. CORONAS GONZÁLEZ, «El Principado de Asturias: Juramento y Pleito Homenaje en la Asturias del Antiguo Régimen», en *Príncipes de Asturias. Juramentos. Libro de los Juramentos, Pleito Homenaje y Proclamaciones del Principado de Asturias (1709-1834)*. Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2001, pp. XIII-LIV; cf. M.<sup>a</sup> C. SÁNCHEZ ALONSO, «Juramentos de príncipes herederos en Madrid (1561-1598)», en *Anales del Instituto de Estudios Madrileños* 6, 1970, pp. 29-41. Ver P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella historia costituzionale dell'Occidente*. Bologna, 1992.

<sup>5</sup> El «*assí lo digo, prometo, confirmo y juro*» del primer rey borbónico simbolizó la continuidad del antiguo régimen de gobierno, resumido en la *costumbre de España*, que obligaba jurar al rey «ante que reciba el regno» respetar los fueros, privilegios y libertades de sus pueblos. Ver, A. UBILLA Y MEDINA, *Juramento y Pleito Omenaje que los reynos de Castilla y León, por medio de sus Capitulares y los Prelados, Grandes y Títulos, y otras personas hizieron el día 8 de mayo de 1701 en el Real Convento de S. Jerónimo, Extramuros de la Villa de Madrid a el Rey Nuestro Señor Don Phelipe Quinto, hijo del Sereníssimo Señor Delphin y de la Sereníssima Señora Doña Mariana Christina Victoria, Princesa Electoral de Baviera y del que su Majestad hizo a sus Reynos* [Madrid, 1701]; del mismo autor, *Sucesión de el rey D. Phelipe V nuestro señor en la Corona de España*, Madrid, 1704, pp. 101 y ss.

dad de Cortes<sup>6</sup>. Y fue por esta senda autocrática de largo camino histórico la seguida por la nueva dinastía borbónica en Castilla, salvo la somera limitación del poder real que pudiera deducirse de la escritura de juramento y la confirmación de los «buenos usos, costumbres y ordenanzas confirmadas» como preocupación residual de sus Cortes. Tan solo ciertas medidas de reforma o de *nueva planta* adoptadas por el Consejo de Gabinete con el fin de sanear la hacienda real hicieron pensar a ciertos magnates y *padres de la patria* sobre la conveniencia de celebrar Cortes generales en Castilla, «con las cuales se daría asiento, de común consentimiento, a muchas cosas y confirmarían el homenaje al rey de los pueblos»<sup>7</sup>; idea descartada inmediatamente por la actitud contraria de los Consejos de Castilla y de Estado que, en su papel de celosos guardianes del poder del príncipe y dando por supuesto que, con las Cortes, este poder quedaba como *en paréntesis*, lograron prolongar el vacío institucional abierto en 1665. De nada sirvió el malestar de esos nobles de Castilla que consideraban justamente que *negarlas era opresión*, disgusto acrecido al conocer que el nuevo rey había celebrado Cortes en Cataluña<sup>8</sup>. La *lex regia* se impuso desde el principio sobre la significación pacticia de las Cortes y el *ius regale* venció nuevamente al reino en la nueva dinastía. *Lex* y *ius* reales que, sin embargo, no pudieron orillar ni suplir la falta de consentimiento del reino, vicio consustancial al *absolutismo legal* predicado durante siglos por los legistas favorables al poder real de Castilla en detrimento de la antigua concepción pacticia de la ley<sup>9</sup>. Castilla, sojuzgada por

<sup>6</sup> «y por esto los reyes establecieron que cuando olieren de hazer leyes se llamasen Cortes...y por esto se estableció ley que no fiçiesen ni revocasen leyes sino en Cortes...e quando leys se olieren de hazer manden llamar sus reynos e procuradores dellos». Cortes de Valladolid de 1506, pet. 33 (*Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*. Real Academia de la Historia, Madrid, 1861-1903,=CLC, IV, p. 225, 233); Cortes de Burgos de 1512, pet. 19 (CLC, IV, p. 242). Frente a estas enseñanzas de Cortes se alzó la pragmática real, de cuyo mal uso— número excesivo, prolijidad, ineficacia... hicieron chanza escritores satíricos y legistas (Ver en general F. Gil Ayuso, *Noticia bibliográfica de textos y disposiciones legales de los reinos de Castilla impresos en los siglos XVI y XVII*. Madrid, Patronato de la Biblioteca Nacional, 1935; actualmente, dirigida por M. Artola y con el mantenimiento y actualización de la Real Academia de la Historia, se reúne la *Legislación histórica de España* desde el siglo X hasta 1868 (<http://www.mcu.es/archivos/lhe/index.html>).

<sup>7</sup> V. BACALLAR Y SANNA, marqués de San Felipe, *Comentarios de la guerra de España e historia de su rey Felipe V, el Animoso*, Ed. y estudio preliminar de C. SECO SERRANO, Madrid, 1957 (BAE, 99), p. 29; L. GARCÍA-BADELL ARIAS, «La sucesión de Carlos II y las Cortes de Castilla», en *Cuadernos de Historia del Derecho* 13, 2006, pp. 111-154.

<sup>8</sup> Marqués de San Felipe, *Comentarios*, p. 31; L. GARCÍA-BADELL ARIAS, «Los primeros pasos de Felipe V en España, los deseos, los celos y las primeras tensiones», *Cuadernos de Historia del Derecho* 15, 2008, pp. 45-127; S. M. CORONAS GONZÁLEZ, «Las leyes fundamentales del Antiguo Régimen. (Notas sobre la constitución histórica española), en *Anuario de Historia del Derecho Español* LXV, 1995, pp. 127-218.

<sup>9</sup> D. WYDUCKEL, *Principes legibus solutus. Eine Untersuchung zür frühmodernen Rechts- und Staatslehre*. (Schriften zur Verfassungsgeschichte 30), Belín, 1979; H. Höpfl/ M. P. Tompson, «The history of contract as a motive in political thought», en *American Historical Review* 84, 1979, pp. 919-944; N. HENSHALL, *The myth of Absolutism: change and continuity in Early Modern European Monarchy*. London, New York, 1992; H. DUCHHARDT, *Absolutismus. Abschied von einen Epochenbegriff*, en *Historische Zeitschrift*, CCLVIII, 1994, pp. 113-122; D. OSLER, «The Myth of European Legal History», en *Rechtshistorisches Journal* 16, 1997, pp. 393-410; R. G.

la ley regia a manera de seña de identidad moderna, hubo de emprender su propio camino por la *nueva planta* borbónica, mera continuación del poder real soberano. Al margen de las Cortes prosiguió, pues, la política de restauración del erario público diseñada por el hacendista francés Jean Orry, que, entre otras medidas de reforma, acometió el viejo mandato testamentario de los reyes de la Casa de Austria de rescatar las alcabalas y otras rentas reales de manos de los particulares; un asunto delicado, pospuesto por entonces por ser sus detentadores «hombres de la mayor autoridad en el reino», como pondría de manifiesto la misma creación de la Audiencia de Asturias en 1717<sup>10</sup>.

El compromiso sacramental de Felipe V, elevado a la categoría de pacto político por la *invocatio Dei* y su prestación ante la asamblea representativa de la comunidad, se formalizó también ante los restantes reinos de la monarquía. Fuera de Castilla y las Indias<sup>11</sup>, los reinos contaban con sus propias «leyes, fueros y costumbres», es decir, su propio orden constitutivo que fue jurado por el rey o su representante como manifestación del antiguo orden plural de la monarquía *católica* (expuesto en su dimensión ibérica por la obrita admirable de Franckenau, *Sacra Themidis Hispaniae arcana* [Hannover, 1703], tributaria de la erudición de Nicolás Antonio y, tal vez, del consejero Juan Lucas Cortés)<sup>12</sup>. Orden plural de reinos que abrió nuevas secuencias de Juramentos y Cortes en la Península poco antes de que la guerra de Sucesión cambiara el signo político de la relación de la Monarquía con los países de la Corona de Aragón.

El Juramento y las Cortes de Barcelona de 1701-1702, transmitidos con detalle por Ubilla y Medina<sup>13</sup>, Feliu de la Peña<sup>14</sup> y el marqués de San Felipe<sup>15</sup>,

---

ASCH-H. DUCHHARDT, *El absolutismo (1550-1700). ¿Un mito? Revisión de un concepto historiográfico clave*. Barcelona, 2000; cf. S. de DIOS, *El absolutismo en Castilla durante el siglo XVI*, en *Ius Fugit* 5-6, 1996-1997, pp. 53-236; D. QUADAGLIONE, «I limiti del principe legibus solutus nel pensiero giuridico politico della prima età moderna», en A. de BENEDETTIS/ I. MATTOZZI (edits.), *Giustizia, potere e Corpo sociale nella prima età moderna. Argomenti nella letteratura giuridico politica*. Bolonia, 1994, pp. 55-71; R. DESCIMON, *L'absolutisme en France. Histoire et historiographie*. Paris, 2002.

<sup>10</sup> F. ROUSSEAU, *Un reformateur français en Espagne au XVIII<sup>e</sup>: Orry*. Corbeil, 1907; A. DUBET, *Jean Orry et la réforme du gouvernement de l'Espagne (1701-1706)*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires, 2006; G. HANOTIN, *Jean Orry, un homme des finances royales entre France et Espagne (1701-1705)*. Universidad de Córdoba, 2009; cf. F. GIL AYUSO, *Junta de Incorporaciones. Catálogo de los papeles que se conservan en el Archivo Histórico Nacional (Sección de Consejos suprimidos)*, Madrid, 1934; I. M. VICENT LÓPEZ, «La Junta de Incorporación: lealtad y propiedad en la Monarquía borbónica», en *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*, Madrid, Alianza, 1995, pp. 365-377.

<sup>11</sup> Los Despachos de 31 de diciembre de 1700 y 3 de enero de 1701 comunicando el fallecimiento y sucesión en el trono de Felipe V, en *Cedulario americano del siglo XVIII*, Ed. Estudios y Comentarios de A. MUÑOZ OREJÓN, 3 vols. Sevilla, 1969, vol. II, pp. 7-80.

<sup>12</sup> G. E. DE FRANKENAU, *Sagrados Misterios de la Justicia Hispana*. Traducción y edición de M<sup>a</sup> A. DURÁN RAMAS. Presentación de B. CLAVERO. Madrid, CEC, 1993.

<sup>13</sup> *Sucesión de el Rey D. Phelipe V... en la Corona de España*. Madrid, por Juan García Infanzón impresor, 1704.

<sup>14</sup> NARCISO FELIU DE LA PEÑA Y FARELL, *Anales de Cataluña hasta el presente de 1709*. Barcelona, por Juan Pablo Martí, 1709.

<sup>15</sup> *Comentarios de la guerra de España e Historia de su rey Felipe V, el Animoso*. Edición y estudio preliminar de C. SECO SERRANO. Madrid [BAE, t. XCIX] 1957.

representa ese orden constitutivo histórico de naciones o pueblos identificados con el mismo por encima de cambios dinásticos. En el caso de Cataluña, esa confirmación de privilegios, exenciones y libertades de los comunes por el rey, más que una declaración retórica, fue un vínculo jurídico con el pasado político del Principado, plagado de consecuencias legales: a la actualización de las Constituciones y altres Drets de Cataluña (después de un siglo de celebrarse las últimas Cortes, 1599), por medio de 96 constituciones o capítols de Cort, incorporadas en 1704 a la *nova compilatio*<sup>16</sup>, se sumaron las nuevas garantías de respeto al ordenamiento patrio simbolizadas por el Tribunal de Contrafacciones (*juges de contrafaccions; tribunal contrafaccions*)<sup>17</sup>, creado por estas Cortes, y algunas reformas de la administración de justicia y reserva de cargos y beneficios para los naturales con limitación implícita del poder real.

A estas Cortes siguieron las de Zaragoza, *sin más causa que por haberse permitido a Cataluña*, a juicio del marqués de San Felipe<sup>18</sup>. Presididas por la joven reina María Luisa de Saboya, nombrada gobernadora del reino durante la ausencia del rey en la campaña de Italia, testimoniaron la jura de los fueros de Aragón en la solemne función de 26 de abril de 1702, como acto de continuidad con el pasado foral. En Navarra, el virrey y las Cortes privativas, muy activas en el siglo XVIII<sup>19</sup>, prestaron el juramento debido en las Cortes de Pam-

<sup>16</sup> *Constitucions y altres Drets de Catalunya, compilats en virtut del Capítol de Cort LXXXII de las Corts per la S.C. y R. Majestat del Rey Don Philip IV nostre Senyor celebradas en la ciutat de Barcelona. Any MDCCII. Barcelona. Any 1704*; cf. J. BARTROLÍ I ORPÍ, «La Cort de 1701-1702: un camí truncat», *Recerques*, Història, Economía, Cultura, 9, 1979, pp. 57-75; LALINDE, «Las Cortes de Barcelona de 1702», en *Anuario de Historia del Derecho Español* 62, 1992, pp. 7-46; J. ALBAREDA SALVADÓ, «Las Cortes de 1701-1702 en Cataluña: Rey y «república», en J. AGUIRREAKUENAGA (ed.), *Contribution to European Parliamentary History*. Bilbao, JGV, 1999, pp. 291-309; del mismo autor, J. ALBAREDA, «Las Cortes de 1701-1702 i 1705-1706. La represa del constitucionalisme», en *Constitucions, Capítols, Actes de Cort. Anys 1701-1702 i 1705-1706* (facs.) Barcelona, Ed. Base, 2004, pp. 5-33.

<sup>17</sup> *Constitucions y altres Drets*, c.36, 37, 38 Const. 1, 16, 23. 24. 25; V. FERRO, *El dret public català: les institucions fins al Decret de Nova Planta*. Vic, Eumo, 1987, pp. 418-427.

<sup>18</sup> «y aunque podían servir de doctrina los inconvenientes que de éstas [Cortes de Cataluña] resultaron, fue preciso confirmarse en el error, o por no confesarle, o por quitar este motivo de queja a los aragoneses» MARQUÉS DE SAN FELIPE, *Comentarios*, p. 39; J. INGLADA ATARÉS, «La ciudad de Huesca y las Cortes de 1702» en *Revista de Historia Jerónimo Zurita* 67-68, 1993, pp. 139-170.

<sup>19</sup> [Sangüesa, 1705; Olite, 1709; Pamplona, 1716-1717; Estella, 1724-1726; Tudela, 1743-1744; Pamplona, 1757, 1765-1766, 1780-1781, 1794-1797, Cortes que publicaron por separado sus respectivos *Quadernos de las leyes y agravios reparados a suplicación de los tres Estados del Reyno*], cf. M<sup>a</sup> del P. HUICI GOÑI, *Las Cortes de Navarra durante la Edad Moderna*. Pamplona, 1963; J. SALCEDO IZU, *La Diputación del Reino de Navarra*. Pamplona, 1969; del mismo, *Atribuciones de la Diputación del Reino de Navarra*, Pamplona, 1974; F. de ARVIZU, « Sanción y publicación de leyes en el Reino de Navarra», en *AHDE*, 42, 1972, pp. 733-744.

Por otra parte sobre el sistema de representación municipal norteño son expresivas estas palabras de Jovellanos: «Y no hablo de Asturias, que en sus Cortecillas reúnen, según creo, treinta y tantas municipalidades o, por mejor decir, votos... Ni tampoco de las tres provincias (vascas) donde los votos se reunían de la misma manera en cada una ellas». Carta a lord Holland de 12 de junio de 1809, en G. M. DE JOVELLANOS, *Obras Completas*. t. V. *Correspondencia*, 4, Oviedo, 1980. En general B. CLAVERO, «A manera de Vizcaya». *Las instituciones vascongadas entre fuero*

plona de 1700-1701, según antigua fórmula que respetaba también su propia foralidad<sup>20</sup>.

## 2. LEY UNITARIA

El difícil equilibrio entre el rey y los reinos con pasados históricos de rebelión y enfrentamientos en defensa de *libertades* y *fueros* se resolvió de forma dramática en el transcurso de la guerra de Sucesión por la herencia de los Austrias españoles. Esta guerra, declarada el 15 de mayo de 1702 por las cancillerías de Viena, Londres y La Haya a las cortes borbónicas de París y Madrid, fue la causa inmediata de derribar el antiguo orden de gobierno de los países de la Corona de Aragón, llamados de régimen foral frente al común (por su mayoría territorial) de los de la Corona de Castilla. La rebelión de Cataluña, Valencia, Aragón y Mallorca, partidarios en la contienda sucesoria del archiduque Carlos de Austria, se enmarcó (pese a su evidente trasfondo de lucha antiseñorial, especialmente visible en el reino de Valencia) en la defensa de unos fueros y libertades que se temían fueran conculcados por el rey borbónico.

En el caso de Aragón, como si se tratara de una nueva manifestación de los sucesos de 1591, a la persecución política del Conde de Cifuentes sucedió el nombramiento de un virrey castellano, la imposición de un donativo para los nobles y la carga del alojamiento militar a los pueblos contra el espíritu de unos fueros que, en palabras del arzobispo de Zaragoza, protegían a sus naturales de todo tributo extemporáneo<sup>21</sup>. La visión de Macanaz, secretario por entonces del virrey, fue la de que todo el reino se había sublevado contra el rey borbónico<sup>22</sup>, por más que el conde de Robres, que vivió en su Huesca natal los aconte-

---

y constitución, en AHDE 58, 1988, pp. 543-559; cf. J. POUWAREDE y J. THOMAS (ed.), *Les parlaments de province. Pouvoirs, justice et société du XVIIIe siècle*. Toulouse, Framespa, 1996.

<sup>20</sup> «Los juramentos reales y los de los vireyes contienen la cláusula de que observarán y guardarán y harán observar todos los fueros, leyes, ordenanzas, usos, franquezas, libertades, privilegios y oficios del reino de Navarra, como en ellos se contiene, desharán los agravios y contrafueros, la de no ir contra los fueros, leyes y demás, y que si contravinieren en todo o en parte, los tres estados y pueblo de Navarra, no sean tenidos a lo cumplir, antes todo sea nulo y de ningún valor. (Reales Juramentos)». Esta doctrina, «extractado de los cuerpos legales de Navarra», fue expuesta en forma de código (título XIII, art. 63) por Angel SAGASETA DE ILURDOZ, *síndico del Reino de Navarra*, «Fueros fundamentales del Reino de Navarra» (21 de diciembre 1830), *Revista Euskara*. Año quinto. Pamplona, 1882, pp. 70-80, poco antes de que la ley paccionada de 1841 abriera paso a la provincia foral. Sobre la fórmula antigua, vid. J.M. LACARRA, *El juramento de leyes de Navarra (1234-1329)*. Madrid, 1972.

<sup>21</sup> «Este Reyno de Aragón es tan privilegiado por sus fueros que ninguna persona particular paga tributo alguno ni ay posibilidad foral para que el Reyno haga algun considerable servicio sino es juntando Cortes generales», cit. H. KAMEN, *La guerra de sucesión en España 1700-1715*. Barcelona, 1974, p. 280. Una visión de conjunto, después de la reciente eclosión de congresos, jornadas y aportaciones sobre el tema, en J. ALBAREDA SALVADÓ, *La guerra de Sucesión*, Barcelona, Crítica, 2010; cf. M. VIROLI, *Per amore della patria. Patriotismo e nacionalismo nella historia*. Roma-Bari, Laterza, 2001.

<sup>22</sup> M. DE MACANAZ, *Discurso jurídico, histórico y político sobre las Regalías de los Señores Reyes de Aragón (1729)*, en *Regalías de los Señores Reyes de Aragón*. Edición de J. Maldonado Macanaz, Madrid, 1879, p. 140.

cimientos de 1706, redujera esta rebelión al pueblo llano, manejado por algunos nobles y clérigos que habrían orientado su descontento social hacia la defensa de los fueros<sup>23</sup>. Este descontento social fue más visible en la Valencia de los *agermanats* que, al son de las promesas de reforma, consiguieron reconducir el reino a la causa austracista.

La Guerra de Sucesión, con sus avatares bélicos favorables o adversos a la causa de uno y otro contendiente, se inclinó definitivamente del lado borbónico tras la decisiva batalla de Almansa de 25 de abril de 1707. Este hecho crucial, al tiempo que permitió la reconquista de los reinos de Aragón y Valencia, facilitó la imposición libre de la *lex regia* tomando como base el orden legal e institucional castellano. Considerando roto por la rebelión de estos reinos el pacto de fidelidad y respeto mutuo al orden constituido de la Monarquía, Felipe V creyó llegado el momento de *perfeccionar* el antiguo régimen de gobierno de los mismos asimilando su régimen al castellano. El viejo anhelo de la Monarquía *universal* de los Austrias de «reducir todos mis reinos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres i tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla, tan loables i plausibles en todo el universo», se pudo hacer realidad con el Decreto de 29 de junio de 1707, el primero y más radical de los llamados Decretos de Nueva Planta. A despecho del perdón general, este Decreto vino a «abolir y derogar enteramente... todos los referidos fueros, privilegios, practica i costumbre hasta aquí observadas en los referidos reinos de Aragón y Valencia, siendo mi voluntad que estos se reduzcan a las Leyes de Castilla i al usopractica i forma de gobierno que se tiene i ha tenido en ella i en sus tribunales sin diferencia alguna en nada»<sup>24</sup>. Una compleja justificación política y jurídica en la que se combinaban diversas razones políticas (rebelión, dominio absoluto por legítima pose-

<sup>23</sup> *Historia de las guerras civiles de España*, pp. 371-372; cf. J. M. IÑURRITEGUI, «Las Memorias del Conde de Robres: la nueva planta y la narrativa de la guerra civil», en *Espacio, Tiempo y Forma*, Serie IV, Historia Moderna, 15, 2002, pp. 187-255. De esta forma el padre José MINIANA pudo titular su obra escrita entre 1707 y 1723, *De bello rustico valentino libri tres, sive Historia de ingressu austriacorum foederatorumque in regnum Valentiae. Ex bibliotheca Gregorii Maiansii*. La Haya, 1752 (la traducción castellana se publicó en la *Revue Hispanique* 55, 1922, pp.447-617) manteniendo un punto de vista similar al del anónimo autor (tal vez Joseph Ortí, secretario de la Diputación del reino de Valencia, como piensa KAMEN) de los *Reparos críticos, fundados en hechos verdaderos, (contra varios pasages que refiere el Marqués de San Felipe en sus Comentarios de la Guerra de España, que escribió un Valenciano en obsequio de la verdad y lealtad de su Patria*, en Antonio VALLADARES DE SOTOMAYOR, *Semanario Erudito*, Madrid, 1788, vol. 18), impugnadores de las tesis oficialistas del MARQUÉS DE SAN FELIPE (*Comentarios*, p. 101) Sobre el recibimiento apoteósico al archiduque Carlos en Valencia, tras haber sido proclamado rey en Aragón el 29 de junio de 1706, *ibidem*, p.121. La reducción de impuestos y abolición de ciertos derechos feudales en una tierra de fuerte implantación señorial fue, sin duda, la clave de la adhesión posterior del reino de Valencia a la causa del archiduque.

<sup>24</sup> *Autos acordados que contiene nueve libros por el orden de títulos de las leyes de Recopilación* (Madrid, 1775) 3, 2, 3 (= Novísima Recopilación de las leyes de España (Madrid, 1805) 3, 3, 1; 5, 7, 1). Sobre el precedente unitario austriaco, vid. J. M. JOVER ZAMORA, *Sobre los conceptos de monarquía y nación en el pensamiento político español del XVII*, en Cuadernos de Historia de España, XIII, 1950, pp. 101-150; cf. H. PIETSCHMANN, «El problema del nacionalismo en España en la Edad Moderna. La resistencia de Castilla contra el emperador Carlos V», *Hispania. Revista Española de Historia*, LII, nº 180, 1992, pp. 83-106.

sión) y militares («justo derecho de la conquista»), y aun un atributo principal de la soberanía como era la imposición y derogación de leyes («las quales con la variedad de los tiempos i mudanzas de costumbres podría yo alterar, aun sin los graves i fundados motivos i circunstancias que oi concurren para ello en lo tocante a los de Aragón i Valencia»), intentó justificar la derogación de los fueros y la ruptura del viejo pacto de unión de los países de la Corona de Aragón con su rey, que, en el antiguo orden plural de la monarquía unida de los Reyes Católicos y de la Casa de Austria, diera lugar a un particularismo foral, base de un régimen jurídico y político propio, considerado luego privilegiado por la Corte de Madrid<sup>25</sup>.

El deseo monárquico de uniformidad política era ampliamente compartido por la nación castellana, víctima fiscal del sistema foral anterior. En esta tarea el rey, el embajador francés Amelot y los miembros del Consejo de Gabinete contaron con el apoyo doctrinal del por entonces oficial del Consejo de Castilla, Melchor de Macanaz, a quien se debían varios informes sobre el modo de reglar el gobierno de las provincias rebeldes y, entre ellos, uno en el que se trataba de probar que «el rey de España tiene derecho a confiscar todos los bienes de sus vasallos en los reinos de Valencia y Aragón y en el Principado de Cataluña y que este derecho se extendía no sólo a los bienes de los seglares sino también a los del clero e incluso a los de la Iglesia», premiado con su destino ulterior como juez de confiscaciones de Valencia. En este humilde mancebista murciano, que inicia la serie de los grandes juristas dieciochescos que acceden al poder por su defensa radical de las regalías, hallaría el gobierno de Felipe V el ideólogo necesario para la construcción del nuevo régimen en la Corona de Aragón<sup>26</sup>. A él le son atribuidos los dudosos argumentos del Decreto de abolición de fueros<sup>27</sup>, así como, por propia confesión, el informe a Amelot sobre la conveniencia de extinguir el Consejo de Aragón (15 de julio de 1707)<sup>28</sup> o la consulta sobre la formación de una nueva Audiencia en Valencia, que «no debía ser ni con la autoridad que antiguamente tenía ni con la que acá practica-

<sup>25</sup> «Fueros, privilegios, exenciones i libertades que gozaban i que con tal liberal mano se les avían concedido, así por mi como por los Señores Reyes mis predecesores particularizándolos en esto de los demás reinos de esta Corona». *Autos Acordados* 3, 2, 3. Sobre las raíces políticas de este «particularismo» tan mal comprendido por los ideólogos del Decreto de Felipe V, vid. J. LALINDE ABADÍA, *El pactismo en los reinos de Aragón y Valencia*, en el volumen colectivo *El pactismo en la Historia de España*, Madrid, 1980, pp. 115-139; J. MORALES ARRIZABALAGA, *Fueros y libertades del reino de Aragón: de su formación medieval a la crisis preconstitucional (1076-1800)*, Zaragoza, Publicaciones de Rolde de Est. Aragoneses, 2007.

<sup>26</sup> H. KAMEN, «Melchor de Macanaz and the foundation of Bourbon power in Spain», en *The English Historical Review*, 80, 1965, pp. 699-716; cf. C. DE CASTRO, *A la sombra de Felipe V. José Grimaldo, ministro responsable (1703-1726)*, Madrid, Pons, 2004; desde un punto de vista institucional, J. P. DEDIEU, «La Nueva Planta en su contexto. Las reformas del aparato del Estado en el reinado de Felipe V», en *Manuscrits* 18, 2000, pp. 113-139.

<sup>27</sup> C. MARTÍN GAITE, *Macanaz, otro paciente de la Inquisición*. Barcelona, 1982, p. 115. Un análisis de estos argumentos en J. MORALES ARRIZABALAGA, *La derogación de los fueros de Aragón (1707-1711)*, Zaragoza, 1986, pp. 23 y ss.

<sup>28</sup> M. DE MACANAZ, *Regalías de los Señores Reyes de Aragón*, pp. 8-9. El Decreto de abolición del Consejo de Aragón en *Autos Acordados* 2, 4, auto 6 (= Nov. Recop., 4,5,9).

ban las Audiencias en Castilla», por más que finalmente se crease una Chancillería y con más número de ministros que los por él propuestos.

Frente a la nueva planta del reino, las protestas de fidelidad y los esfuerzos ulteriores de parte de la burguesía, clero y nobleza valencianas no lograron alterar el hecho de la abolición de sus fueros, «porque en el modo de gobernarse los reinos i pueblos no debe aver diferencia de leyes i estilos, que han de ser comunes a todos para la conservación de la paz i humana sociedad i porque mi real intención es que todo el continente de España se gobierne por unas mismas leyes»<sup>29</sup>. En realidad, lo que se exigía era la uniforme aplicación de la «absoluta potestad y soberanía real», como se puso de manifiesto en las Resoluciones y Cédulas posteriores que aceptaron al reconocimiento de ciertos privilegios locales y personales no contrarios al nuevo régimen de gobierno<sup>30</sup>.

Sentado el principio unitario de la ley gubernativa borbónica, el curso de los acontecimientos militares impidió por el momento hacer efectivos estos propósitos: el 21 de agosto de 1710 las tropas aliadas tomaban Zaragoza cambiando momentáneamente el signo de la guerra, aunque, tras la victoria borbónica de Villaviciosa de diciembre de ese año, se pudo recuperar definitivamente la posesión del reino aragonés. Llegó entonces el momento de ejecutar una propuesta que contaba con el apoyo decidido de la nobleza aragonesa y del confesor real, aunque otra parecía ser la pretensión del rey. Finalmente, el Real Decreto de 3 de abril de 1711 dotó de nueva organización al reino reconquistado: una comandancia militar, a cuyo cargo estaba el gobierno militar, político, económico y gubernativo de Aragón; una Audiencia, no ya Chancillería, con dos Salas, una para lo civil con cuatro ministros en las que se aplicarían las leyes forales («municipales») del reino, «pues para todo lo que sea entre particular i particular es mi voluntad se mantengan, queden i observen las referidas leyes municipales» (a excepción de los casos en que interviniera el rey en contratos o dependencias con particulares, que habría de juzgar dicha Sala según las leyes de Castilla); y otra Sala para lo criminal con cinco ministros que juzgarían los pleitos de esta calidad conforme a las leyes de Castilla<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Decreto de 29 de junio de 1707, en *Autos Acordados* 3,2, auto 8 (Nov. Recop. 3, 3, 2). Vid. M. PESET, *Notas sobre la abolición de los fueros de Valencia*, en Anuario de Historia del Derecho español 42, 1972, pp. 657-715.

<sup>30</sup> Así, la Real Cédula de 5 de febrero de 1710 fijó la nueva propuesta real de «moderar y alterar en las providencias dadas hasta aquí aquello que, sin limitación de mi suprema y absoluta potestad y soberanía real...se considerase pueda ser a propósito y conducente a la mejor administración de justicia», mandando pedir a este fin a las Chancillerías de Zaragoza y Valencia, por la vía del Consejo de Castilla, informes «llenos, claros y bien divididos sobre las cosas y casos que así en lo civil como en lo criminal» fueran adecuados al mejor gobierno económico y político de los lugares, administración de propios, orden y reparto de tributos y observancia de ordenamientos particulares; cf. Real Resolución de 5 de noviembre de 1708 en *Autos Acordados* 3, 2, auto 8 (=Nov. Recop. 3, 3, 3); KAMEN, *La guerra de Sucesión en España*, pp. 326-329.

<sup>31</sup> J. A. ESCUDERO, «Los Decretos de Nueva Planta en Aragón» en J. A. ESCUDERO LÓPEZ (coord.), *Génesis territorial de España*. Madrid, 2007, pp. 41-90; J. MORALES ARRIZABALAGA, *La derogación de los fueros de Aragón (1707-1711)*. Huesca, Inst. de Estudios Altoaragoneses, 1986.



Por otra parte y a consulta del Consejo de Castilla, la Chancillería de Valencia había quedado reducida a Audiencia «en la misma forma que la de Aragón» por Auto de 16 de mayo de 1716<sup>32</sup>. Todos los esfuerzos municipales por recuperar al menos la vigencia de su legislación civil, como lograran los restantes territorios de la Corona de Aragón, no dieron fruto (a pesar de su concesión verbal por el rey, carente de explanación normativa), por lo que en estas décadas cruciales Valencia perdió definitivamente sus fueros<sup>33</sup>.

Entre tanto, la guerra de Sucesión siguió su curso en un marco internacional distinto. El 27 de septiembre de 1711 el archiduque Carlos abandonó Barcelona para recoger la herencia imperial dejada por el fallecimiento de su hermano José, y en febrero de 1712 se abrían en Utrecht las conversaciones de paz que concluyeron con la firma del Tratado de 11 de abril de 1713. Año y medio más tarde, abandonada por los aliados, Barcelona caía en poder de las tropas borbónicas, dando comienzo a una nueva secuencia de la *nueva planta* que, al no estar urgida por la guerra como las anteriores, contó con un meditado plan de reestructuración política del Principado, conforme a la orden dada por Felipe V al Consejo de Castilla el 12 de marzo de 1715 de tener especial consideración «a la calidad del país, genios de sus naturales y constitución presente de las cosas»<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> *Autos Acordados* 3, 2, 17. La diferencia entre Chancillería y Audiencia en punto a su constitución radicaba en que aquella se formaba con rigurosa independencia del Gobernador y Capitán General; en tanto que la Audiencia estaba presidida por éste que hacía *cuero* con ella. Desde el punto de vista legislativo, la Chancillería, como representación del rey, aplicaba sus leyes, mientras que la Audiencia respetaba, al menos en su parte civil, los fueros o leyes municipales. *Vid.* el informe de Ametller en J. M. GAY ESCODA, «La gènesi del decret de nova planta de Catalunya. Edició de la Consulta original del Consejo de Castilla de 13 de juny de 1715», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 81, 1982, pp. 7-348; esp, p. 290; cf. M. PESET, *La creación de la Chancillería de Valencia y su reducción a Audiencia en los años de la Nueva Planta*, en *Estudios de Historia de Valencia* (Valencia, 1978), pp. 309-334.

<sup>33</sup> Aunque no su recuerdo y aun su necesario conocimiento para resolver «las controversias eclesiásticas del tiempo presente y pasado y también todos los que tienen su origen de los contratos y testamentos de más de cinco siglos», diría Mayans en 1767, por lo que pedía la reimpresión de los Fueros y Cortes del Reino de Valencia y sus Privilegios, además de explicar en su Universidad el Derecho municipal propio por las *Instituciones* de Tarazona y el *Repertorio* de Ginart. *Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las Universidades de España* (1 de abril de 1767), en M. PESET y J. L. PESET, *Gregorio Mayans y la reforma universitaria*. Valencia, 1975, pp. 248-249; pp. 142-43; PESET, *Notas sobre la abolición*, pp. 679 y ss. (apéndice documental II y III). Sobre las reclamaciones posteriores, *vid.* J. M. PALOP, *Centralismo borbónico y reivindicaciones políticas en la Valencia del Setecientos*, en Homenaje a Juan Reglá Campistol, Valencia, 1975, vol. II, pp. 65-77.

<sup>34</sup> GAY, *La genesi del decret*, p. 17. En este sentido, para documentar debidamente la consulta al rey, el Consejo acordó pedir sendos informes al consejero de origen catalán Ametller y a Patiño, presidente de la Real Junta Superior de Gobierno y Justicia e Intendente del Principado, cuyos dictámenes, sólidos y bien tratados, sirvieron de base junto con el parecer del fiscal general de la monarquía, para redactar la trascendental consulta del Consejo de Castilla al rey de 13 de junio de 1715. En esta consulta se proponía con el carácter «de por ahora en todo», dejando al tiempo y a la experiencia de la práctica del nuevo gobierno «la enmienda...que aconsejare la razón», la nueva planta gubernativa y judicial del Principado, optando por un modelo de Audiencia a la aragonesa con una aplicación preferente de las leyes de Castilla o de Cataluña según la naturaleza pública o privada de los procesos. Se lograba así un cierto equilibrio entre los conseje-

Sobre las leyes aplicables a la nueva Audiencia de Cataluña el rey había ordenado, por la vía reservada de la Secretaría de Estado, la formación de una Junta presidida por el presidente del Consejo de Castilla, Gil de Taboada, con el fin de discurrir sobre el modo de dar una «fija regla de leyes y observación de ellas a los tres reynos de Aragón, Valencia y Cataluña, ya sean las de Castilla u otras, para evitar la confusión que ahora se padece por la variación de las que tienen y ninguna observancia de ellas»<sup>35</sup>. Este hecho vino a respaldar el carácter mesurado que desde el mismo prólogo adoptó el Decreto de Nueva Planta de la Audiencia de Cataluña de 9 de octubre de 1715, que luego sería considerada una *ley fundamental*<sup>36</sup>. Siguiendo el sistema dual o mixto aragonés («leyes de Castilla en parte y fueros en lo civil»), se acepta como principio general la pervivencia supletoria del derecho catalán respecto del real («las constituciones que antes avía en Cataluña, entendiéndose que son de nuevo establecidas por este Decreto»), al margen de su aplicación preferente en aquellas materias de Derecho civil, penal, procesal y mercantil previstas por el mismo Decreto. Como se diría en Resolución posterior, a consulta de la nueva Audiencia, de 9 de mayo de 1716, «todo lo que no se oponga ni sea contrario a las regalías de mi soberanía y expresado en mi Decreto de formación de esa Audiencia se practique, siga y observe el estilo y costumbres que avía en Cataluña».

Estos mismos principios inspiraron la actuación regia en Mallorca, una vez conquistada en el verano de 1715. Un decreto de 30 de julio de 1715 ordenaba al Consejo de Castilla la formación de una consulta sobre el gobierno a implantar en las islas de Mallorca e Ibiza, adelantando que la nueva Audiencia estaría presidida por el Comandante General de Mallorca<sup>37</sup>. Una vez más la cuestión de la ley aplicable dividió el parecer del Consejo. Según el fiscal, «considerándose el gobierno y fueros de Mallorca era el mismo que el de Cataluña y que el real ánimo de V. Magd. no puede ser de que éste se mantenga, pues su entrega y reducción no ha sido voluntaria sino en fuerza de las armas», el derecho propio de las islas debiera mantenerse «en pleitos de partes y en que no tiene interés el fisco», aplicándose en todo lo demás la legislación castellana. Por contra,

---

ros partidarios de la simple instauración de una Chancillería con aplicación de las leyes de Castilla y los que como Lorenzo Matheu de Villamayor pretendían que no se mudara el gobierno político, económico y jurídico del Principado en base al viejo argumento escolástico de la adaptación de las leyes a los territorios y sus gentes o, en sus palabras «al genio y situación de las provincias»; normas que, afirmadas por el largo uso, daban amparo en justicia al pactismo foral.

<sup>35</sup> GAY, *La genesi del decret*, pp.31-33.

<sup>36</sup> Comunicado por Real Cédula de 16 de enero de 1716, *Autos Acordados* 3, 2, 16 (= Nov. Recop. 5, 9, 1) «Siendo, como es, la referida nueva Planta de Gobierno de ese Principado, la ley fundamental con que tan sabiamente quiso mi augusto padre que se procediese en lo político, establecida con acuerdo de los hombres más doctos y prudentes de la Monarquía» Real Cédula de Carlos III de 8 de enero de 1775, A. SANMARTÍ, *Colección de órdenes, relativas a la nueva planta de la Real Audiencia de Cataluña ; a la Real Cédula Instructoria, dispuesta para las Ciudades y Cabezas de Partido: al Reglamento formado para todos los Pueblos del Principado: al Real Catastro y al Establecimiento de los Diputados y Personero del Comun*. Lérida, Por la Viuda e Hija de Escudér, (s.a.) (1807), pp. 5-17.

<sup>37</sup> El texto del Decreto en GAY, *La genesi del decreto*, pp. 264-265.

aquellos consejeros que habían apoyado el mantenimiento del derecho catalán reiteraron ahora su apoyo sustancial al derecho mallorquín en todo lo que no fuera contrario a las regalías, señalando como derecho supletorio al castellano. Con estos y otros votos favorables en general al reconocimiento del antiguo régimen de las islas, en cuanto no contradijeran la autoridad, regalía y soberanía del rey, se llegó a la redacción del Decreto de 28 de noviembre de 1715 que fijaba la Nueva Planta gubernativa y judicial del antiguo reino de Mallorca. El tono reflexivo ensayado en el Decreto de Nueva Planta catalán se confirma con una referencia a la seguridad y a la paz que permite entroncar las nuevas providencias con el antiguo régimen de las islas: «Aunque por diferentes Pragmáticas de los reyes mis predecesores se halla reglado el gobierno de la Isla y Reino de Mallorca he considerado que las turbaciones de la última guerra la han dexado en estado que necesita de algunas nuevas providencias para su mayor seguridad, paz i quietud de sus naturales», a cuyo fin se forma la nueva Audiencia con un régimen sustantivo y procesal respetuoso con la tradición. En las causas civiles y criminales debían observarse «las pragmáticas i estilos antiguos» (§ 4), conociendo de ellas «en la forma i manera que lo hacían antiguamente» (§ 2), de tal forma que, respetando la primacía del Decreto y por extensión de la legislación real pertinente, se aplicara en los demás casos el derecho propio de las islas («menos en las causas de sedición i crimen de lessa Majestad», precisa el § 13)<sup>38</sup>.

Cerrado el arco normativo de la *nueva planta* judicial y gubernativa de los países de la Corona de Aragón (con un progresivo desvanecimiento del radical regalismo de la primera época en favor de un reconocimiento mayor del orden civil aragonés, catalán y mallorquín), se pudo hablar de España como nación unitaria, sometida por igual al poder soberano del rey. En el punto crucial del orden político, conocido luego por la *constitución* histórica de los reinos, la nueva monarquía impuso su propio orden, es decir, la «suprema y absoluta potestad y soberanía real», ensayada ya en Castilla tras la derrota de las Comunidades. El principio básico de una España unida y gobernada por unas mismas leyes, matizado por la observancia entre los particulares de sus leyes *municipales* (salvo Valencia), fue la consecuencia inmediata de la victoria del poder real sobre esos países. A excepción de Navarra y de las Provincias Vascaas, que en la contienda sucesoria se mantuvieron fieles al rey borbónico, la estructura de gobierno sufrió el embate uniformador de la camarilla de gobierno de Felipe V al crear una nueva común sobre la planta del régimen castellano, el más proclive por su indefensión institucional al absolutismo regio. El nuevo régimen, identificado desde entonces con cierta propiedad con el español, real o patrio, fue germen a su vez de un concepto de España como nación peninsular e india-

<sup>38</sup> N. Recop. 3, 2,15; Nov. Recop. 5, 10, 1; F. DURÁN CAÑAMEROS, *El decreto de Nueva Planta de la Audiencia de Mallorca* en Boletín de la Sociedad Arqueológica Iuliana 28, 1941, pp. 189-207; C. ALVAREZ NOVOA, *La Justicia en el antiguo reino de Mallorca*. Palma de Mallorca, 1971, pp. 67 y ss.; J. L. BERMEJO CABRERO, *En torno a los decretos de Nueva Planta en Derecho y Administración Pública en la España del Antiguo Régimen*. Madrid, 1985, pp. 88 y ss.

na que se afirmaría tras la pérdida de los territorios europeos de la antigua Monarquía Universal<sup>39</sup>.

### 3. LEY REGALISTA

La guerra de Sucesión, fecunda en consecuencias políticas, marcó desde un principio la política eclesiástica de los Borbones. Desde el Decreto de 22 de abril de 1709, que señaló la primera ruptura de relaciones con la Santa Sede, hasta el Decreto de 5 de septiembre de 1799 que participó la muerte de Pío VI al tiempo que anunciaban medidas gubernativas sobre la Iglesia española en un momento crítico de Europa, se enmarca el siglo llamado por antonomasia regalista por su pretensión de conformar la *antigua disciplina de la Iglesia* española en torno al rey y los obispos. Un movimiento que tiene varias facetas legales, doctrinales y jurisprudenciales en defensa de unas regalías entendidas al cabo no sólo como derechos del rey sino del reino<sup>40</sup>.

Este movimiento dieciochesco, que hunde sus raíces en el viejo regalismo hispano, remonta a la época de esa ruptura de relaciones con la Santa Sede provocada por su reconocimiento parcial de la causa del archiduque Carlos de Austria, pretendiente a la Corona de España, hecho crucial que marcó con un sello regalista indeleble la política eclesiástica de los Borbones. Un *Papa oprimido y obligado por las armas austríacas*, como diría Bacallar y Sanna, hubo de reconocer por *rey católico en aquella parte de los dominios que poseyera* al archiduque Carlos, sin perjuicio del título adquirido y de la posesión de los reinos que gozaba el rey Felipe de Borbón. Esta justificación del cronista oficial no evitó el Decreto de ruptura de 22 de abril de 1709 inspirado por el mismo clima belicista de los primeros Decretos de *nueva planta*<sup>41</sup>. El cierre de la Nunciatura –con su secuela judicial y económica al ser en España algo más que la representación diplomática de la Santa Sede, un tribunal de apelación y una colecturía de rentas de todo tipo–, anunció una etapa de cierta autarquía eclesiástica, basada, como en los tiempos de la mitificada iglesia goda, en el magisterio de los obispos, aliados naturales del trono. Por entonces, en las ale-

<sup>39</sup> S. M. CORONAS, «España: Nación y Constitución (1700-1812)», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXV, 2005, pp. 181-212.

<sup>40</sup> A lo largo de la primera mitad del siglo XVIII, de Macanaz a Campomanes, se formó esta doctrina planteada con novedad por el abogado Pedro Rodríguez Campomanes en su *Tratado de la regalía de España*, dedicado a Fernando VI y ofrecido a su confesor el P. Rávago en mayo de 1753. Ver *Escritos regalistas*. Tomo I *Tratado de la regalía de España*; tomo II, *Juicio imparcial sobre el monitorio de Roma contra las regalías de Parma*. Edición y estudio preliminar de S. M. CORONAS GONZÁLEZ, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1993.

<sup>41</sup> J. A. LLORENTE, *Colección diplomática de varios papeles antiguos y modernos sobre dispensas matrimoniales y otros puntos de disciplina eclesiástica*. Madrid, 1809, pp. 25-27; J. FERNÁNDEZ ALONSO, «Un período de las relaciones entre Felipe V y la Santa Sede, 1707-1717», en *Anthologica Anua*, 3, 1955, pp. 9-88; T. EGIDO, «El regalismo y las relaciones Iglesia-Estado en el siglo XVIII», en *Historia de la Iglesia en España*, dirigida por R. García Villoslada, vol. IV, Madrid, 1979, pp. 123-249 (en el apéndice I se reproduce el Decreto citado).

gaciones e informes de Macanaz contra los abusos de la Dataría y Nunciatura pontificia (1713) o en los *gravamina* del obispo Solís se encuentra el primer ensayo de reformismo borbónico aplicado al *estado eclesiástico*.

Pero si el primer Concordato de 1717 dejó orilladas cuestiones de fondo tocantes a derechos y regalías de la Corona para atender aquellas otras de índole diplomática y fiscal de más urgente resolución, como el restablecimiento de la Nunciatura o la percepción de ingresos y subsidios eclesiásticos, más tarde, tras la nueva ruptura de relaciones con Roma y el posterior restablecimiento que anunciara la caída de Alberoni en diciembre de 1719, se abrió un período de discusión pacífica de los problemas que centraron, por un lado, la regalía del Patronato universal de los monarcas españoles, y de otro, la reforma de los «abusos» de la Curia romana, sin la sombra ominosa del antiguo austracista Clemente XI, muerto en 1721<sup>42</sup>. Pocos años después, una nueva crisis con la Santa Sede suscitada por la pretensión española al ducado de Parma y al antiguo reino de Nápoles, territorios sobre los que recaían a la vez viejos derechos pontificios, reabrió una etapa de regalismo militante comandada desde la Secretaría de Estado por Patiño y desde el Consejo de Castilla por su presidente, el obispo Gaspar de Molina. El nuevo cierre de la Nunciatura en 1736 y el establecimiento del *exequatur* o pase regio fue la contundente respuesta oficial a una tensión canalizada desde entonces hacia la solución de los problemas que planteaban la provisión de beneficios eclesiásticos, la exacción de derechos indebidos por parte de la Dataría romana y la inmunidad eclesiástica que amparaba la comisión de ciertos delitos y fraudes fiscales. A juicio de la corte española, la solución final a estos problemas pasaba por el reconocimiento del Patronato regio universal, vieja aspiración de los monarcas austriacos renovada ahora al calor de unas circunstancias políticas que propiciaron la reimpresión y publicación de antiguas y nuevas obras regalistas, como las de Chumacero y Pimentel, Melchor Cano, Ortiz de Amaya y Cirer y Cerda.

A este propósito, en agosto de 1735, se constituyó la Junta del Real Patronato «encargada de consultar al rey todas las piezas que, sin razón de dudar, hallasen ser del real patronato, para que luego se diera providencia a su provisión por la Cámara», creándose al tiempo, para su mejor prosecución y defensa, una fiscalía privativa de la Cámara con independencia de la del Consejo de Castilla<sup>43</sup>. El abad de Vivanco, secretario de la Junta e infatigable promotor de las regalías, fijó la línea dialéctica a seguir: supuesto el derecho general de patronato regio, ninguna presentación beneficial debía haberse hecho en el pasado sin mediar donación regia o usurpación de regalías que, por lo demás y dado su carácter, no pudieron ser nunca enajenadas válidamente de la Corona. Estas medidas, consideradas por la Santa Sede contrarias a la autoridad y jurisdicción eclesiástica, unidas a ciertos incidentes protagonizados por las tropas españolas en los Estados pontificios, llevaron a una tercera ruptura de relacio-

<sup>42</sup> J. TEJADA Y RAMIRO, *Colección completa. Concordatos españoles*. Madrid, 1862, p. 92 (proyecto de Concordato en 1714); pp. 93 y ss. (concordato de 17 de julio de 1717).

<sup>43</sup> P. MOLAS, «Los fiscales de la Cámara de Castilla», en *Cuadernos de Historia Moderna* 14, 1993, pp. 11-28.

nes mutuas en 1736. A pesar de los inmediatos ensayos de aproximación sobre la base de un maduro examen de las razones de una y otra parte en materia benéfical y abusos de la Dataría, «bien que son cosas tantas veces controvertidas y arregladas», la política regalista de la Junta del Real Patronato siguió adelante como demostrara el Real Decreto de 29 de octubre de 1736 por el que se mandaba a los preladados del reino no ejecutar bula o breve de Roma sobre beneficios o rentas eclesiásticas sin remitirlas previamente al Consejo para ver si autorizaba o no su pase<sup>44</sup>.

En los meses siguientes, los Breves pontificios que declaraban nulo este Decreto tuvieron menos efecto que la pretensión de la Corte española de obtener de Roma la investidura del reino de Nápoles para el príncipe Carlos. A este fin, se sucedieron las conversaciones que finalmente desembocaron en el Concordato de 1737, mal recibido en los círculos regalistas del poder por no resolver la cuestión del patronato regio universal ni los viejos agravios de la Dataría romana, que quedaron encomendados a la amigable composición de una comisión mixta<sup>45</sup>. Este hecho propició que durante los años siguientes se plantease con toda crudeza y erudición posible la regalía del patronato universal sobre las iglesias de España, con su derivación fundamental en la provisión de beneficios, único medio de solventar los vicios inherentes a su provisión por la Curia romana. De esta forma, se dio un nuevo sesgo doctrinal y negociador al regalismo borbónico que dejó atrás definitivamente su primera etapa combativa, representada por las alegaciones de Macanaz<sup>46</sup>.

Al margen de la comisión oficial, integrada por el cardenal Molina y Pedro de Hontalva así como por el nuncio y su auditor, de cuyo trabajo el propio Jover confesaba su ignorancia, los fiscales de la Cámara desplegaron una intensa labor doctrinal e histórico-jurídica en apoyo de la causa del real Patronato. Gabriel de Olmeda (1739-1744) y Blas Jover (1744-1751), asistido este último por el erudito valenciano Mayans y Siscar, pondrían las bases de la defensa legal de esta causa en lucha dialéctica con la erudición canónica del nuevo papa Benedicto XIV. Con sus dictámenes «arreglados a la razón, a la verdad y a la justicia», siguiendo un método de progresión histórica que pretendía probar la «antiquísima posesión» de este derecho, confirmada por las leyes y costumbres de España, prepararon el gran triunfo benéfical del Concordato de 1753<sup>47</sup>. Concordato que vino a fijar «la antigua disciplina eclesiástica que

<sup>44</sup> Nov. Recop. 1, 2, 18. Sobre su evolución posterior, R. OLAECHEA, «El concepto de *exequatur* en Campomanes», en *Micellanea Comillas*, 45, 1966, pp. 119-187.

<sup>45</sup> *Concordato de 1737 entre su Majestad Católica Felipe V y el Papa Clemente XII*, ed. de Tejada y Ramiro, *Colección de Concordatos*, pp. 101-106.

<sup>46</sup> A. MESTRE, *Ilustración y reforma de la Iglesia. Pensamiento político-religioso de Don Gregorio Mayans y Siscar (1699-1781)*. Valencia, 1868, pp. 368 y ss.

<sup>47</sup> *Observaciones sobre el Concordato del Santísimo Padre Benedicto XIV, i del Rei Cathólico Don Fernando VI. Las ofrece a la memoria de los españoles i las dedica a su rei i señor, que Dios guarde, Don Gregorio Mayans i Siscar*. Madrid, 1753, en *Obras Completas de G. MAYANS, vol. IV, Regalismo y jurisprudencia*. Ed. y notas de A. MESTRE. Valencia 1985, pp. 227-469; TEJADA Y RAMIRO, *Colección de Concordatos*, pp. 164 y ss. Si con el Concordato de 1753 se cortó la acción de la Colecturía apostólica exclusiva de la Nunciatura en España, más tarde se intentó recortar y por último suprimir la jurisdicción del tribunal de la Nunciatura tanto en primera ins-

es la sancionada por las leyes y costumbres que han regido en España desde el tiempo de los godos». Después vendría otra nueva secuencia del regalismo hispano marcada por el proyecto de amortización (1765)<sup>48</sup>, la expulsión de los jesuitas (1767)<sup>49</sup> y la redacción del *Juicio imparcial sobre las Letras en forma de Breve que ha publicado la Curia romana* (1768/1769) que dio nuevo sesgo exaltado a ese regalismo antes de la *gran revolución* francesa, «superior a cuantas la han precedido», que cambió la estructura del mundo conocido.

Como signo del cambio político puede ser considerada el *Apparatus iuris publici Hispanici* (1751) de Pedro José Pérez Valiente, una obra de carácter regalista común a otros muchos escritos de la época impulsados por la larga pugna beneficial con la Santa Sede. Aunque su propósito declarado fuera el exponer generalmente los derechos públicos de la monarquía de España, la estructura civil interna y su sistema en el devenir del tiempo, expuso en la primera parte al intentar conjurar los errores comunes de la moderna literatura iusracionalista los principios deducidos de la enseñanza de Pufendorf y Schmier, aplicándolos luego a España en la segunda parte con los deducidos de la historiografía y literatura jurídica propias. Todo su ideario jurídico-público, transido por los principios de libertad y moderación del poder, se plasmó al fin en una monarquía moderada por las leyes (cuyas notas características, indigenismo, antirromanismo, goticismo, unidad política..., forjaron una filosofía histórica que en buena parte es común al siglo, aunque también novedosa como fuera su actitud parcialmente comprensiva hacia el Islam español)<sup>50</sup>. A

---

tancia sobre los regulares y demás exentos, sujetos inmediatamente a la Silla Apostólica, como en apelación de las sentencias que hubieran pronunciado los arzobispos y obispos del reino. La acción combinada de Campomanes, Roda y Moñino, operando sobre sucesos como el monitorio de Parma, llevó a que el 26 de marzo de 1771 se despachasen por Clemente XIV el Breve *Administrando iustitiae* que establecía en Madrid el tribunal de la Rota de la Nunciatura apostólica, recogido por Real Decreto de 26 de octubre de 1773 (Nov. Recop. 2, 5,1). Vid. C. GARCÍA MARTÍN, *El Tribunal de la Rota de la Nunciatura de España. Su origen, constitución y estructura*, en *Anthologica Annua* 8, 1960, pp.143-278.

<sup>48</sup> J. FERNÁNDEZ ALONSO, «El Tratado de la Regalía de Amortización de Campomanes y el primer proyecto de ley general de amortización a través de los despachos de la Nunciatura», en *Hispania Sacra* 21, 1958, pp. 65-82; R. HERR, «Hacia el derrumbe del Antiguo Régimen: crisis fiscal y desamortización bajo Carlos IV», en *Moneda y Crédito* 118, 1971, pp. 37-100; ver en general, G. RUEDA HERNANZ, *La desamortización en España: un balance (1766-1924)*. Madrid, 1997.

<sup>49</sup> Pragmática Sanción en fuerza de ley para el extrañamiento de estos Reynos a los regulares de la Compañía, de 2 de abril de 1767, en *Novísima Recopilación de las leyes de España* 1, 26, 3. Sobre la virtualidad de esta medida ver *Colección General de los providencias hasta aquí tomadas sobre el extrañamiento y ocupación de las temporalidades de los regulares de la Compañía que existían en los dominios de S.M. de España, Indias e Islas Filipinas a consecuencia del Real Decreto de 27 de febrero y Pragmática Sanción de 2 de abril de 1767*. Madrid, 1769.

<sup>50</sup> *Apparatus iuris publici Hispanici*. Madrid, 1751. *Derecho Público Hispánico*. Edición de P. FERNÁNDEZ ALBADALEJO y Traducción de M.<sup>a</sup> de los A. DURÁN, Madrid, Boletín Oficial del Estado—Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; ver A. HERRERO Y RUBIO, *Internacionalistas españoles del siglo XVIII. Pedro José Pérez Valiente*. Valladolid, Universidad, 1953; J. L. BARRIO MOYA, «La biblioteca del jurista granadino Don Pedro José Pérez Valiente, abogado de los Reales Consejos durante el reinado de Felipe V (1742)», *Revista del Centro de Estudios Históricos de Granada y su Reino*, 2, 1988, pp. 77-93; P. MOLAS, *Los magistrados de la Ilustración*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 32, 74-75, 88-89, 91,94.

pesar de la crítica adversa de los ilustrados españoles, esta obra abrió formalmente la puerta a los nuevos estudios jurídico-públicos que darían frutos tan preciados como los Discursos de Jovellanos sobre la historia de la legislación (Academia de la Historia, 1780) o su mismo Informe sobre el expediente de Ley agraria (1794) en el que limitaba el fin de las leyes a remover los estorbos políticos, morales y físicos nacidos de la propia legislación, de la opinión y de la naturaleza<sup>51</sup>, una visión complementada con obras de Dou, Martínez Marina, Sempere..., a quienes se deben exposiciones sobre la ley del Antiguo Régimen<sup>52</sup>.

#### 4. LEY PATRIA

En el *continente de España*, donde la ley gubernativa se hizo *común*, llegó también a hacerse *patria* identificándose en esencia con la castellana tras los decretos unificadores de Felipe V. Con el apoyo del nuevo rey, educado en una tradición férreamente galicista y en la línea de oposición al Derecho romano emprendida tiempo atrás, se pudo acometer una acción defensiva de la ley nacional que con el tiempo daría la victoria al Derecho real<sup>53</sup>.

Se debe al fiscal general del Consejo de Castilla, Melchor de Macanaz, la presentación de una proposición sobre la enseñanza y lectura de las leyes del reino en las Universidades (noviembre, 1713), en nombre del rey y *por el bien público del Estado*, aprobada por auto acordado del Consejo pleno de 4 de diciembre de 1713<sup>54</sup>. Este auto acordado diseñó un método de estudio concordante del derecho romano con el real que perduraría todo el siglo, a salvo las posteriores correcciones de los planes de estudios conjuntos de la reforma

<sup>51</sup> Informe de la Sociedad Económica de Madrid al Real y Supremo Consejo de Castilla en el expediente de ley agraria, extendido por su individuo de número G. G. de Jovellanos, a nombre de la Junta encargada de su formación y con arreglo a sus opiniones. Madrid, 1795.

<sup>52</sup> R. L. DE DOU Y DE BASSOLS, *Instituciones del Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*. Madrid, Benito García, 1800 (edic. facs. Barcelona, 1975) I,29-83 («De las leyes positivas, conducto por donde se comunica el derecho público a los pueblos»); F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico de la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla*, Madrid, H. de Ibarra, 1808; *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, en *Obras escogidas de Don Francisco Martínez Marina* I. Estudio preliminar y edición de D. José MARTÍNEZ CARDOS. Ediciones Atlas (BAE, tomo CXCIV), 1966, pp.355-480; J. SEMPERE Y GUARINOS, *Observaciones sobre las Cortes y sobre las leyes fundamentales de España*. Granada, Imprenta de M. Moreno, 1810 (Edición y estudio de R. Herrera Guillén, Madrid, Biblioteca Nueva, 2007).

<sup>53</sup> R. RIAZA, «El derecho romano y el derecho nacional en Castilla, durante el siglo XVIII» en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 12, (1929), pp. 104-124; M. PESET, «Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII», en *AHDE*, 45, (1975), pp. 273-339; J. M. SCHOLZ, «Penser les Institutes hispano-romaines», *Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno* VIII, 1979, pp. 157-178; J. L. BERMEJO, «La enseñanza del Derecho español en el siglo XVIII», en *Derecho y Administración pública en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, Centro de Estudios Históricos, 1985, pp.143-187.

<sup>54</sup> N. Recop. 2, 1,1; Nov. Recop. 3, 2, 11.



carolina (1767 –expulsión de los jesuitas, 1777– reforma de los Colegios Mayores) y del ministro Caballero (1802 y 1807). A partir de entonces y a pesar de su escasa efectividad inicial –hubo de ser reiterado el 29 de mayo de 1741<sup>55</sup>–, se dieron instrucciones a las Universidades para que incorporasen a la lectura ordinaria de los textos romanos las leyes nacionales correspondientes a la materia explicada, potenciando el antiguo género de las antinomias tendente a conciliar las leyes y opiniones discordantes de ambos derechos<sup>56</sup>.

La ley real, que una extendida opinión consideraba *verdadera, razonable y justa* frente a la especulación romanista de un *ius* doctrinal<sup>57</sup>, pasó a ser la base de un nuevo orden cierto. Aunque se aceptara que las «leyes patrias se dedujeron de las Sagradas letras; de los Concilios; de los escritos de los Santos Padres; del derecho canónico, y civil de los Romanos», la propia ley real exigía su estudio para los que desempeñaran oficios de justicia, *pues por ellas, i no por otras han de juzgar*<sup>58</sup>. Es por ello que se denuncian las citas romano-canónicas

<sup>55</sup> N. Recop. 2, 1, auto 2; Nov. R., 3, 2, 11.

<sup>56</sup> A lo largo del siglo aparecieron diversas obras que aunaron el estudio del Derecho romano justiniano con el nacional, como las debidas al aragonés Tomás Martínez Galindo, *Phoenix jurisprudentiae Hispaniae sive Instituta hispana velo opus singulare institutionum juris vel codex civilia hispanorum jura nova atque accuratamethodo declarans*, 1715 (que, por seguir el prestante método geométrico, decía proceder con orden, concisión y claridad); Antonio TORRES Y VELASCO, *Institutiones Hispanae, practico-theorico commentatae*, Madrid, 1735; [*Institutiones Hispanae*. Madrid, 1749] (quien dedica a los reyes Felipe V e Isabel Farnesio su obra, declarando haberla compuesto en base a la Nueva Recopilación, usos forenses, Partidas y la Instituta justiniana comentadas por Vinnio); José BERNI Y CATALÁ, *Instituta civil y real de España en donde con la mayor brevedad se explican los párrafos de Justiniano y en seguida los casos prácticos según las leyes reales de España*. Valencia 1745 (1760-1775); José MAYMO Y RIVES, *Romani et hispani iuris institutionis ad usum Scholae et Fori*, Madrid, 1777, 2 vols. Cerrando el siglo, en un tiempo en que se pretendía superar los comentarios de Vinnio, Juan Sala y Bañuls todavía publicó el *Vinnius castigatus et ad usum tironum hispanorum accomodatus in quorum gratiam hispaniae leges opportuniore locis traduntur*, Valencia, 1779, seguida por los mismos comentarios abreviados en sus *Institutiones romano-hispanae* (Valencia, 1788) y *Digestum Romano-Hispanum ad usum Tironum Hispanorum ordinatum* (Valencia, 1794), que, junto con su *Ilustración del Derecho real de España* (Valencia, 1803), hizo que este género de literatura jurídica se adentrara a lo largo del siglo siguiente. Este género aminoró el paso de la teoría a la práctica jurídica necesaria para el ejercicio profesional, enseñada durante el siglo en los estudios y pasantías de los abogados de mérito.

<sup>57</sup> Por todos, vid. Juan F. DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes, y sus intérpretes, en que se demuestra la incertidumbre de éstos y la necesidad de un nuevo y metódico Cuerpo de Derecho, para la recta administración de Justicia*. 3 vols. Madrid, 1765; J. M. SCHOLZ, «De camino hacia el tiempo de la verdad. La crítica de la justicia en el siglo XVIII español», en *Mayans y la Ilustración. Simposio Internacional en el Bicentenario de la muerte de Gregorio Mayans*. Valencia, Publicaciones del Ayuntamiento de Oliva, 1981, II, pp. 573-603.

<sup>58</sup> La pragmática de los Reyes Católicos de 6 de julio de 1493, dirigida a los Estudios Generales de Salamanca y Valladolid, prohibía tener oficio de justicia sin haber estudiado derecho canónico o civil durante diez años [*Libro de las Bulas y Pragmáticas* de Juan Ramirez, Alcalá de Henares, 1503 (edición facsímil, Madrid, 1973), ff. CXVIIIr-CXIXr; mandada guardar nuevamente por la *Instrucción de corregidores* de 1500, cap. 4; petición de los procuradores de las Cortes de Toledo de 1525 (*Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*-CLC-Real Academia de la Historia, Madrid, 1861-1903, IV, 407, pet. 7; petición de los procuradores de las Cortes de Valladolid de 1548 (CLC, V, 384, pet. 38); N Recop. 3, 9, 2; Nov. Recop. 11, 1, 6]; cf. *Leyes de Toro*, II, recogida en N. Recop. 2, 1, 4 y Nov. Recop. 3, 2, 5.

que llenan los libros y papeles en Derecho y llaman la atención sobre el olvido de las leyes patrias desdeñadas hasta entonces por su carácter circunstancial frente a la *sabiduría* clásica, por más que estas leyes conformasen un orden decisivo, alegado en pleitos y causas, aparte de ser estudiado en las Universidades como *iura noviora*<sup>59</sup>.

A mediados del siglo XVIII, la ley real o patria centró el discurso jurídico teórico-práctico<sup>60</sup>. Según Campomanes, que escribe en su temprana madurez unas *Reflexiones sobre la jurisprudencia española* (1750) en el tiempo de su ejercicio profesional como abogado de mayor crédito en la Corte, las leyes del reino de España, principales y de indisputable autoridad, estaban recogidas en la Nueva Recopilación (o por seguir el orden normativo moderno, en las Ordenanzas Reales, Leyes de Toro, Leyes de Partidas, Fuero Real y el Fuero Juzgo) pero también en las *extravagantes* del derecho hispano (Autos acordados, Cuadernos de leyes de Mesta, Ordenanzas militares, Ordenanzas de los consulados de mar y comercio, Cuadernos de escrituras de millones...). El problema que planteaban estas *instrucciones* reales era que, teniendo fuerza de ley, su dispersión las hacía ignoradas e ineficaz su observancia, defectos comunes a los antiguos fueros de las *provincias* de España. Leyes numerosas y variables en casos

<sup>59</sup> Regla común, explicada en todas las Universidades, era que la norma propia aplicable al caso era determinante y que la *quaestio* planteada en la lectura del *Corpus iuris* podía ser argumentada y resuelta por los preceptos reales. La preferencia del *ius singulari* sobre el *ius commune* era una de esas reglas que marcaba la argumentación jurídica tanto en las aulas como en la vida jurídica. Desde el siglo anterior se había propiciado un género nuevo en la *ciencia de las leyes* sobre conciliar el estudio del Derecho romano, canónico y real a manera de una didáctica de *ius* romano-hispano, siguiendo el modelo de las Partidas. Ver C. PETIT, «Derecho común y Derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVII), en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'Histoire du Droit*, L, 2 (1982), 156-195; M.ª P. ALONSO ROMERO, «Del amor a las leyes patrias y su verdadera inteligencia. A propósito del trato con el derecho regio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos» en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67, 1997, vol I, 529-549; «Lectura de Juan Gutierrez (c.1535/1540-1618), un jurista formado en Salamanca», *Initium*, 2, 1997, pp. 447-484; «A propósito de *lecturae, quaestiones* y *repetitiones*. Más sobre la enseñanza del derecho en Salamanca durante los siglos XVI y XVII», en *Las Universidades hispánicas de la monarquía de los Austrias al centralismo liberal*, 2 vols. Universidad de Salamanca/Junta de Castilla y León, 2000, I, pp. 61-73; «*Ius commune* y derecho patrio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos. Trayectoria docente y métodos de enseñanza de Antonio Pichardo Vinuesa, Juan Solozarno Pereira, Francisco Ramos del Manzano y José Fernández de Retes», en DE DIOS, Infantes y Torijano (coord.), *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX)*. Universidad de Salamanca, 2004, pp. 43-148; M. PESET REIG «Método y arte de enseñar las Leyes», en *Doctores y Escolares. II Congreso internacional de historia de las Universidades hispánicas*. Universidad de Valencia, 1998, vol. II, pp. 253-265.

<sup>60</sup> M. y J. L. PESET, *Gregorio Mayans y la reforma universitaria*. Valencia, 1975, pp. 104-105; cf. H. MOHNHAUPT, «La discusión sur *Theoria et praxis* aux XVIII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles en Allemagne», en *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques*. Ed. Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte. Milano, 1979, pp. 277-296; S. M. CORONAS, *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*. Madrid, MAP, 1992, pp. 128-134; L. M. GARCÍA-BADELL ARIAS, «La práctica frente a las leyes. La admisión de nuevas pruebas en la Segunda Suplicación», en Johannes-Michael SCHOLZ (her.), *Fallstudien zur spanische und portugiesischen Justiz 15. bis 20. Jahrhundert*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1994, pp. 369-398.

y tiempos –no siempre previstas en las fuentes supletorias declaradas en Leyes de Toro– que descubrían contrariedades y confusiones y cuya verdadera inteligencia precisaba una colección histórica anotada, desde el Fuero Juzgo hasta las más modernas pragmáticas, aclarando su historia, cronología, geografía, lengua..., trabajo que los contados autores de la Historia del Derecho hispano (Franckenau, Fernández Prieto y Sotelo, Mayans con su Prefacio al Doctor Berní, Tomás Fernández de Mesa y, en cierto modo, Mora y Jaraba) no habían hecho<sup>61</sup>. La importancia de una colección semejante que averiguase estas noticias históricas se podría deducir del cuidado de *otras naciones* de indagar la antigüedad de sus leyes y gobierno respectivo; pero, al tiempo, estas leyes debían ser reducidas a un *metódico y universal código*, quitadas las desusadas y carentes de observancia, contando ante todo con las de Castilla, «verdadera cabeza de toda España»<sup>62</sup>. Colección histórica y código metódico era la doble vía para resolver la confusión de las leyes patrias en un momento de cambio hacia la jurisprudencia nacional, como adelantaron Mayans y Nebot en su fallido *Progreso del derecho español* (1740)<sup>63</sup>.

Las leyes patrias provenían, en efecto, de códigos de diferente época y autoridad, algunos de los cuales remontaba a la época goda<sup>64</sup>. De su deficiente método de estudio con leyes romano-canónicas, aparte de los novísimos principios iusnaturalistas, se llegaba a una *selva jurídica* en que nacían libremente los *abusos de la jurisprudencia*<sup>65</sup>. Si el abogado Miguel de Medina denunciaba el

<sup>61</sup> S. M. CORONAS, «La literatura jurídica española del siglo XVIII», en J. ALVARADO (coord.), *La literatura jurídica española del Antiguo Régimen*. Madrid, M. Pons, 2000, 527-574.

<sup>62</sup> Así, aunque se observasen fueros o costumbres particulares, como en Navarra, «debiera prevenirse por la ley general que en defecto de disposición foral observasen aquellos naturales las leyes de Castilla, como dominantes». *Reflexiones*, p. 149.

<sup>63</sup> G. MAYANS Y SISCAR, *Epistolario IV. Mayans y Nebot (1735-1742). Un jurista teórico y un práctico*. Transcripción, notas y estudio preliminar de M. PESET. Valencia, Publicaciones del Ayuntamiento de Oliva, 1975, pp. LXXXVI-LXXVII; M. PESET, «Una propuesta de Código romano-hispano inspirada en Ludovico Antonio Muratori», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Santa Cruz Teijeiro*. Valencia, 1974, II, pp. 217-260; B. CLAVERO, «La idea de código en la Ilustración jurídica», en *Historia. Instituciones. Documentos VI*, 1979, pp. 49-88.

<sup>64</sup> La famosa Carta a Juan de Amaya (1751) de Andrés M. BURRIEL (en *Semanario Erudito*, 2, 1787, pp. 64-128 y, en copia más fidedigna, proporcionada por Jovellanos, en el mismo *Semanario*, 16, 1787, pp. 3-222) fue difundida como composición digna de la historia del Derecho español, junto con las de Franckenau/Cortés y la carta de Mayans a Berní. En ella se fijaba el *orden de preferencia* de las fuentes jurídicas vigentes en Castilla, con exclusión de las romanas, cuyo valor y autoridad, *aun a falta de leyes del Reyno*, era tan nula como las *Leyes de la China* (B. CLAVERO, *Leyes de la China: Orígenes y ficciones de una historia del Derecho español*, en AHDE, 52, 1982, pp. 193-221). Sobre la posición más matizada de MAYANS y la extrema de FLO-RANES, defendiendo a contracorriente la integración del Derecho romano en la Historia del Derecho español, *ibid.* pp. 209-221; y A. MESTRE, *G. Mayans Epistolario II, Mayans y Burriel*, Valencia, 1972, pp. 139, pp. 139, 149, 398. Vid. R. Floranes, *Disertación sobre la autoridad legislativa de todos nuestros códigos de legislación anteriores al recopilado último de 1567 que hoy gobierna con sus aumentos*. Biblioteca Nacional, ms. 11230. En general, ver M. PÉREZ-VICTORIA BENAVIDES, *Prelación de fuentes en Castilla (1348-1889)*. Granada, 1993.

<sup>65</sup> P. DE MORA Y JARABA, *Tratado crítico: Los errores del Derecho civil y abuso de los jurisperitos para utilidad pública*. Madrid, 1748.

*falso axioma* de la correspondencia general de la ley romana con la nacional<sup>66</sup>, la raíz del mal era para el consejero Pablo de Mora y Jaraba la enseñanza de un Derecho extranjero, como el romano, «pozo inagotable de pleitos, opiniones y confusión»<sup>67</sup>. Es por ello que, en la segunda mitad siglo, se mantuviese la idea de formar unas Instituciones de Derecho real con el fin de promover su estudio y facilitar su observancia, aunque también con un cierto objetivo sistemático, como se ve en la representación del Marqués de la Ensenada a Fernando VI en 1752<sup>68</sup>. En ella se proponía la formación de una Instituta práctica de Derecho real, simple reducción a un tomo de los tres de la Recopilación, por la que se estudiaría Derecho en las Universidades del reino en sustitución del romano y, a la vez, una Instituta de Derecho público para cubrir el vacío de estas enseñanzas fundamentales. De esta forma, el viejo anhelo de simplificar y sistematizar el Derecho vigente, esa «librería inmensa de leyes» de que hablara en el Pensador de 1762, José Clavijo y Fajardo, dio paso a una cierta idea codificadora distinta de la acumulativa tradicional de las recopilaciones, presente ya en el proyecto de código de procedimiento de Gonzalo de Rioja (1753) y en los planes de Mayans, Olavide y Acevedo<sup>69</sup>. En el plano académico, la reforma carolina de Leyes y Cánones, aunque seguía con el método elemental de estudiar la Instituta justiniana anotando su variación con las leyes patrias, basó ya su enseñanza en la legislación real, leyes de Toro con sus comentaristas y Recopilación más Autos Acordados, mostrando su equivalencia, según los casos, con el Código y el Digesto<sup>70</sup>. Esta variación, que apuntaba ya el triunfo de la

<sup>66</sup> *Representación para promover el estudio del Derecho y facilitar su observancia*, Ed. de F. CANELLA SECADES en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 52, 1878, pp. 356-367; 481-495; CASTRO, *Discursos críticos*, I. pp. 97-99. Como recordaría J. PÉREZ VILLAMIL, «son muy raros los que llegan a formar una idea clara y adecuada de nuestra jurisprudencia porque no se puede hacer un estudio metódico de ella mientras estén esparcidos sus principios y se estudie por la comparación con el Derecho romano», *Disertación sobre la libre multitud de abogados*, Madrid, 1782, pp. 126-127.

<sup>67</sup> MORA Y JARABA, *Tratado crítico: Los errores del Derecho civil*, p. 243; cf. PESET REIG, «Una propuesta de código romano-hispano inspirado en Ludovico Antonio Muratori», cit.

<sup>68</sup> D. OZANAM, *Representación del marqués de la Ensenada a Fernando VI (1751)* en Cuadernos de Investigación Histórica, 4, 1980, pp. 93-94; cf. A. RODRÍGUEZ VILLA, *Don Cenón de Somodevilla, marqués de la Ensenada*, Madrid, 1878, pág. 132.

<sup>69</sup> J. CLAVIJO, *Sobre la necesidad de formar un cuerpo de leyes completo en el idioma patrio y corriente* en *El Pensador*. T. II. V. 1762, pp. 51-92 (Pensamiento XVI); P. OLAVIDE, *Plan de estudios para la Universidad de Sevilla*, con estudio preliminar de F. AGUILAR PIÑAL, Barcelona 1969; G. MAYANS Y SISCAR, *Informe al Rei sobre el methodo de enseñanza en las Universidades de España*, Ed. M. y J. PESET, Valencia, 1975; A. de ACEVEDO, *Idea de un nuevo cuerpo legal*, ms. (propone la reducción de la legislación recopilada al plan de las Partidas, que devendría, una vez simplificadas y depuradas, cauce normativo del Derecho del reino). Vid. en general, B. CLAVERO, *La idea de código*, cit.

<sup>70</sup> En este sentido, las Instituciones de Derecho civil de Castilla (1771) de los jóvenes doctores por Cervera, Asso, y de Manuel, marcaron un hito en esta ascensión del Derecho real a pesar de no estar escritas en método racionado, según JOVELLANOS, [*Carta al Doctor Prado de la Universidad de Oviedo sobre el método de estudiar el derecho* (Gijón, 17 de diciembre de 1795) en *Obras Completas III. Correspondencia (1794-1811)*. Ed. crítica, introducción y notas de J. M. CASO, Oviedo, 1986, pp. 175-184]; S. M. CORONAS, *Jovellanos y la Universidad*, Universidad de Oviedo, 2008; cf. M. PESET REIG, *Correspondencia de Gregorio Mayans y Sis-*

legislación patria en los planes de estudio del nuevo siglo, era significativa del cambio metodológico que transparentaba el doble concepto del Derecho y de la sociedad: la propia del *ius commune*, con su dialéctica de *leges et auctoritates*, que encontraba en el género institucionalista una sencilla fórmula de expresión metodológica, y la nueva, de raigambre liberal y racionalista, que se explica en el método axiomático o racionado por el que según Jovellanos «se establecen los principios generales del derecho refiriendo a ellos las leyes como consecuencias suyas». Entre ambas concepciones –autoridad frente a razón– había una indudable coordinación, ensayada de antiguo por los maestros del iusnaturalismo racionalista, Pufendorf, Thomasio, Wolf o Heinecio, y que destacan en la doctrina española Pérez y López o Dou y Bassols, por más que el orden de la razón, desligado cada vez más de la autoridad del Derecho romano («la primera fuente del derecho romano es la misma razón natural» dirá Jovellanos) se impondría con fuerza tras la crisis del Antiguo Régimen <sup>71</sup>.

Pero en la práctica subsistía el problema de la legislación patria, «poblada de leyes inútiles o por su antigüedad o por su costumbre o por disposición contraria» según la crítica unánime a la Nueva Recopilación, fuente principal del Derecho real *español* o *patrio*. Y más allá de los antiguos códigos y las recopilaciones modernas todavía estaba el problema de las «extravagantes del Derecho hispano», esa «legislación moderna, contenida en reales pragmáticas, cédulas, autos acordados, decretos y órdenes, singularmente de aquella parte que se puede decir *extravagante*, por no haberse recopilado todavía y cuyo conocimiento es muy importante, no sólo en cuanto destruye, reforma o modifica el antiguo derecho patrio, sino también porque contiene aquella parte mas preciosa de él; esto es, la que está acomodada a nuestras actuales necesidades, ideas, situación y costumbres» <sup>72</sup>. En la mente de un práctico, esa última legislación pasaba ante todo por los autos acordados, los cuaderno de leyes de la Mesta, Ordenanzas militares, Ordenanzas de los Consulados de comercio, cuadernos de escrituras de millones, ordenanzas de la renta de tabaco y otras muchas instrucciones reales..., provistas de fuerza de ley, aunque «su dispersión las hace ignoradas y tal vez ineficaz su observancia, a que se pueden agregar todos los fueros antiguos» <sup>73</sup>. La jurisprudencia de los Consejos, «tribunales supremos de España que son los que con la frecuencia de sus resoluciones forman la más genuina interpretación en las materias dudosas» (en especial el de Castilla, convertido tras la asunción de las competencias del extinto Consejo de

---

car con Ignacio Jordan Asso del Río y Miguel de Manuel Rodríguez (1771-1780), en AHDE, 36, 1966, pp. 547 y ss.

<sup>71</sup> G. M. DE JOVELLANOS, *Reglamento para el Colegio de Calatrava*. Ed. crítica, prólogo y notas de J. CASO GONZÁLEZ. Gijón, 1964, p. 173. En general, vid. B. CLAVERO, *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808*, AHDE, 48, 1978, pp. 307-334.

<sup>72</sup> *Reglamento para el Colegio de Calatrava* (1790), p. 185.

<sup>73</sup> *Reflexiones*, pp. 137 y ss. Al final del siglo, decía León de ARROYAL: «Cuando me paro a contemplar el enorme volumen de nuestros códigos y la incalculable confusión de nuestras leyes, pragmáticas, autos acordados y cédulas o providencias gubernativas, me pasmo de que haya quien haga alarde de saberlas todas». *Cartas económico-políticas*. Ed. J. CASO GONZÁLEZ, Oviedo, 1971, p. 249.

Aragón en supremo tribunal de España en la autorizada declaración de Campomanes) era la única que podía ayudar a conocer e interpretar esta legislación con mayor autoridad y fuerza que la doctrina jurídica con sus diferentes géneros (prácticos, tratadistas, compiladores de alegaciones y dictámenes, publicistas, decisionistas, autores de concordancias y antinomias, de diccionarios y repertorios y de historia del Derecho)<sup>74</sup>.

A las leyes recopiladas y *extravagantes* se sumaban también los antiguos fueros, considerados ahora como la expresión más genuina y simple del Derecho nacional<sup>75</sup>. Y siguiendo el orden supletorio de la ley de Toro, las Partidas, que, aunque representantes de ese romanismo que la ilustración nacionalista del siglo rechaza, eran estimadas igualmente como integradoras de un Derecho hispánico fundamental<sup>76</sup>, al igual que el Fuero Juzgo, cuya legislación proveniente del tiempo de la fundación de la monarquía hispana, se consideró fuente primordial y símbolo de un derecho patrio que no ha dejado de fluir a lo largo de los siglos, convirtiéndose en depósito de la legislación *fundamental* de la *constitución* histórica española<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> P. RODRÍGUEZ CAMPOMANES, *Tratado de la regalía de amortización* [1765], Madrid, 1982, pp. 401 y ss.

A manera de ejemplo sobre la virtualidad de este principio, S. M. CORONAS, *El Consejo, garante de la justicia y legalidad en Indias: multas, correcciones y apercibimientos a ministros de la Audiencia de Lima y del gobierno del virrey del Perú* (1761-1771) en *Actas del IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho indiano*, Madrid, 1991; pp. 367-381.

<sup>75</sup> Siguiendo el criterio de Burriel, para quien los fueros eran en general «leyes fundamentales de la Corona» (*Carta a Juan de Amaya*, cit), Jovellanos pudo matizar esa apreciación: «En él (Fuero Viejo de Castilla) se halla una colección de fazañas, albedríos, fueros y buenos usos, que no son otra cosa que el derecho no escrito o consuetudinario por que se habían regido los castellanos cuando se iba consolidando su constitución; en él, en fin, están depositados los principios fundamentales de esta constitución», G. M. JOVELLANOS, *Discurso sobre la necesidad de unir al estudio de la legislación el de nuestra historia y antigüedades*, (14, febrero, 1780) Ed. BAE, vol. 46, p. 293. Ver S. M. CORONAS, «Constitucionalismo histórico y neoforalismo en la historiografía del siglo XVIII», en *Notitia Vasconiae* 1, 2002, pp. 83-118 (en su apéndice documental figura el *Discurso sobre la autoridad de los fueros municipales de España*, atribuido generalmente a Campomanes, aunque su verdadero redactor fuera Antonio de Robles Vives, c. 1770-1771).

<sup>76</sup> Ver por todos, F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico de la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla*, Madrid, H. de Ibarra, 1808, cuya influencia se extiende a lo largo del siglo XIX [Madrid (s.n.) 1834<sup>2</sup>; Madrid, (s.n.) 1845<sup>3</sup>; Antonio RODRÍGUEZ DE CEPEDA, *Lecciones sobre la historia de la legislación castellana [extractada del Ensayo Histórico-Crítico del Doctor D. Francisco Martínez Marina]*, Valencia, (s. n.) 1836].

<sup>77</sup> Esta fue la idea dominante en Jovellanos al trabajar sobre la nueva edición del Fuero Juzgo «depósito y fuente de la tradición constitucional española». Cabe decir sobre la *constitución* que sobrevuela desde la segunda mitad del siglo todo el pensamiento legal y político español que, destruidas las *constituciones* históricas de los pueblos de España, a excepción de Navarra y de las Provincias Vascas, parecía que nada quedaba del viejo pactismo salvo el recuerdo de los mismos fueros. Y fue por esta vía, enmarcada en la defensa de las regalías patrias frente a la Santa Sede, que comenzó la lenta recuperación del sentimiento histórico de *constitución* (nueva expresión importada del pensamiento francés) hasta encontrar su explicación doctrinal en el academicismo ilustrado de finales de siglo. Un sentimiento que no fue el plural del viejo orden histórico, sino el nuevo, supuestamente español y en realidad dinástico, nacido de la consideración borbónica de España como nación unitaria. La falta de raigambre histórica de esta *constitución*, identificada por entonces con algunas *leyes fundamentales* castellanas a despecho de la

Por entonces, como efecto del nuevo interés por el Derecho nacional, se reeditan o publican viejos textos legales, como el Fuero Juzgo<sup>78</sup>, Fuero Viejo

---

naturaleza esencialmente plural y consuetudinaria del orden de los reinos, hizo endeble esta construcción doctrinal que apenas si llegó a contar con adeptos fuera de ciertos círculos ilustrados. A ello se opuso la abusiva identificación del Derecho castellano con el español o patrio; la aceptación general de la omnímoda potestad real, utilizada por los ilustrados como palanca de reforma en una sociedad cercada por los privilegios de clase; y, tras la Revolución de 1789, que cambiaría el mundo conocido, los nuevos ideales liberales, igualitarios y racionalistas condensados en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. La falta de base histórica de una *constitución* pretendidamente española que, de existir, tendría que ser la resultante de una amalgama de constituciones forales con principios no siempre coincidentes, vició de raíz esta construcción doctrinal. En estas circunstancias, la vuelta al pasado en busca de la *constitución* histórica española resultaba imposible al chocar con la realidad plurinacional o con la enemiga del absolutismo regio sobre la residual vigente de Castilla. De aquí que la crisis del orden histórico de los países de la Corona de Aragón se saldara al fin con la crisis del auténtico *constitucionalismo* histórico, seguido años después en el mismo siglo con la aparición de un sucedáneo historicista erudito que adoptó en un primer momento la forma impuesta de un neoforalismo cuasioficial. La primera vez que resonó propiamente la «constitución del Estado» en la legislación española fue en la *Real Provisión de los Señores del Consejo de 23 de junio de 1766 en que, a instancias de la nobleza, villa y gremios de Madrid, en quienes se halla refundida la voz común, se desaprueban las pretensiones introducidas sin legítima personalidad en los bullicios pasados, y declaran por nulos e ineficaces como opuestas a las leyes y constitución del Estado*, en *El libro de las leyes del siglo XVIII. Colección de impresos legales y otros papeles del Consejo de Castilla (1708-1781)*. Edición a cargo de S. M. CORONAS GONZÁLEZ, Madrid, BOE-CEC, 1996, t. II, pp. 1314-1321; ver, S. M. CORONAS, «Los motines de 1766 y la Constitución del Estado» en *AHDE*, LXVII, 1997, pp. 143-157.

<sup>78</sup> Al margen de las cinco ediciones latinas hechas fuera de España a partir de la publicada en París 1579 por Pedro PITEO, la edición romance del Fuero Juzgo se debió por vez primera a Alonso de VILLADIEGO (Madrid, 1609), con notas, escolios y comentarios sobre la base de un antiguo manuscrito de la Biblioteca de la Iglesia Primada de Toledo. Casi dos siglos más tarde, atendiendo a la escasez de ejemplares y a su alto costo, Juan Antonio LLORENTE reeditó únicamente el texto de Villadiego sin notas, salvo una Declaración de las palabras y frases más oscuras del texto. *Leyes del Fuero-Juzgo o Recopilación de las leyes de los visigodos españoles, titulada primeramente Liber Iudicum y últimamente Fuero Juzgo segunda edición del texto castellano, mejor que la primera...* Madrid, 1792. Sin embargo, desde 1784, había cobrado fuerza la idea de editar el Fuero Juzgo en latín y castellano, «cotejado con los más antiguos y preciosos códices» por la Real Academia Española, a cuyo fin trabajaron diversas comisiones a partir de la inicial compuesta por Manuel de Lardizábal, Antonio Tavira, Antonio Mateos Murillo, Gaspar de Jovellanos y José Miguel Flores, trabajo que al cabo dio su fruto en la nueva edición de Madrid, 1815. [Cf. JOVELLANOS, *Plan de una disertación sobre las leyes visigodas* (1785)]. Por lo demás, el interés por el texto no era meramente histórico o literario. Como recordaba Llorente algunas de sus leyes seguían siendo decisivas en puntos de derecho no decididos por leyes posteriores: ¿a dónde recurrió el señor Don Carlos III antes que al Fuero Juzgo para demostrar la legislación fundamental española del consentimiento paterno para los matrimonios de los hijos de familia?, ¿a dónde el Excelentísimo Señor Conde de Campomanes para persuadir la sugestión de los feudos de las Iglesias a la regalía de amortización y tributo?, ¿a dónde el Real y Supremo Consejo de Castilla para las muchas decisiones que ha dado en favor de hermanos y otros consanguíneos sobre que heredasen contra las intenciones de los conventos de trinitarios Calzados de la Provincia de La Mancha, ocasionando la feliz revolución de tratarse actualmente de establecer un reglamento para tales sucesiones? *Leyes del Fuero Juzgo*, pp. 30-31. En este sentido, Llorente se limitó a acomodarse a la doctrina legal de la Real Cédula de 15 de julio de 1778 que a consulta de la Chancillería de Granada había declarado que los tribunales debían arreglarse en materia de sucesión intestada de bienes a lo dispuesto por Fuero Juzgo, 4, 2, 12; «por quanto

de Castilla<sup>79</sup> Ordenamiento de Alcalá<sup>80</sup> Fuero Real<sup>81</sup>..., cuya vigencia se recuerda ahora por las autoridades en un propósito de afirmar la supremacía de aquél frente al Derecho común romano-canónico, al tiempo que se recopilan y coleccionan leyes o se trabaja en historias generales de la legislación que pretenden aclarar el proceso de formación de ese Derecho patrio que no ha dejado de crecer desde la época gótica. Secuencias de una cultura ilustrada, historicista y nacional que alargó el horizonte humanista del Derecho patrio con nuevos campos de interés.

Esta ley, recopilada, *extravagante*, foral o *municipal* y de Partidas, formaba parte del complejo cuerpo de Derecho del siglo junto con el *ius* romano y la *lex* canónica. A pesar del debate doctrinal sobre su vigencia respectiva, no existía contraposición viva al margen de puntuales pugnas legalistas. Por el contrario, como si se tratara de un viejo *arbor iuris*, los juristas toman las normas de uno u otro a manera de *exempla* o precedentes para fundamentar la reflexión doctrinal, la alegación fiscal o la decisión del caso, con atención a la verdad o justicia intrínseca del mismo, y sería la verdad, como norte y guía de los fiscales, custodios y promotores por oficio de la legislación patria, la que llevó a la práctica

---

dicha ley del Fuero Juzgo no se halla deregada por otra alguna... debereis igualmente arreglaros a ella en la determinación de este y semejantes negocios, sin tanta adhesión como manifestais a la de Partida, fundada únicamente en las auténticas del derecho civil de los romanos y en el común canónico». Cf. R. FLORANES. *Puntos curiosos que para la historia de nuestra legislación y especialmente del Fuero Juzgo descubrió al impugnar algunas aseveraciones del Dr. D. Francisco de Castro*. Biblioteca Nacional, ms. 11.264.

<sup>79</sup> *El Fuero Viejo de Castilla, sacado y comprobado con el exemplar de la misma obra que existe en la Real Biblioteca de esta Corte y con otros Mss. Publicarlo con notas históricas y legales los Doctores D. Ignacio J. de Asso y del Río y D. Miguel de Manuel Rodríguez examinadores nombrados por el Supremo Consejo para el concurso a la Cátedra de Derecho Natural y Política que se establece en el Real S. Isidro*. Madrid, 1771. El interés por su edición era también práctico al considerarle una «metódica recopilación de las leyes fundamentales de Castilla». Así justifican su edición pues «habiendo sido su realidad (sus leyes) las fundamentales de esta Corona, no sólo se han conservado desde la primera formación de los tribunales y juzgados del reino sino que hoy día están mandadas observar con prelación a otros códigos impresos». Asso y de Manuel, *Discurso*, Preliminar.

<sup>80</sup> *El Ordenamiento de Leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho. Publicarlo con con notas y un Discurso sobre el estado y condición de los judíos en España, los Doctores D. Ignacio Jordán de Asso y del Río y D. Miguel de Manuel Rodríguez*. Madrid, 1774. F. CONDE NARANJO, *Medioevo ilustrado. La edición erudita del Ordenamiento de Alcalá (1774)*. Universidad de Sevilla, 1998.

<sup>81</sup> Pocos años después y a costa de la Real Compañía de Impresores y Libreros del reino se reeditó *El Fuero Real de España diligentemente hecho por el noble rey Don Alonso IX, glosado por el egregio doctor Alonso Díaz de Montalvo. Asimismo por un sabio doctor de la Universidad de Salamanca adicionado y concordado con las Siete Partidas y Leyes del reino*, 2 tomos, Madrid, 1781 (incluyendo la edición de las Leyes Nuevas extraídas de un código perteneciente a Campomanes y asimismo en Madrid, 1789, *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono*, glosadas por el licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S. M. (en tres tomos); J. VALLEJO, «El Fuero Real bajo las luces o las sombras de la edición de 1781» en *Initium* 1, 1996, pp. 611-643; del mismo, «Academia y Fuero: Historia del Real en la Real de la Historia», *ibidem* 3, 1998, pp. 419-483; A. GARCÍA-GALLO, *Crisis de los derechos locales y su supervivencia en la Edad Moderna*, en *Cuadernos del Instituto de Derecho Comparado de Barcelona*, 10-11, 1955, pp. 68-81; Coronas, *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla*, pp. 200 y ss.



una vieja máxima filosófica recordada en el siglo XVIII: «*lex nihil aliud est quam veritatis inventio*»<sup>82</sup>. En todo caso, esta verdad tenía como principio la primacía de la ley real sobre el Derecho romano-canónico, comúnmente aceptada por los autores como una derivación más de la soberanía de los reyes: «pues siendo España un reyno que no conoce otro superior temporal que su soberano, solo éste y no otra potestad puede darle leyes». Este principio se quebraba, sin embargo, en los casos no infrecuentes de defecto de ley; entonces, bien por acomodarse a la *ratio scripta* romana o a la *aequitas* canónica, el viejo *ius commune* venía a cubrir el vacío legal del Derecho propio, por más que siguiendo el preceptivo orden legal, no todos los jueces y letrados aceptasen esta función completiva asignada, por el contrario, a los fueros, a las Partidas y, en último caso, al rey por medio de consulta. En esta disyuntiva capaz de crear una incertidumbre legal perjudicial para los litigantes, se avanzó hacia la ley patria como solución: «nuestro cuerpo de legislación, si bien que se halle confuso por falta de conveniente método, es una recopilación escogida y apropiada a la naturaleza, genio y gobierno del país, de todo lo mejor que dictó la prudencia de los sabios en punto de legal gobierno»<sup>83</sup>. Fue el tiempo de combatir la incertidumbre, superando la diversidad legal, foral, judicial..., al tiempo que el remedio tendría que venir de la promulgación de «leyes precisas y decisivas de los casos, sin dar más que hacer al juez que aplicarlas a su ejecución»<sup>84</sup>, por más que, siguiendo los nuevos criterios racionalistas, podrían proponerse «principios ciertos y metódicos, reglas de las que se puedan inferir precisas consecuencias aplicables a los casos», pero siempre contando con que la luz debía venir del legislador español y no de Derecho romano-canónico<sup>85</sup>.

## 5. LEY DE CORTES: DE LAS PRIMERAS CORTES HISPÁNICAS [Y LEY FUNDAMENTAL DE SUCESIÓN] DE 1712-1713 A LAS LEYES DE CORTES DE 1789

La ley, cuya radical conformación soberana quedó fijada al modo borbónico en los primeros años del siglo XVIII, pudo contar en algunas ocasiones con

<sup>82</sup> Entre los papeles del Archivo Privado de Campomanes se conserva una traducción parcial del Espíritu de las leyes bajo el título *Alma de las leyes* (de la que dio cuenta B. CLAVERO, *Del Espíritu de las leyes: primera traducción truncada*, AHDE, 55, 1985, pp. 767-772), que habría que referir a las importantes traducciones de obras principales del pensamiento jurídico, político y económico europeo impulsadas por el «sabio conde». En general, sobre las raíces de este pensamiento legal vid. J. L. BERMEJO CABRERO, *Principios y apotegmas sobre la ley y el rey en la Baja Edad Media castellana*, en *Hispania, Revista Española de Historia*, 129, 1975, pp. 31-47; CORONAS, *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla*, pp. 72 y ss.

<sup>83</sup> CASTRO, *Discurso crítico sobre las leyes y sus intérpretes*, I, p. 295.

<sup>84</sup> CASTRO, *Discurso crítico sobre las leyes y sus intérpretes*, I, p. 284; cf. 279.

<sup>85</sup> J. MARÍN Y MENDOZA, *Historia del Derecho natural y de gentes* (1776), Ed. y prólogo de M. GARCÍA PELAYO, Madrid, 1950, p. 67; cf. del mismo, *Joan Gotthieb. Heineccii, Elementa Juris Naturae et gentium castigatationibus ex Catholicorum doctrina, et Juris Historia aucta*. Matriti, 1776.

el consentimiento formal de las Cortes. Cerrado el ciclo de las Cortes regnícolas para reconocer como rey y señor natural a Felipe V, volvió a plantearse el necesario consentimiento general de los reinos con el juramento de fidelidad y reconocimiento por legítimo sucesor de la monarquía a Luis de Borbón, *jun-tándose como en Cortes* en la iglesia de San Jerónimo de Madrid el 7 de abril de 1709 una representación de los reinos de Castilla y de los nuevamente incorporados de Aragón y Valencia<sup>86</sup>. Un consentimiento general que sería exigido tres años más tarde por las potencias contendientes en la guerra de Sucesión antes de firmar la paz, obligando a celebrar reunión formal de Cortes para sancionar la renuncia formal de Felipe V a los derechos sucesorios de la Corona de Francia<sup>87</sup>. A este fin, «convocáronse los procuradores de las ciudades, prela-dos y nobleza de los reinos de España» a unas Cortes llamadas a tener signifi-cación especial por ser de ámbito general<sup>88</sup>, por la validación de la renuncia del rey por ley *fundamental*<sup>89</sup>, y por modificar el orden sucesorio tradicional de la

<sup>86</sup> MARQUÉS DE SAN FELIPE, *Comentarios*, p. 170; Coxe, *España bajo el reinado de la Casa de Borbón*, I, pp. 349-50; M. PESET, «La representación de la ciudad de Valencia en las Cortes de 1709», en *AHDE*, 38, (1968), pp. 494 y ss.; Castellano, *Las Cortes de Castilla*, pp. 129 y ss.

<sup>87</sup> L. Bély, *Les relations internacionales en Europe, XVIIIe-XVIIIe siècles*. Paris, PUF, 1992, p. 415.

<sup>88</sup> A estas Cortes acudieron, aparte de la representación castellana, representantes de ciertas ciudades de la Corona de Aragón, excluidos, al estilo castellano, los brazos eclesiástico y nobiliario de las antiguas Cortes privativas de Aragón, Cataluña y Valencia. Ver M. Peset Reig, «La representación de la ciudad de Valencia en las Cortes de 1709» en *AHDE* 38, 1968, pp. 591-628; del mismo autor, «Valencia en las Cortes de Castilla de 1712-1713 y en las de 1724», en *AHDE*, 41, 1971, pp. 1027-1062; F. LORENZANA DE LA PUENTE, «Cortes y procuradores en 1712-1713» en *Les Corts a Catalunya. Actes del Congrès d'Historia Institucional*, Barcelona, 1981, pp. 351-367; J. L. BERMEJO CABRERO, *En torno a las Cortes del Antiguo Régimen*, en *AHDE*, 63-64, 1993-1994, pp. 149-233, en esp. pp. 217-220; 230-231. En general, vid. P. MOLAS, «Las Cortes de Castilla y León en el siglo XVIII» en *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Moderna*, Cortes de Castilla y León, 1989, pp. 145-169; J. L. CASTELLANO, *Las Cortes de Castilla y su Diputación (1621-1789) Entre pactismo y absolutismo*, Madrid, 1990, pp. 141 y ss. Sobre el alcance de esta unión o agregación, S. DE DIOS, «Corporación y nación. De las Cortes de Castilla a las Cortes de España», en *De la Ilustración al Liberalismo*. Symposium en honor del Prof. P. Grossi, Madrid, 1995, pp. 199-298; pp. 232-233, con excesiva insistencia, a nuestro juicio, en el carácter castellano de estas Cortes del siglo XVIII, válido para algunos aspectos de su organización y funcionamiento pero no así para otros evidentes de composición y atribuciones de unas Cortes y unos *diputados* (voz nueva que en este siglo comienza a desplazar a la tradicional de procurador) que ostentan la representación genérica de un *reino* que hace *cuerpo* con el rey. Ver a este respecto, el *Memorial de Greuges de 1760* (ed. J. E. Moreu Rey, Barcelona, 1968) o el hecho de que a finales del período se hablara por lo común de Cortes de España (León de Arroyal, *Cartas económico políticas*, pp. 225 y 520).

<sup>89</sup> Aparecidas en la literatura jurídica y en la práctica de gobierno de la Francia de las guerras de religión, su sentido último de *fundamentar* o sostener el reino y el rey [Gentillet (1571); Bodin (1575) «Lois qui concernent a l'état du Royaume»; Loyseau (1608); edicto de unión de 1588; representaciones del Parlamento de París, de 1589...] se expande en el siglo siguiente en otros círculos jurídicos europeos, siendo recibida en España por los juristas que apoyan las pretensiones dinásticas de la Monarquía católica antes de su recepción oficial en las Cortes de 1712-1713 y la promulgación el 10 de mayo de 1713 del Reglamento con valor de *ley fundamental*. Desde entonces vino a sustituir las antiguas y expresivas «sobreleyes», «leyes que valen más que otras leyes» o «leyes perpetuas» de la tradición española. Cf. A. LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la Monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*.

Corona de Castilla [cifrado en Partidas 2, 15, 2], estableciendo en su lugar la agnación rigurosa característica de la monarquía franca.

Por entonces, a instancia del Consejo de Estado, a cuya iniciativa se atribuyó la representación al rey sobre las «*grandes conveniencias y utilidades*» del nuevo modo de suceder, y del Consejo de Castilla (que hubo de secundar con reticencias una modificación de la legalidad tradicional conculcada sin mayor motivo «*y más quando se había de derogar una ley que era fundamental por donde había entrado la Casa de Borbón a la sucesión de los Reinos*») <sup>90</sup>, y contando con el voto favorable del reino junto en Cortes (que «*enterado de las consultas de ambos Consejos y con conocimiento de la justicia de este nuevo reglamento y conveniencias que de el resultan a la causa pública, me pidieron pasase a establecer por ley fundamental de la sucesión de estos reinos el referido nuevo reglamento, con derogación de las leyes y costumbres contrarias*»), Felipe V promulgó el 10 de mayo de 1713 el Nuevo Reglamento sobre la sucesión de la monarquía española por el que eran preferidos los «*descendientes varones en línea recta de varonía a las hembras y sus descendientes, aunque ellas y los suyos fueran de mejor grado y línea*» otorgándole expresamente, conforme a la tradición francesa, valor de ley fundamental <sup>91</sup>.

Años más tarde, Campomanes, como presidente de las Cortes de 1789, opuso reticencias sustantivas y formales a esta aprobación <sup>92</sup>, al igual que Mar-

---

Paris, 1907; C. Saguez-LOVIST, *Les lois fondamentales au XVIII siècle. Recherches sur la loi de dévolution de la Couronne*. Paris, 1984. Sobre su recepción en España, ver S. M. CORONAS, «Las leyes fundamentales del Antiguo Régimen. (Notas sobre la Constitución histórica española)», en *AHDE*, LXV, 1995, pp. 127-218. Con carácter general, H. MOHNHAUPT, «Von den Leges fondamentales zur modernen Verfassung in Europa. Zum begriffs- und dogmengeschichtlichen Befund (16.-18. Jahrhundert)», en *Ius Commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte*, XXV, 1998, pp. 121-158.

<sup>90</sup> Reticencias que llevaron posiblemente a su inmediata reforma, ver J. FAYARD, *La tentative de réforme du Conseil de Castille sous le regne de Felipe V (1713-1715) en Mélanges de la Casa de Velázquez*, II, 1966, pp. 259-281; M.<sup>a</sup> del C. FERNÁNDEZ GIMÉNEZ, «Notas sobre la reforma del Consejo de Castilla en 1713», en *AHDE* 69, 1999, pp. 547-578; sobre sus raíces en la famosa consulta de 1708, S. DE DIOS, *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, Salamanca, Diputación, 1986, pp. LXIII-LXVII; doc. XXXVI (pp. 173-193); L. M. GARCÍA-BADELL ARIAS, «Felipe V, la nobleza española y el Consejo de Castilla: la *Explicación* jurídica e histórica de la consulta que hizo el Real Consejo de Castilla atribuido a Macanaz», en *Cuadernos de Historia del Derecho* 12, 2005, pp. 125-150.

<sup>91</sup> «*y quiero y mando que la sucesión de esta Corona proceda de aquí adelante en la forma expresada, estableciendo ésta por ley fundamental de la sucesión de estos Reinos, sus agregados y que a ellos se agregaren, sin embargo de la ley de Partida y de otras cualesquiera leyes y estatutos, costumbres y estilos y capitulaciones que hubiere en contrario, las cuales derogo y anulo en todo lo que fueren contrarias a esta ley, dexándolas en su fuerza y vigor para los demás; que así es mi voluntad*» Autos acordados 5, 7, 5, Nov. Recop. 3, 1, 5; COXE, *España bajo el reinado de la Casa de Borbón*, II, 88-89; 289-291. Sin embargo, cuatro años después, Felipe V intentó hacer valer sus derechos sucesorios a la Corona de Francia en el caso de fallecimiento de Luis XV sin sucesión masculina.

<sup>92</sup> «*Aunque en el año de mil setecientos y doce se trató de alterar este método regular por algunos motivos adaptados a las circunstancias de aquel tiempo ya no subsisten; no puede conceptuarse lo resuelto entonces como ley fundamental por ser contra las que existían y estaban juradas, no habiéndose pedido ni tratado por el Reino una alteración tan notable en la sucesión de*

tínez Marina<sup>93</sup>, aunque atendiendo a las consultas de los Consejos principales, a la petición de las Cortes y la resolución soberana del rey este *Reglamento* sucesorio con valor de ley *fundamental* derogó con toda formalidad en este punto la antigua tradición jurídica del reino.

Estas Cortes de 1712-1713 fueron llamadas hispánicas por los comentaristas de la época al acoger representantes de los reinos de las Coronas de Castilla y de Aragón, por más que quedaran fuera el reino de Navarra y las provincias vascas con sus Cortes privativas y sus Juntas, último reducto de la antigua foralidad pacticia no sometida a la uniformidad de la *nueva planta* por su fidelidad a la causa borbónica. Frente a una interpretación antañona y castiza que veía en las Cortes la representación de un pasado nacional no hollado por el absolutismo extranjerizante de Austrias y Borbones<sup>94</sup>, estas Cortes unitarias de las Coronas de Castilla y Aragón fueron algo más que meras reuniones protocolarias para el juramento de los príncipes herederos, ceremonia de suyo independiente de la reunión de Cortes con participación destacada del alto clero y de la nobleza que, sin embargo, no asistían a las sesiones de Cortes. Por el contrario, basta con pensar que la derogación de la vieja legalidad fundamental en materia de sucesión a la Corona se hizo con el beneplácito de las Cortes de 1712 o que la vuelta al viejo orden sucesorio patrio se sancionó por las Cortes de 1789, para desechar esta idea. Además estas nuevas Cortes, al integrar con cierta proporción a representantes de ambas Coronas [21 por la de Castilla y 16 por la de Aragón (7 por el reino de Aragón, 6 por Cataluña, 2 por Valencia y 1 por

---

la Corona». Proposición de P. Rodríguez Campomanes, como Gobernador del Consejo de Castilla y Presidente de las Cortes de 1789, para la derogación de esta ley, en Pedro RODRÍGUEZ CAMPOMANES, *Inéditos políticos*. Ed. S. M. CORONAS GONZÁLEZ, Oviedo, 1996, pp. XXXIX-XLI.

<sup>93</sup> «¿Así es mi voluntad?» ¿Se podría imaginar expresión más violenta, más repugnante a las leyes del orden moral y más injuriosa a una nación libre?», F. MARTÍNEZ MARINA, *Teoría de las Cortes*, (ed. de Madrid, 1968, (BAE, 219) vol. II, de sus obras escogidas, pp. 265-268).

<sup>94</sup> Resumen este estado de opinión las siguientes palabras de Jovellanos: «*Ocuparon después el trono reyes extranjeros, y el despotismo se introdujo con ellos... Vagaba aún sobre la nación la fantasma de las Cortes; pero a la entrada de los Borbones desapareció enteramente, para que, desplomándose el despotismo sobre la nación, acabase de abrumarla con tantos males como ha llorado y la condujese a orilla del abismo en que ahora se halla. Memoria en defensa de la Junta Central*. Ed. J. CASO GONZÁLEZ, 2 vols.. Oviedo, 1992, vol. I, pp. 44-56. Sobre su origen historiográfico, F. MARTÍNEZ MARINA, *Carta sobre la antigua costumbre de convocar las Cortes de Castilla para resolver los negocios graves del reino* (1808), publicada originariamente en *El Español* de Londres de 30 de abril de 1810 (pp. 46-63) por BLANCO WHITE (vid. J. M. PÉREZ-PRENDES, «Martínez Marina y Blanco White sobre Cortes de Castilla» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 73, 1987-1988, pp. 317-332); J. L. BERMEJO, «Trípico sobre Martínez Marina», en AHDE, 65f, 1995, pp. 219-265 (publica *Carta* en pp. 243-265). Del mismo juicio peyorativo de Martínez Marina fue también su posterior contrincante ideológico, Juan Sempere y Guarinos, para quien las Cortes del siglo XVIII «apenas habían sido otra cosa que unas Juntas formularias», *Observaciones sobre las Cortes y las leyes fundamentales de España*, Granada, 1810, p. 139 (Hay edición reciente y estudio preliminar de R. HERRERA GUILLÉN, Madrid, Biblioteca Nueva, 2007). Esta idea, mantenida a lo largo del siglo XIX por los grandes continuadores de la historia institucional Colmeiro, Danvila o Borrego, ha llegado prácticamente hasta nuestros días. V. PALACIO ATARD, *Las Cortes de Madrid en el siglo XVIII*, Madrid, 1979. En general A. GARCÍA GALLO, *La historiografía sobre las Cortes de Castilla y León en Las Cortes de Castilla y León 1188-1988*, Cortes de Castilla y León, 1990, I, pp. 127-145.

Mallorca, según el cómputo de las últimas Cortes de 1789)] contribuyeron a forjar la idea de España como nación peninsular, como demuestra el *memorial de agravios* que los diputados de las ciudades de Zaragoza, Barcelona, Valencia y Palma de Mallorca presentaron a Carlos III en 1760<sup>95</sup>. Finalmente, sobre su potestad legislativa, negada por una doctrina oficialista expuesta por un papel anónimo custodiado entre los papeles de Escolano de Arrieta, secretario de las Cortes de 1789 («sin que estas Cortes o Juntas ni las demás que se celebraron, así en León como en Castilla hasta el tiempo de los Reyes Católicos, tuviesen por sí autoridad ni potestad legislativa, porque ésta la han usado siempre los reyes de España sin disminución ni anuencia de otra alguna»), no puede negarse la evidencia de la *mutua obligatio* del rey con el reino nacida de la propia reunión de Cortes y que da a las leyes promulgadas o establecidas en Cortes más vigor y fuerza que las dictadas fuera de ellas<sup>96</sup>.

Estas Cortes hispánicas mantuvieron el vínculo formal con la legalidad anterior austriaca. La nueva Diputación de los reinos de las Coronas de Castilla, León y Aragón, cuya nueva Instrucción fue aprobada por las Cortes de 1712-1713<sup>97</sup>, representó y defendió al reino «en el uso libre de sus regalías» en el *hueco de las Cortes*. Si como comisarios debían guardar la forma dada en la administración y cobro de los servicios de Millones en cumplimiento estricto de las *condiciones generales*, como diputados tenían la obligación de conocer el estado de los negocios y pleitos del reino y velar por el cumplimiento de las condiciones «pidiendo las Cédulas, Provisiones y Sobre Cartas que para su ejecución fueren necesarias, haciendo todas las diligencias convenientes con su Magestad y sus tribunales y ministros». A este fin, por medio del agente o procurador del reino y con consejo de los letrados de Cortes, podían acudir al Consejo de Castilla en su sala de Mil y Quinientas «para que en ella se conozca del cumplimiento de las condiciones que se quebrantaren», teniendo en cuenta que no podía haber dispensa ni declaración de capítulos, despachos generales y condiciones de millones a no ser estando el reino junto en Cortes<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> *Gaceta de Madrid* de 22 de julio de 1760; E. MOREU REY, *El memorial de greuges de 1760*, cit.

<sup>96</sup> S. M. CORONAS GONZÁLEZ, «Continuidad y cambio en los orígenes del parlamentarismo español», en *Estudios de Historia del Derecho público*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 135-176. En el último tercio del siglo XVIII empezaron los eruditos a esbozar la historia de las Cortes en el marco del reconocimiento general del Derecho patrio. Son apenas simples relaciones de fechas y acuerdos que pretendían fijar la cronología e importancia de la institución, elaboradas por estudiosos que, en algún caso, coleccionan también sus cuadernos de leyes.

<sup>97</sup> *Instrucción que el reyno dexa en las Cortes que se propusieran en 5 de noviembre del año de 1712 y se disolvieran en 10 de junio de 1713 a los Cavalleros Diputados Comissarios de Millones y demás Ministros en ella contenidos formada de acuerdo y comisión suya*. Impreso año de 1722. Una Diputación compuesta de diputados de ejercicio, ausencia y supernumerarios con su círculo de subalternos o dependientes nombrados y pagados por ella conforme a los Escrituras de Millones del quinto género: capellán, contadores, receptores, agente, letrados, médicos...

<sup>98</sup> *Informe que el Tribunal de la Diputación de los reynos hace y en su nombre y representación en virtud de comisión formal para ello, el marqués de Santa Cruz de Aguirre del Consejo de SM en el de Hacienda, Sala de Unica Contribución, Diputado de los Reynos por las Coronas de Castilla y León sobre los dos expedientes que está conociendo el mismo tribunal de la Diputación con motivo de la vacante que se considera en el oficio de Contador y Secretario de la Dipu-*

Fue esta misma Diputación «*de los reynos de las Coronas de Castilla, León y Aragón*» la que, en aplicación de los principios de representación y defensa del reino a falta de Cortes, se opuso a las tareas de la Junta de Baldíos, creada por Real Decreto de 8 de octubre de 1738 con el fin de averiguar las tierras baldías y realengos usurpadas a la Corona por particulares y concejos en perjuicio del patrimonio real<sup>99</sup>. Con este motivo, la Diputación recuerda que tal providencia «*se oponía a los contratos celebrados entre S.M. y el Reyno, en fuerza de lo pactado al tiempo de la concesión de los Servicios de Millones, en los cuales se capituló, entre otras cosas, que las tierras valdías, pastos y aprovechamientos habían de quedar libremente a beneficio de los pueblos, para que más bien pudiesen llevar la carga que se les imponía*», solicitando en consecuencia su revocación o, en su defecto, que se oyese en justicia a la Diputación del reino en la Sala de Mil y Quinientas del Consejo de Castilla «*como tribunal determinado a los negocios privativos que por cualquier título pertenezcan al reino*». Así, con motivo de esta consulta, se le hizo saber al rey que, de tener efecto la providencia, «*quedan perjudicadas no sólo las regalías del reino, sino sus contratos recíprocos, obligatorios en conciencia y en justicia, celebrados con la mayor solemnidad*»; juicio ratificado por el detallado informe de los abogados del reino que recuerdan la obligación recíproca del rey y del reino «*a la observancia inviolable de lo pactado*», no ya en base al común sentir de los autores, Faria, Avendaño, Paraja...) y al hecho de ser «*leyes paccionadas*», sino por contener «*la justicia natural de los contratos*» que produce la «*eficaz recíproca obligación conforme al Derecho Natural y de Gentes a que se sujeta el Príncipe*», conforme a una doctrina teológico-jurídica (Suárez, Luca, Castillo...) ratificada por las Cortes de 1713; una «*ley del contrato*», otorgada y ratificada innumerables veces por el reino y los predecesores del rey y por el mismo Felipe V que obligaba a su observancia «*en conciencia y en justicia*»<sup>100</sup>, y que sería aceptada finalmente por Fernando VI por Resolución de 10 de noviembre de 1747, al igual que en otros casos que manifiestan la tenacidad del reino en la defensa de la legalidad pactada, contando en los momentos decisivos con el respaldo de unos Consejos, garantes de la legalidad.

---

*tación... y por la elección y nombramiento de Capellán Mayor del Reyno...* Madrid, 9 de noviembre de 1772, fol. 10vº.

<sup>99</sup> *Consultas que la Diputación de estos reynos hizo a las catholicas Magestades de los señores reyes Don Fhelipe V (que sea en gloria) y Don Fernando VI que oy reyna felizmente sobre la reintegración a todos los pueblos y vassallos de la Corona de las tierras valdías, pastos y aprovechamientos de que havian sido despojados en el año de 1738 y Revocación del arrendamiento de la renta del servicio y montazgo por haverse excedido y perjudicado al Reyno en la cobranza de los legitimos derechos que la Real Hacienda debia percibir, dispuestas y trabajadas por Don Alexandro de la Vegas Cavallero del Orden de Santiago Secretario de S. M. y de la referida Diputación*, Madrid, 15 de marzo de 1748. Archivo Conde de Toreno (Bib. Univ. Oviedo) Leg. 27, cuad. n.º 21. Sobre este tema, ver S. M. CORONAS, *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*. Madrid, MAP, 1992, pp. 144 y ss.; en pp. 287-313 se recoge la Respuesta fiscal de Jover Alcazar a las pretensiones del reino sobre la enajenación de baldíos, realengos y despoblados de 1739 con referencias a la *Ley fundamental* de 1541 (=N. Recop. 7, 7, 2).

<sup>100</sup> *Consultas*, fols. 5-11

De esta forma, este órgano representativo del reino consiguió imponer en determinadas ocasiones el respeto debido a la legalidad tradicional. Gracias a él se mantuvo vivo el espíritu reivindicativo de las Cortes aparte de su convocatoria formal. Las leyes-pacto de la monarquía reviven al calor de las regalías del reino al tiempo que su formulación comienza a teñirse con nuevas corrientes de pensamiento dando nuevos matices al concepto de ley fundamental. Bajo la influencia del *L'Esprit de lois* de Montesquieu (1748), de los *Principes de droit naturel* de Burlamaqui (1751) o *Le Droit des gens* de Vattel (1756) se llega a los principios constitucionales bajo la misma idea de afirmar el poder del reino. Como se dice por entonces, «cada monarquía y sociedad tiene sus leyes fundamentales bajo de las cuales está constituida»<sup>101</sup>; y será una de ellas, la de la sucesión del reino, la nuevamente tratada por las Cortes de 1789.

Con el fin de jurar al príncipe heredero, Fernando [VII], hijo primogénito de Carlos IV, fueron convocadas Cortes por Decreto de 22 de mayo de 1789. El Consejo de la Cámara, como de costumbre, lo circuló a fines de ese mes a las 37 ciudades y villas de voto en Cortes para que enviaran sus diputados con poderes *amplios y bastantes* para prestar el juramento, pero también para tratar, otorgar y concluir por Cortes otros negocios<sup>102</sup>. El 19 de setiembre tuvo lugar la apertura de las Cortes, con un cuidado ceremonial que incluyó la proposición del rey a las Cortes, delegando en Pedro Rodríguez Campomanes, como Gobernador del Consejo, la tramitación de su contenido. Tras retirarse el rey, Campomanes hizo pública la voluntad real manifestando breve y claramente el objeto de la reunión: «*Caballeros: el Rey quiere que las Cortes queden abiertas para que en ellas se trate de una pragmática sobre la ley de las sucesiones y otros puntos, juntándose con el Señor Presidente y asistentes en el salón de los Reinos del Palacio de Buen Retiro todas las veces que fuera menester, para lo cual da licencia S. M. y encarga la brevedad, servicio de Dios y bien de los Reinos*»<sup>103</sup>. Así se anunció formalmente el propósito regio de restaurar el viejo orden sucesorio de las Partidas, conculcado por el Reglamento agnaticio

<sup>101</sup> S. M. CORONAS, «En torno al concepto de constitución histórica española», en *Notitia Vasconiae. Revista de Derecho Histórico de Vasconia*, 2, 2003, pp. 481-529.

<sup>102</sup> *Cortes de Madrid celebradas por el Señor Rey Don Carlos IV en 1789*, en *Colección de documentos inéditos para la Historia de España* por M. SALVÁ y P. SÁINZ DE BARANDA, tomo XVIII, Madrid, 1850; cf. *Testimonio de las Actas de Cortes de 1789 sobre la sucesión en la Corona de España y de los dictámenes dados en esta materia*. Madrid, 1833.

<sup>103</sup> Cortes de Madrid de 1789, p. 62 (cf. PEDRO RODRÍGUEZ CAMPOMANES, *Inéditos políticos*, cit. pp. XXXIX-XLI). Es probable que Pedro. R. CAMPOMANES, Gobernador del Consejo de Castilla y como tal presidente de las Cortes de 1789, recibiera para su uso personal algunos *Informes sobre Cortes y sobre la Presidencia de las Cortes* como los que se encontraron manuscritos entre los papeles del secretario de dichas Cortes, Pedro Escolano de Arrieta. Mayor interés y trascendencia tuvo la serie de Cortes elaborada por los jóvenes doctores de la Universidad de Cervera, J. DE ASSO y M. DE MANUEL, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1771, pp. XXIV-LIV o la que formara Martínez Marina o su contradictor Juan Sempere y Guarinos. Vid. R. CARANDE, *Catálogo de la colección de manuscritos e impresos de ciencias económicas y jurídicas de D. Juan Sempere y Guarinos*, Madrid, 1955, pp. 25-35.

de 1713, medida impopular siempre discutida que ahora se pretendía corregir con el consentimiento de las Cortes <sup>104</sup>.

En vísperas de la *revolución universal* presentida por los ilustrados, estas Cortes desarrollaron su funciones en dos actos sucesivos: primero, representando al reino junto con los grandes y prelados en el acto de jura del príncipe heredero Fernando (VII), celebrado al modo tradicional en la Iglesia de San Jerónimo el 23 de septiembre; y segundo, tratando las cuestiones generales, «los asuntos de mayor interés del Estado» en voz de los procuradores de Burgos, (sucesión a la Corona, mayorazgos, cerramiento de heredades, conservación del patrimonio regio, confirmación de ordenanzas a los pueblos, problemas de las propias Cortes con la Diputación del reino) a lo largo de doce sesiones, desde el 30 de septiembre hasta el 5 de noviembre, en que se disolvieron, todo ello dentro de un clima de paz y buen orden que se creyó ejemplar, especialmente para la nueva Francia revolucionaria. Por ello, se consideró conveniente insertar noticia de su celebración en la Gaceta de Madrid: además de que por la paz, buen orden, etc. «con que se han tenido, en ocasión en que en la Europa, singularmente en Francia, se piensa como sabemos y están siendo otras cosas, hace honor a nuestra nación lo que se ha observado en ellas», o como diría Campomanes a modo de resumen: «*la cosa se ha hecho bien y con orden sin que nadie haya dexado de opinar con aquella justa libertad que corresponde a un congreso tan respetable, dando exemplo a nuestros vecinos de moderación, prudencia y amor al rey*» <sup>105</sup>. Un modelo interno no tenido en cuenta veinte años después en Cádiz.

## 6. LEY REAL

Desde la *revolución legislativa* protagonizada por Alfonso X en la Corona de Castilla, según el acertado juicio de los juristas dieciochescos, la ley había acentuado su sentido de norma impuesta por la autoridad real. Una autoridad que, modelada al estilo imperial romano y pontificio, hubo de imponer sus reglas por medio de la *administración*, auténtico motor de la legislación del Antiguo Régimen. Sin embargo, en este punto, conviene recordar aquellos

<sup>104</sup> J. LONGARES ALONSO, *Las últimas Cortes del Antiguo Régimen en España en Estudios*, 3, 1974, pp. 113-165; P. PRIETO, *Las Cortes de 1789; el orden sucesorio en Cuadernos de Historia. Anexos de la Revista Hispania*, 9, 1978, pp. 261-341; J. M.<sup>a</sup> VALLEJO GARCÍA-HEVIA, «La última máscara del rey. Las Cortes de Castilla de 1789 en la España del Antiguo Régimen» en M.<sup>a</sup> D. del M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coord.) *Corte y Monarquía en España*. UNED-ECERA, 2003, pp. 191-258. Para la confrontación con las anteriores de 1760, ver F. LORENZANA DE LA PUENTE, *Las Cortes de Carlos III en Carlos III y su siglo*, Madrid, 1990, vol. II, pp. 311-333.

<sup>105</sup> CAMPOMANES, *Inéditos Políticos*, p. XLV; sobre su contexto histórico-político, ver S. M. CORONAS, «Las Observaciones de P. R. Campomanes sobre el sistema general de Europa (1792)» *Cuadernos de Estudios del Siglo XVIII*, 13, 2005, pp. 5-24; en general, J. M.<sup>a</sup> VALLEJO GARCÍA HEVIA, «Campomanes, gobernador del Consejo Real de Castilla y consejero de Estado (1783-1802)», en D. MATEOS (ed.), *Campomanes doscientos años después*, Universidad de Oviedo, 2003, pp. 433-256.



principios legales fijados por el pensamiento castellano a fines de la Edad Media: ante todo, que la ley por antonomasia era la de Cortes, como expresión del acuerdo de la comunidad; que, ante la creciente complejidad de la vida administrativa y judicial del reino y la exigencia de una normativa técnica, el rey, asistido por su Consejo o los letrados de la Corte, podían legislar por sí respetando el límite de la tradición foral de las villas y privilegiada de los estamentos, pero también con el deber de consulta a las Cortes en los casos graves y arduos de interés general; que esta legislación real, más o menos solemne, desde las pragmáticas hasta las Reales Cédulas, con una normativa que se fue desarrollando al calor de la práctica administrativa, era libremente creada, interpretada y derogada por el rey; que las leyes de Cortes sólo podían ser derogadas por otras leyes de Cortes y que la pretensión del rey de derogarlas con su propia legislación era una *exorbitancia de derecho*, reveladora de una concepción absolutista del poder inconciliable con la tradición pacticia del reino<sup>106</sup>.

Esta tradición legal castellana se perdió con la derrota de las Comunidades, aunque su recuerdo perduró al amparo de ciertas normas recopiladas (suprimidas luego de la Novísima Recopilación por un *gobierno arbitrario*)<sup>107</sup>. Al final del Antiguo Régimen, la variedad y multitud de normas nacidas de la práctica del gobierno en justicia a través de las consultas de los Consejos o de los decretos ministeriales llevó a la confusión y al abuso de las leyes o, en una síntesis descarnada, a la *inversión de la Justicia*<sup>108</sup>. Pragmáticas, Decretos, Cédulas, Provisiones, Autos acordados, Cartas circulares, Instrucciones... componen el *corpus* ordinario de las recopilaciones y será el mismo Martínez Marina quien considere obra de un talento metafísico definir sus nombres, fijar su precisa significación, deslindar los términos y especificar los casos en que las providencias tomaban el carácter de leyes<sup>109</sup>. Crítica que otros publicistas, como

<sup>106</sup> CORONAS, *Las leyes fundamentales del Antiguo Régimen*, apartado 4.

<sup>107</sup> «No satisfecho el gobierno arbitrario con haber violado tan descaradamente la ley fundamental de la Monarquía que dictaba imperiosamente la celebración de Cortes en los casos en ella indicados, se mandó por el ministro de Gracia y Justicia al redactor y a los individuos encargados de la edición del código nacional conocido con el título de Recopilación, obra indigesta y sembrada de errores y contradicciones, farrago de legislación y de historia, que suprimiesen en la novísima edición aquella y otras leyes constitucionales y sagradas; acto políticamente sacrilego y el más criminal en sus fines y designios, que no pudieron ser otros que borrar de la memoria de los hombres aquel precioso monumento, baluarte en otro tiempo de la libertad nacional y que ni aun quedase idea de tan célebres congresos». MARTÍNEZ MARINA, *Teoría de las Cortes*, cit. prólogo, núm. 98, (pp. 34-35). Sobre esta ley de la Nueva Recopilación 6, 17, el comentario de F. MIGUEL DE SANTANDER, «Carta sobre la constitución del reino y abuso del poder», en A. ELORZA (ed.) *Pan y toros y otros papeles sediciosos de fines del siglo XVIII*, Madrid, 1971, pp. 104-105.

<sup>108</sup> CAMPOMANES, *Reflexiones sobre la Jurisprudencia española y ensayo para reformar sus abusos*, pp. 137-185.

<sup>109</sup> «En la jurisprudencia española nunca se han reputado por leyes del Reino sino los Fueros, Ordenamientos y Pragmáticas-sanciones, y se tuvo gran cuidado en no confundir estas reglas generales con las providencias particulares que por exigirlo el bien del Estado y la causa pública y la pronta expedición de los negocios, acostumbraron despachar los monarcas con acuerdo de los de su Consejo, bajos los nombres de alvalaes, cartas, cédulas, provisiones, órdenes y decretos reales; nombres que envuelven ideas esencialmente diferentes, y que en términos legales y prácti-

León de Arroyal, adelantaran al referirse a «la mezcla de leyes constitucionales y reglamentarias, generales y municipales, temporales y perpetuas», achacándolas al nuevo reglamentismo de los juristas («desde que los abogados fueron injertos en legisladores, las leyes han numerado los puntos que ha de tener un zapato»), con su inevitable efecto de la «confusión indecible» en la decisión de los juicios<sup>110</sup>. Normas varias que, por responder ausos desconocidos fuera de la práctica administrativa, dejaban ya abiertas las puertas a indagaciones histórico-jurídicas<sup>111</sup>, documentales y archivísticas<sup>112</sup>..., que pretenden aclarar su

---

ca de nuestro Derecho siempre se han usado para distinguir las reales resoluciones entre sí mismas, y de las leyes del Reino... Definir exactamente cada una de aquellas palabras, fijar la precisa significación de las expresiones y el punto hasta dónde llegan y se extienden, deslindar los términos de unas y otras y especificar los casos en que estas semejantes providencias toman el carácter de leyes, y pueden pasar a esta clase, es obra de un talento metafísico...» *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, en *Obras escogidas de Don Francisco Martínez Marina* I. Estudio preliminar y edición de D. José MARTÍNEZ CARDOS. Ediciones Atlas (BAE, tomo CXCVI), 1966, pp. 435-436. La obra de referencia, editada en 1820, comenzó a ser redactada después del «intempestivo» recurso presentado al Consejo de Castilla por Reguera Valdelomar (1815-1816), cuyos pasos iniciales los relata MARTÍNEZ MARINA en su Introducción.

<sup>110</sup> *Cartas económico-políticas*. Edición J. Caso González, Oviedo, 1971, pp. 176; 254. Un juicio compartido por varias disertaciones sobre las leyes de los miembros de la Academia de Santa Bárbara o de otras corporaciones, especialmente en la Academia de la Historia.

<sup>111</sup> Desde M. DANVILA y COLLADO, *El poder civil en España* (I-VI, Madrid, 1885-1886) hasta *La legislación del Antiguo Régimen (1474-1808)* de A. PÉREZ MARTÍN, que, por su rigor y exactitud marcó época en estos estudios (versión retocada y ampliada de la obra «de síntesis de material bibliográfico necesario para el estudio de las instituciones jurídicas contenidas en la legislación española durante la Edad Moderna», publicada anteriormente en el *Handbuch der Quellen und Literatur des europäischen Privatrechtsgeschichte*, herausgegeben von Helmut Coing I y ss., München 1973 y ss.= A. PÉREZ MARTÍN y J. M. SCHOLZ, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*. Prólogo de M. PESET. Universidad de Valencia, 1978), fueron varios los trabajos que prestaron atención a la legislación moderna castellana e indiana, entre los cuales alcanzaron precisa significación historiográfica los estudios de R. ALTAMIRA, «La legislación indiana como elemento de la historia de las ideas coloniales españolas», en *Revista de Historia de América*, núm. 1, México, 1938, pp. 1-24 y A. GARCÍA-GALLO, «La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI», en *AHDE*, 1951 (reeditado en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*. Madrid, 1972, pp. 169-285), seguida de su meritoria *Metodología de la Historia del Derecho indiano*. Universidad de Chile, 1971; línea de trabajo continuada destacadamente por V. TAU ANZOATEGUÍ, *La ley en América hispana. Del Descubrimiento a la Emancipación*. Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1992 (reunión de doce trabajos publicados anteriormente que tenían en común la reflexión sobre la ley del Antiguo Régimen).

<sup>112</sup> Gil AYUSO, *Textos y disposiciones legales de los reinos de Castilla impresos en los siglos XVI y XVII*, cit.; N. MORENO GARBAYO, *Colección de Reales Cédulas del Archivo Histórico Nacional*. Catálogo. Madrid, 1977, 2 vols.; Departamento de Historia Contemporánea, *La legislación del Antiguo Régimen*, por el Grupo 77. Universidad Autónoma de Madrid, 1982; vinculada a este grupo, destaca la aportación de M.ª I. CABRERA BOSCH, «El poder legislativo en la España del siglo XVIII (1716-1808)», en M. ARTOLA (ed.), *Economía española al final del Antiguo Régimen*, vol. IV Instituciones, Madrid, Alianza, 1982; de la misma autora, *El Consejo Real de Castilla y la ley*. Madrid, CSIC, 1993. Actualmente, dirigida por M. ARTOLA (que orientó los dos trabajos anteriores) y contando con el mantenimiento y actualización de la Real Academia de la Historia, se reúne la *Legislación histórica de España* desde el siglo X hasta 1868 (<http://www.mcu.es/archivos/lhe/index.html>). Más allá de esta base de datos normativos o del Portal de Archivos Españoles del Ministerio de Cultura que pretende difundir en Internet el patrimonio histórico documental español (pares), se cuenta con los instrumentos de descripción de los archivos estata-

estructura interna, lógica e histórica, a través de la apreciación sintética de los criterios materiales y formales de su contenido.

En un tiempo de cambio hacia la *vía reservada*, más rápida y eficaz que la antigua *consulta* de la administración consiliar, serán los Secretarios de Estado los que protagonicen el proceso legislativo del siglo con sus Decretos y Órdenes<sup>113</sup>, al tiempo que los Consejos, con la vieja fórmula de la *consulta* al rey (generalmente impulsada a iniciativa de sus fiscales), reducirán su actividad salvo el Consejo de Castilla que, además de dar curso a su labor consultiva, instructiva y contenciosa (autos acordados), publicita las decisiones ministeriales por Reales Cédulas<sup>114</sup>. Más allá de esta doble vía legislativa conciliar y ministerial, ordinaria y reservada, que lleva en sí un modo de separación de competencias, los coleccionistas de leyes hablan de leyes *generales* (Pragmáticas, Cédulas, Provisiones y otras providencias generales expedidas por el Consejo de Castilla en materias civiles, políticas y gubernativas, así como aquellas

---

les, nacionales, autonómicos, locales... correspondientes a las instituciones y corporaciones del Antiguo Régimen.

<sup>113</sup> A partir de la obra de J. A. ESCUDERO, *Los orígenes del Consejo de Ministros en España: la Junta Suprema de Estado* (Madrid, Editora Nacional, 1979), sucesora de *Los Secretarios de Estado y del Despacho* (Madrid, IEA, 1969), algunos de sus discípulos han reconstruido la imagen institucional de las Secretarías del Despacho del siglo. Puede verse una visión de conjunto de esta aportación en *España 1808: el gobierno de la monarquía. Discurso leído el día 8 de marzo de 2009 en el acto de su recepción por el Excmo. Sr. D. Feliciano Barrios Pintado, y contestación por el Excmo. Sr. D. José Antonio Escudero López*. Madrid, RAH, 2009. Algunos estudios institucionales recogen catálogos normativos, v. gr. M.<sup>a</sup> del C. ANGULO TEJA, *La Hacienda española en el siglo XVIII. Las rentas provinciales*. Prólogo de A. DOMÍNGUEZ ORTÍZ, Madrid, CEPyC, 2002, pp. 365-470, que en su momento superó los prácticos del siglo XIX; F. Andujar Castillo, *Consejo y consejeros de Guerra en el siglo XVIII*. Universidad de Granada, 1996, cuya información que se complementa con la fuente directa fundamental: José Antonio PORTUGUÉS, *Colección general de ordenanzas militares, sus innovaciones y aditamentos, dispuestos en diez tomos, con separación de clases*. Madrid, Imp. de Antonio Marín, 1764 (<http://www.mcu.es/archivos/lhe/index.html>). Otras líneas de trabajo se apuntaron por G. BERNARD, *Le Secrétariat D'État et le Conseil Espagnol del Indes (1700-1808)*. Geneve-Paris, Lib. Droz, 1972 hasta R. GARCÍA PÉREZ, *El Consejo de Indias durante los reinados de Carlos III y Carlos IV*, Pamplona, Eunsa, 1998; otras visiones de la carrera ministerial en M. V. LÓPEZ-CORDON, «Instauración dinástica y reformismo administrativo: la implantación del sistema ministerial», *Manuscrits*, 18, 2000 (número dedicado al paso de la monarquía de los Austrias a la de los Borbones); C. DE CASTRO, *A la sombra de Felipe V: José de Grimaldo, ministro responsable (1703-1726)*. Madrid, M. Pons, 2004; J. L. CASTELLANO, *Gobierno y poder en la España del siglo XVIII*. Universidad de Granada, 2006. En general, J. LALINDE ABADÍA, «La dialéctica española de la normativa singular», en *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*. Madrid, 1974, pp. 585-604; A. M. HESPANHA, «Las categorías de lo político y de lo jurídico en la época moderna», en *Ius fugit* 3-4, 1994-1995, pp. 63 y ss.

<sup>114</sup> Un proceso legislativo que se puede seguir documentalmente como hiciera José Alonso en su *Colección de las alegaciones fiscales del Excmo. Sr. D. Pedro Rodríguez Campomanes* (Madrid, 1841-1843, 4 vols.), hasta llegara las obras recientes de J. MORALES ARRIZABALAGA, «La intervención de los Fiscales del Consejo de Castilla en la génesis del Derecho español contemporáneo», en *Documentación Jurídica* tomo XV, 1988, 60, pp. 11-77 (pp. 1541-1607); CORONAS, *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, cit.; CABRERA BOSCH, *El Consejo Real de Castilla y la ley*, cit.; C. DE CASTRO, *Campomanes. Estado y reformismo ilustrado*. Madrid, Alianza, 1996; J. M.<sup>a</sup> VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *La Monarquía y un ministro, Campomanes*. Madrid, CEPyC, 1997; del mismo, *Campomanes y la acción administrativa de la Corona (1762-1802)*. Oviedo, Ridea, 1998.

de esta clase que, para su observancia, se le hubieran comunicado al Consejo de Real Orden) y resoluciones singulares o *particulares* tocantes al gobierno de cuerpos militares, eclesiásticos, hacendísticos, comerciales, universitarios... que debían tratarse con separación y reunidas por persona autorizada a examinar colecciones y archivos oficiales (de aquí que la propia *Colección* de impresos legales del Consejo de Castilla (1781), mandada hacer por el fiscal Campomanes, fuera considerada un *tesoro escondido* por los mismos coleccionistas). Otras divisiones, entre las leyes políticas (*fundamentales*) y civiles, avanzando para éstas la idea de formar un Código «porque este método produce con claridad el derecho que en cualquier caso asiste, y ordena la jurisprudencia legislativa»<sup>115</sup>, o entre históricas y nuevas, planteadas por algunos juristas para poner un principio de orden en la caótica variedad de normas del Antiguo Régimen, intentaron infructuosamente hallar salida al *laberinto* legal en que se había convertido la legislación del siglo<sup>116</sup>. Unas leyes que, dejando a un lado la retórica regalista y utilitaria (y que en la época de Carlos III asume plenamente la tónica de la *ilustración*), apuntan al proceso centralizador y uniformador característico de la *administración* del siglo XVIII<sup>117</sup>.

La cuestión del valor intrínseco de las normas reales, esa jerarquía normativa interna que debe respetar el orden prelativo señalado en las recopilaciones oficiales antes de su propia tipificación y rango [desde la solemne pragmática equiparada a una ley formal en las cláusulas de estilo de las cancellerías («todo lo cual quiero que se observe y guarde como ley y pragmática sanción hecha y promulgada en Cortes»; *pragmática-sanción en fuerza de ley, por la qual...*) hasta la real provisión o el humilde «bando de buen gobierno» que lleva en sí la esencia popular del gobierno en justicia o *ius politiae* del Antiguo Régimen)<sup>118</sup>, sigue abierta. Las muchas normas y su varia denominación hacen difícil precisar la cuestión de forma genérica, superando el casuismo de la concepción

<sup>115</sup> A. LÓPEZ OLIVER, *Verdadera idea de un príncipe formada de las leyes del rey que tienen relación al Derecho público*, Valladolid, 1786, p. 47.

<sup>116</sup> J. DE OLMEDA Y LEÓN, *Elementos de Derecho Público*, Madrid, 1771, pp. 32-55; 65-67; cf. J. A. MUJAL Y DE GIBERT, *Desengaño al público con pura y sólida doctrina tratado de la observancia y obediencia que se debe a las leyes, pragmáticas sanciones y reales decretos y ninguna fuerza en nuestro Estado manárquico de las costumbres que, sin consentimiento del Príncipe, se introducen en contrario*, Madrid, 1774; *El Censor, obra periódica* (Comenzada a editar en 1781 y terminada en 1787). Ed. facsímil con prólogo y estudio de J. M. CASO GONZÁLEZ, Universidad de Oviedo, 1989. Discurso 65, de 18 de marzo de 1784, debido probablemente a Jovellanos, pp. 272-276; cf. Discurso 31, de 6 de septiembre de 1781, pp. 132-136; cf. pp. 374-377, 644-647 y 682-684; *Censura del Juicio Crítico de la Novísima Recopilación de Martínez Marina, dada por Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 28 de enero de 1819*, (B.A.E. vol. 194), *Obras de Martínez Marina*, I, pp. 357-358.

<sup>117</sup> Una visión sintética en B. GONZÁLEZ ALONSO, «El fortalecimiento del Estado borbónico y las reformas administrativas», en *Carlos III y La Ilustración*. Madrid, 1988, vol. I, pp. 83-96; F. PACHECO, «Retórica, tónica y legislación en el siglo XVIII», en A. IGLESIAS FERREIRÓS (ed.), *Estat, Dret i Societat al segle XVIII. Homenatge al Prof. Josep M. Gay i Escoda*. Barcelona, 1996, pp. 479-503.

<sup>118</sup> Ver el estudio previo de V. TAU ANZOÁTEGUI a la edición de *Los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (época hispánica)*. Buenos Aires, Inst. de Inv. de Historia del Derecho, 2004.

legal del siglo<sup>119</sup>. Un siglo ajeno todavía a ese costoso redescubrimiento del principio de la legalidad que, contra la propia esencia de la monarquía *absoluta*, define el espíritu ilustrado.

## 7. LEY RECOPIADA: SUS EDICIONES DIECIOCHESCAS

La Nueva Recopilación, símbolo de la legislación real y fruto de la *feliz revolución* iniciada en el reinado de los Reyes Católicos con el consiguiente «incremento de todas las ramas de la Administración», fue, desde su promulgación por Felipe II en 1567, el *depósito de la tradición legal patria* en frase de Jovellanos<sup>120</sup>. Con sus más de 3.000 leyes, repartidas en los doscientos doce títulos de sus nueve libros, su mismo análisis representaba un reto para cualquier jurista: «Si hubiese un hombre que reuniera en sí todos los conocimientos históricos y toda la doctrina legal, esto es, que fuese un perfecto historiador y un consumado jurisconsulto, este solo sería capaz de acometer y acabar tamaña empresa»<sup>121</sup>. Sus numerosas reimpresiones a lo largo de los siglos XVI y XVII, al tiempo que aumentaron su caudal normativo, acentuaron los defectos intrínsecos de la compilación de leyes<sup>122</sup>. Dejando a un lado los propios de la técnica compilatoria, estos defectos se cifraban en una terrible confusión legal nacida de la mezcla de leyes generales con particulares, de perpetuas con temporales, derogadas con subsistentes y aun, a juicio de cada autor, de útiles con superfluas<sup>123</sup>.

<sup>119</sup> En el Libro-Índice de la Colección de impresos legales del Consejo de Castilla correspondientes a los primeros once libros se citaban por orden de importancia numérica: Reales Cédulas (235), Provisiones (141), Circulares (92), Pragmáticas (48), Decretos (39), Ordenes (32), Autos Acordados (29), Instrucciones (24), Carta Orden (23), Certificaciones (18), Aranceles (169), Resoluciones (14), Cartas Acordados (11), Breves Pontificios (9), Edictos (8), Ordenanzas (6), Respuestas (6), Despacho (4), Lista (3), Aviso (2), Reglamentos (2). En total, más de 750 normas de todo tipo (Vern. 163).

<sup>120</sup> El «código donde están confusamente ordenadas las leyes hechas en todas las épocas de la constitución española» JOVELLANOS, *Discurso sobre la necesidad de unir al estudio de la legislación el de nuestra historia y antigüedades* (1780). Edición de C. Nocedal, Madrid, 1858, (BAE, vol. 46), p. 297.

<sup>121</sup> JOVELLANOS, *Discurso sobre la necesidad de unir al estudio de la legislación*, p. 297.

<sup>122</sup> Reimpresión de 1569, sin variedad alguna respecto a la edición primera de 1567; 1581, con 28 leyes nuevas; 1592, con 69 leyes nuevas; 1598, dividido en dos tomos como los anteriores; en 1610, con 113 leyes, 24 de las cuales eran antiguas leyes cuya incorporación se había omitido, se formó un cuaderno comprensivo de ellas que sirvió de tercer tomo a la edición de 1640, en la que se incluyeron en sus títulos respectivos las leyes del cuaderno de 1610 y otros 109 posteriores que andaban sueltas] Juan DE LA REGUERA VALDELOMAR, *Extracto de leyes y autos de la Recopilación*, tomo I. *Contiene las leyes y autos del Libro primero. Y la historia de Leyes de Castilla desde el reinado de D. Alonso XI*. Madrid, 1799, pp. 51 y ss. Cf. la visión de síntesis de PÉREZ MARTÍN, *La Legislación del Antiguo Régimen*, pp. 24-32; J. L. BERMEJO CABRERO, *Primeras ediciones de la Nueva Recopilación*, en AHDE, 63-64, 1993-94, pp. 1.033-1.040.

<sup>123</sup> Para obviar en parte estos inconvenientes facilitando al menos el conocimiento de la legislación recopilada y su pronta localización, se continuó con un género de literatura jurídica de Índices y Repertorios muy desarrollado desde la Edad Media, de Índices y Repertorios alfabéticos, como el famoso de Diego DE ATIENZA, hijo del consejero que concluyera la tarea recopilado-

Para cubrir un vacío compilador de más de setenta años, Felipe V mandó al Consejo de Castilla, por Real Resolución de 21 de octubre de 1721, reimprimir la Recopilación incluyendo las leyes y pragmáticas promulgadas desde 1640, así como los autos acordados del Consejo publicados hasta 1721. A este fin, el Consejo ordenó buscar estas normas que ya por entonces se hallaban con dificultad, en especial los autos acordados a pesar de su edición conjunta desde 1618<sup>124</sup>. Finalmente, reunidas las leyes, pragmáticas y autos acordados y reducidos a los títulos de la Recopilación, el impresor Juan de Aristia dividió todo el material legislativo en cuatro tomos (uno más que en la edición de 1640, que a su vez había aumentado a tres los dos tomos de las primeras ediciones), incorporando al cuarto tomo, por orden cronológico, los autos acordados del Consejo divididos en dos partes: la primera comprensiva de los autos *antiguos*, de 1532 a 1648, con 283 autos; y la segunda, con los *modernos* de los años 1640 a 1722, con 182 autos, incluyendo bajo este nombre la ley fundamental de 1713 sobre la nueva sucesión agnaticia del reino<sup>125</sup>.

A pesar de sus defectos, la nueva edición de la Recopilación de 1723 se mantuvo por más de veinte años, aunque ya desde 1734 se había comenzado a

---

ra, Bartolomé DE ATIENZA, que, aunque editado como cuaderno independiente en Alcalá de Henares (1571), pronto se incorporó a las nuevas ediciones de la Recopilación, a final del segundo tomo, en sus impresiones de 1581, 1592 y 1598. En el siglo XVIII y por lo que se refiere a la Nueva Recopilación, Santiago MAGRO ZURITA, colegial de la Universidad de Alcalá y opositor a su cátedra de Instituto, hizo «un ordenado compendio de las leyes reales con remisión a los autores que las explican» en su obra *Indice de las proposiciones de las leyes de la Recopilación con remisión a los Doctores que las tocan, autos acordados y pragmáticas, hasta el año de mil setecientos veinte y quatro*, Alcalá, 1726. A la vista de la nueva edición de la Recopilación, al autor le pareció conveniente hacer una compilación sumaria de sus leyes y de sus proposiciones por el orden del abecedario, un Índice «simple y desnudo de notas» en principio, aunque más tarde, «advirtiendo que aun vistas las leyes para su práctica e inteligencia es necesaria la de los Doctores que las tocan y que aprovecha la resolución de las principales dudas concernientes a sus casos», acabó por hacer también una colectánea de autores, aprovechando para ello la labor de otros coleccionistas, como la de Pedro DE CENEDO. En la obra se recogen por orden alfabético de materias las normas de la Nueva Recopilación en base a su edición de 1723, con inclusión de la legislación posterior no recopilada (pragmáticas y autos) y referencia a la literatura jurídica habitual: GÓMEZ, HERMOSILLA, SOLORZANO, RAMOS DEL MANZANO, ACEVEDO, cf. PÉREZ MARTÍN, *La legislación del Antiguo Régimen*, p. 70; BARRERO GARCÍA, «Los Repertorios y Diccionarios jurídicos desde la Edad Media hasta nuestros días», en *AHDE* 43, 1973, pp. 311-351; esp. 327-328; J. LALINDE ABADÍA, «La acumulación de normas en el Derecho histórico español», en *Anales de la Universidad de La Laguna* (Facultad de Derecho) 4, 1966-1967, pp. 5-23.

<sup>124</sup> En esta fecha, el Consejo, a petición de su fiscal, mandó imprimir los hallados en los libros del Consejo desde 1532 a 1618. A esta edición, hecha en Madrid, en cuaderno separado, de 195 autos y acuerdos (de la que se entregó un ejemplar a cada ministro del Consejo, poniendo los restantes en el archivo), sucedió otra en 1634, aumentada con los autos publicados hasta esta fecha, y aun una tercera edición, en 1649, que por vez primera añadía, a los ya 276 autos y a la Instrucción para corregidores de 28 de septiembre de 1648. *Autos y Acuerdos del Consejo de que se halla memoria en los libros desde el año de 1532 hasta el presente de 1618*. Madrid, 1618. Vid. sobre los orígenes de esta impresión y ediciones posteriores PÉREZ MARTÍN, *La legislación del Antiguo Régimen*, p. 65. Sobre la edición de 1634, que aumentó a 257 autos la Colección con los proveídos desde el 10 de julio de 1618 a 26 de agosto de 1634, vid. REGUERA VALDELOMAR, *Extracto de leyes* I, pp. 131-132.

<sup>125</sup> REGUERA VALDELOMAR, *Extracto de leyes*, I, p. 139. Cf. Segunda parte, pp. 4-6.

trabajar en su revisión. Por encargo del Consejo de Castilla y bajo la dirección del consejero Baltasar de Henao, el licenciado Manuel García Alessón, abogado de los Reales Consejos y corrector general de libros, registró el archivo del Consejo en busca de toda clase de normas, pragmáticas, cédulas, decretos, autos acordados..., siendo por entonces y para resolver las dudas planteadas en el desarrollo del trabajo cuando se creó la Junta de tres ministros del Consejo encargada de examinar el material legislativo decidiendo en cada caso sobre su reimpresión. De esta forma, se llegó a la nueva edición de 1745, dividida en tres tomos, dos de leyes y una de autos acordados, que, al igual que las otras anteriores, fue mandada adquirir por todos los concejos y ayuntamientos con jurisdicción ordinaria en primera instancia para que sus justicias juzgasen por ellas, conservando la colección en los archivos municipales bajo la guarda y custodia de los escribanos del concejo<sup>126</sup>.

En los años siguientes, la Junta de Ministros del Consejo prosiguió con el encargo de reunir las nuevas normas publicadas y expedidas por distintas vías, aunque no llegó a cuajar en una *novísima recopilación*. Urgida por la falta de ejemplares del reino, la Compañía de Impresores y Libreros de Madrid –formada el 24 de julio de 1763– pidió licencia al Consejo en 1770 para reimprimir de nuevo la edición de 1745<sup>127</sup>; una licencia que fue concedida, si bien a pedimento del fiscal de lo civil, Pedro Rodríguez Campomanes, con la obligación de incorporar a ella el Concordato de 1753 y las pragmáticas publicadas desde entonces [presentación de Bulas (regio *exequatur*), abintestatos, notarios legos, creación de segundas Salas criminales en las de hijosdalgo, comercio de granos...], imprimiendo además un cuaderno suelto de las mismas para uso de los que tuvieran ediciones anteriores<sup>128</sup>.

De este modo se llegó a la reimpresión de 1772, dividida en tres tomos como la anterior, añadiendo a los dos primeros de leyes las veintiuna normas que sintetizaban en buena medida la reforma en curso del reinado de Carlos III, pero sin hacer, como estaba preceptuado, un cuaderno suelto de ellas. Por lo que se refiere al tomo tercero de autos acordados, aunque no se aumentó su contenido, sí se alteró en algún caso el orden de impresión, ofreciendo en la advertencia puesta al frente de este tomo formar otro reparado con los Decretos, Reales Cédulas autos acordados salidos desde 1745<sup>129</sup>. Vendidos con rapidez todos los ejemplares de esta edición, la Compañía de Libreros acudió al Consejo un año más tarde solicitando nueva licencia para reimprimirla, consi-

<sup>126</sup> Real Cédula de 15 de julio de 1641, REGUERA VALDELOMAR, *Extracto de leyes*, I, p. 142-154.

<sup>127</sup> ESCOLANO DE ARRIETA, *Práctica del Consejo Real*, I, pp. 464-468; D. M. THOMAS, *The Royal Company of Printers and Booksellers of Spain 1763-1794*. Troy (New York), 1984.

<sup>128</sup> Expediente causado en el Consejo a instancia del Sr. Fiscal Don Pedro Rodríguez Campomanes sobre que en la ordenación de los Autos acordados y decretos sucesivos al año de 1745 se añadan las Pragmáticas de presentación de Bulas, Notarios, Leyes comerciales de granos y otras promulgadas en fuerza de ley. (AHN. Consejos, Leg. 4.176, n.º 8). Cf. CORONAS, Estudio preliminar a *El libros de las leyes del siglo XVIII*, p. 20; del mismo, *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla*, pp. 202-203.

<sup>129</sup> Analiza con detalle el contenido de esta edición REGUERA VALDELOMAR, *Extracto de las leyes*, I, pp. 156-160.

guiéndola para dos ediciones: una, en los mismos tres tomos que las anteriores y así se hizo la de 1775, y otra en once tomos más pequeños publicada en 1777, correspondiendo los siete primeros a la legislación recopilada y los otros cuatro restantes a los autos acordados del Consejo <sup>130</sup>.

## 8. LEY EXTRAVAGANTE O NO RECOPIADA

Fuera de las ediciones de la Nueva Recopilación quedaban un número importante de normas conocidas como «extravagantes del Derecho hispano». Al margen de estas últimas faltaban asimismo un número amplio de leyes no incorporadas al texto para ser repartidas en sus correspondientes libros y títulos. Si la Compañía de Libreros, en sendas advertencias al tomo tercero de autos acordados de las ediciones de 1772 y 1775, había repetido la oferta de dar al público, por vía de suplemento, estas Cédulas, Ordenes, Decretos, Declaraciones y Resoluciones Reales, Autos Acordados... expedidos desde 1745, esto no se llevó a cabo por lo que circulaban sueltas fuera del cuerpo de la Recopilación. Estas normas, según Jovellanos, habían acabado por formar un Derecho nuevo de gran interés tanto por su elevado número, casi tan elevado como el de la Recopilación, como por su fuerza de obligar, que, aunque especial para un caso concreto, se convertía en general para los demás de su clase <sup>131</sup>. Dispersas como se hallaban en impresos legales recogidos en colecciones facticias y compilaciones privadas eran comúnmente ignoradas por jueces y juristas <sup>132</sup>. El viejo problema del conocimiento de la ley patria (que en modo alguno cubrían Gacetas y Mercurios oficiales, limitadas a anunciar las normas remitidas por las Secretarías del Despacho a los tribunales, a veces de forma literal y por lo común en forma de extractos, pues, como sentada la Real Orden de 27 de noviembre de 1806, la «Gaceta no debe ser una Colección de leyes») <sup>133</sup>, se agudizó en la segunda mitad del siglo XVIII con la aceleración del ritmo de creación de normas, correspondiente a la «feliz revolución» de Carlos III <sup>134</sup>.

<sup>130</sup> REGUERA VALDELOMAR, *Extracto de las leyes*, I, pp. 161-166; cf. PÉREZ MARTÍN, *La legislación del Antiguo Régimen*, p. 24.

<sup>131</sup> JOVELLANOS, *Reglamento para el Colegio de Calatrava*, pp. 181-186.

<sup>132</sup> «Servía la fiscalía de la Junta de Justicia del Almirantazgo cuando en los estrados oía las quejas de los defensores de las causas por la dificultad en encontrar copias de los tratados y aun de algunas Cédulas Reales», I. J. DE ORTEGA Y CORTÉS, *Cuestiones del Derecho Público en interpretación de los tratados de paces*, Madrid, 1747, prólogo; Acevedo, *Idea de un cuerpo legal* (ms.) hacía referencia a la multitud de volúmenes legales y doctrinales que era preciso consultar para resolver una duda.

<sup>133</sup> R. RICO LINAGE, *Publicación y publicidad de la ley en el siglo XVIII: La Gaceta de Madrid y el Mercurio Histórico-Político*. AHDE, 57, 1987, pp. 265-338; de la misma autora, «Carlos III: textos jurídicos de Prensa Oficial» en *Documentación Jurídica*, 58-59, XV, 1988.

<sup>134</sup> Sobre esta revolución jurídica, J. PÉREZ VILLAMIL, *Elogio del rey D. Carlos III que esté en gloria*, (leído en la Real Sociedad de Mallorca el 19 de marzo de 1789, cuando era fiscal de su



Por entonces, resultaba claramente insuficiente para los deseos de información de la clase ilustrada el método tradicional de publicación de leyes, general y solemne, seguido con las pragmáticas (que, en Madrid, a tenor de la fórmula repetida al final del texto, se hacía «ante las puertas del Real Palacio, frente del balcón principal del Rey nuestro Señor y en la Puerta de Guadalajara, donde está el público trato y comercio de los mercaderes y oficiales... con trompetas y timbales por voz de pregonero público» a presencia de alcaldes de Casa y Corte alguaciles y público, de lo que daba certificación el escribano de Cámara), o el habitual de publicación de Cédulas, Decretos..., siguiendo la vía jerárquica del Consejo de Castilla a la autoridades, dando conocimiento en su esfera respectiva mediante las sucesivas órdenes, avisos, edictos, bandos, del contenido de las normas a divulgar<sup>135</sup>.

Para llevar a cabo el proyectado suplemento a la Nueva Recopilación, el Consejo de Castilla (a propuesta de su fiscal Campomanes) había nombrado a Manuel de Lardizábal, alcalde de crimen de la Chancillería de Granada, para que trabajase en el mismo siguiendo sus instrucciones hasta presentar a su examen la ordenación manuscrita de las leyes publicadas desde 1745<sup>136</sup>. A su vista, el Consejo expuso a Carlos III, el 10 de diciembre de 1782, la necesidad de crear una nueva Junta de Ministros, la llamada *Junta de Recopilación*, con el fin de agilizar el anunciado Suplemento. A esta Junta asistiría Lardizábal,

---

Audiencia), Mallorca, s. a., menos conocido y, sin embargo, parejo al famoso *Elogio* de Jovellanos, justamente célebre.

<sup>135</sup> Auto del Consejo de 1 de abril de 1767 mandando publicar en Bando, haciendo saber que ninguna Ley, se debe creer ni usar, no estando publicada por Pragmática, Cédula, Provisión, Orden, Edicto, Pregón o Bando de las Justicias o Magistrados públicos (Legislación histórica de España, <http://www.mcu.es/archivos/lhe/index.html>). J. L. BERMEJO CABRERO, *La circulación de disposiciones generales por el método de veredas en el Antiguo Régimen*, en AHDE, 53, 1983, pp. 603-609. Como señala el autor, en 1768 se inició un expediente en el Consejo de Castilla sobre el modo de comunicar órdenes generales, proseguido con otros nuevos «sobre el modo de comunicarse a las justicias de los pueblos del reino ejemplares de las circulares, para que las tengan literales y puedan ejecutarlas y observarlas debidamente, y sobre el modo de percibir el coste de la impresión» (1773) que no llegaron, sin embargo, a cuajar en una reordenación general del sistema, por lo que, hasta el final del Antiguo Régimen, persistieron los viejos defectos y excesos señalados en memoriales y representaciones; en especial, los crecidos gastos de «las veredas» que llevaba en ocasiones a los pueblos no dispuestos a pagarlos, a contentarse con una simple exposición oral del contenido de las disposiciones; S. SOLÉ Y COT, *La comunicació de les ordres pels corregidors als pobles del principat de Catalunya sota el regim de la Nova Planta*, AHDE, 55, 1985, pp. 783-791; J. MORALES ARRIZABALAGA, *Procedimientos para el ejercicio gubernativo y contencioso de la jurisdicción de la Real Audiencia de Aragón en el siglo XVIII*, AHDE, 59, 1990, pp. 509-550; en esp. 516 y ss. V. TAU ANZOÁTEGUI, *La formación y promulgación de las leyes indianas. En torno a una Consulta del Consejo de Indias en 1794*, en *La Ley en la América hispana*, Buenos Aires, 1992, pp. 145-171.

<sup>136</sup> El Consejo de Castilla, en el curso de la reforma de las leyes penales urgida por diversos expedientes y oficios, encargó a Lardizábal en 1775 un *Extracto de leyes penales* anotado con la legislación real histórica desde el Fuero Juzgo con el fin de reformar y mejorar las leyes penales anticuadas y poco después, la formación de un Suplemento que recogiere la legislación general dispersa salida desde 1745 (el 4º tomo por suplemento de los tres de que constaba la última edición). J. L. BERMEJO CABRERO, *El proyectado Suplemento a la Nueva Recopilación*, en AHDE, 50, 1980, pp. 303-326; J. R. CASABÓ RUIZ, *Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 22, 1969, pp. 313-342.

quien, en ese mismo año, vio publicado su *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, nacido de la lectura de ciertas obras reformistas y «del estudio que ha tenido que hacer en nuestras leyes criminales para formar extracto de todas ellas, mandadas formar de orden superior, con el fin de reformarlas»<sup>137</sup>. Dos años después, la Junta de Ministros presentó su Colección de 546 normas de todo tipo al Consejo de Castilla, distribuida en tres volúmenes que, habiendo pasado a examen de sus fiscales, fue tachada por ciertos defectos y omisiones al tiempo que exponían su dictamen sobre varias dudas planteadas por la misma Junta sobre la observancia de algunos autos, en cuyo estado quedó paralizado el proyecto desde mayo de 1786<sup>138</sup>.

A raíz del nuevo impulso dado por el Decreto de 5 de abril de 1798 a la *corrección* de la nueva edición pendiente se pudo pensar en ir más allá de la propuesta oficial de formar una historia de la legislación, centrada en los defectos advertidos en los códigos legales, así como unas Instituciones del Derecho español que facilitara su enseñanza, planteándose la formación de una Novísi-

<sup>137</sup> *Discurso sobre las penas*, pp. XI-XII. En ese año, a consulta del Consejo de Castilla de 10 de diciembre de 1782, se amplió el número de alcaldes de Casa y Corte que debían rever los extractos de leyes penales, declarando los que a la luz de su estudio y práctica, hubieran quedado anticuados. Asimismo por entonces se crea por Real Resolución de 11 de marzo de 1783 la Junta de Ministros del Consejo (*Junta de Recopilación, Junta de Legislación*) encargada de examinar la colección de leyes del Suplemento, ultimada en julio de 1785, así como el extracto de leyes penales, cuyo plan se remitió en 1787 y 1788 sin éxito a la Secretaría de Estado, dirigida por Florida-Blanca, a cuya labor se dedicó una vez concluida la parte civil o Suplemento de la Recopilación. Sobre las dificultades ulteriores del plan penal, a pesar del estímulo inicial del reinado de Carlos IV, vid. CASABÓ, *Los orígenes de la codificación penal*, pp. 327 y ss.

<sup>138</sup> «Urgente importante obra en que habían invertido sin fruto por otro comisionado los diez años desde el de 1775 a 85: de suerte que en dos años... ejecuté los trabajos que reconocidos por el Consejo y sus fiscales se graduaron muy superiores a los que mi predecesor Lardizábal hizo en diez años y así lo representó este tribunal en su consulta de 18 de mayo de 1801» REGUERA VALDELOMAR, *Extracto de leyes I. A REGUERA VALDELOMAR se deben varios Extractos del Derecho Español*, iniciados con el del Fuero Juzgo, convertidos más tarde en algún caso en libro de texto universitario: *Extracto de las leyes del Fuero Juzgo, reducidas de la edición castellana y corregidas de la latina: con notas de las concordantes en el Fuero Real*. [s.l.]; [s. n.], 1798. Madrid. Imprenta de la viuda e hijos de Marín; *Extracto de las Leyes del Fuero Real con las del Estilo, repartidas según sus materias en los libros y títulos del Fuero a que corresponden. Formado para facilitar su lectura e inteligencia y memoria de sus disposiciones*. Madrid, 1798; *Extracto de las leyes del Fuero Viejo de Castilla con el primitivo fuero de León, Asturias y Galicia. Se añaden al antiguo fuero de Sepúlveda y los concedidos por S. Fernando a Córdoba y Sevilla. Formado para facilitar su lectura y la instrucción de sus disposiciones*. Madrid, 1798; *Resumen de la historia cronológica del Derecho y leyes de España*, Madrid, 1798; *Extracto de las Siete Partidas*. Madrid, 1799, vols. I-IV; *Extracto de leyes y autos de la Recopilación*. Madrid, 1799, vols. I-V; *Extracto de la Novísima Recopilación de leyes de España formado para facilitar su estudio a los cursantes en las Universidades y su general instrucción a toda clase de personas*. Madrid, 1815, vols. I-VI, que sería *Anotado con el de las leyes y Reales disposiciones promulgadas desde el año 1805 hasta el día*, por F. E. Y B., Barcelona, 1845, vols. I-V; cf. su propuesta de formar una nueva colección de leyes de Indias ante el evidente fracaso de la Junta creada para la corrección de las mismas, en A. MURO OREJÓN, «Reguera Valdelomar y el nuevo Código de Indias», en AHDE, 21-22, 1951-1952, pp. 1286-1291; A. DE LA HERA, «La Junta para la corrección de las leyes de Indias», en AHDE, 32, 1962, pp. 567-580.

ma Recopilación de las leyes de España por Juan de la Reguera Valdelomar, encargado de hacer un Suplemento a la Nueva Recopilación con la legislación posterior a 1785 que dio por terminado en 1802<sup>139</sup>. El nuevo plan conjunto del autor de formar «un cuerpo metódico de legislación, con cuyo fácil estudio y el de las Siete Partidas, se adquiriese la ciencia necesaria para la administración de justicia», fue aceptado por la nueva Junta de Ministros del Consejo de Castilla, por los fiscales del Consejo, Achutegui y Arjona y, defiriendo a su dictamen, por el propio Consejo en consulta de 28 de septiembre de 1802, base de la Real Resolución aprobatoria de 23 de octubre de ese año<sup>140</sup>.

Fue por entonces, en sintonía con el problema del exceso de abogados y su deficiente formación, cuestiones recurrentes a lo largo del siglo, cuando la Real Orden de 29 de agosto de 1802 prolongó el estudio universitario de Leyes hasta los diez años y unificó sus enseñanzas en todo el reino, afirmando la posición académica del Derecho patrio<sup>141</sup>. Pocos años más tarde, cerrando el ciclo recopilador oficial del Antiguo Régimen, se promulgaba la Novísima Recopilación de las leyes de España por Real Cédula de 15 de julio de 1805. Conforme al plan previsto, no sólo vino a recoger la legislación vigente en España, sino a servir de base junto con las Partidas para la enseñanza del Derecho en las Universidades del reino.

## 9. LEY COLECCIONADA

A lo largo del siglo XVIII se formaron diversas colecciones oficiales y privadas con la pretensión de reunir la legislación dispersa. En ciertos casos reco-

<sup>139</sup> J. L. BERMEJO CABRERO, *Recopilación de normas*, en *Derecho y Administración pública en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, 1985, pp. 123-142; sobre el arbitrio legal de la época; vid. del mismo autor, *Un plan de reforma de la Nueva Recopilación*, en AHDE, 51, 1981, pp. 641-650, y *Anotaciones a la última fase del proceso recopilador*, en AHDE, 57, 1987, pp. 207-267, sobre algún proyecto anterior, tal vez de la época de Fernando VI por su acento regalista, que recuerda el ambiente previo a la firma del concordato *beneficial* de 1753, vid. J. CERDÁ RUIZ FUNES, *Advertencias para la formación de la Novísima Recopilación*, en AHDE, 23, 1953, pp. 643-676. Vid. la *Real Cédula de 15 de julio de 1805 sobre la formación y autoridad de esta Novísima Recopilación de leyes de España*, que figura al frente de esta colección legal.

<sup>140</sup> S. SÁNCHEZ, *Suplemento a la colección de pragmáticas, cédulas, provisiones publicadas en el actual del señor don Carlos IV*. Madrid, 1803, pp. 180 y ss.; *Novísima Recopilación de las leyes de España* 5, 22, 2.

<sup>141</sup> Una vez emprendido la unificación del estudio de Leyes y planteada su reforma por ser la *Jurisprudencia* o los *Derechos*, como gustaba decir a los ilustrados, centro de la vida universitaria, se pudo llegar al *arreglo general* del Plan de 1807. Real Orden de 5 de octubre, inserta en Circular del Consejo de 26 de noviembre de 1802, en *Novísima Recopilación de las leyes de España* 8, 4, 7; vid. M. PESET REIG, «La recepción de las órdenes del marqués de Caballero de 1802 en Valencia. Exceso de abogados y reforma en los estudios de leyes», *Saitabi* 19, 1969, pp. 19-148; *Real Cédula de S. M. y Señores del Consejo por la qual se reduce el número de las Universidades literarias del Reyno; se agregan las supriman a las que quedan, según su localidad; y se manda observan en ellas el plan aprobado para la de Salamanca, en la forma que se expresa*. Año 1807. Barcelona, En la Oficina de Juan Francisco Piferrer, Impresor de S. M.

giendo textos íntegros o literales de leyes para cubrir el vacío recopilador de la legislación *extravagante* en colecciones oficiales o facticias de la propia *administración*; en otros, habitualmente colecciones privadas, limitando su contenido a la parte dispositiva o en forma de extracto o resumen como los viejos repertorios legales.

Estas colecciones, que generan una clase de literatura jurídica muy apreciada en el siglo, tuvieron notable predicamento al final del mismo por la percepción ilustrada de la necesaria difusión general de las leyes. Continuando el camino trazado por algunas colecciones oficiales de la época de Carlos III <sup>142</sup>, pudo seguir su huella Antonio Javier Pérez y López, profesor de la Facultad de Cánones de la Universidad de Sevilla y abogado e individuo de la Academia de Buenas Letras de esa ciudad, que publicó una extensa obra de 28 tomos titulada *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas, y alfabético de sus títulos y principales materias* [en Madrid, a partir de 1791 (Imprenta de M. González) que se acabó de imprimir en Madrid (Imprenta de A. Espina), 1798] <sup>143</sup>. Su fin declarado era mostrar el enlace esencial de la legislación antigua con la moderna, superando el estudio aislado del Derecho civil, canónico y real o práctico, tanto español como indiano. Al renunciar al método habitual de algunos canonistas afamados que exponían la materia de manera cronológica o sistemática, intentó suplirlo con un método equivalente basado en la reunión por orden alfabético de todos los títulos y materias de la jurisprudencia civil y canónica y real de España e Indias, colocando luego cada una por orden cronológico y refiriendo a ellas los extractos de las leyes y resoluciones no recopiladas, con lo que, al dar lugar a una representación exacta del contenido de las leyes, pudo denominar a su obra, *teatro* de la legislación <sup>144</sup>. Al

<sup>142</sup> *Colección general de las providencias hasta aquí tomadas por el gobierno sobre extraniamiento y ocupación de temporalidades de los Regulares de la Compañía que existían en los dominios de S. M. de España, Indias, e Islas Filipinas a consecuencia del Real Decreto de 27 de febrero y Pragmática Sanción de 2 de abril de este año*, 2 vols. Madrid, 1767-1769; *Colección de los Reales Decretos, Ordenes y Cédulas de S. M. de las Reales Provisiones y Cartas Ordenes... del Consejo de Castilla dirigidas a la Universidad de Salamanca desde el año de 1760 hasta el presente de 1770*. Salamanca (s.a.); *Colección de los Reales Decretos, Instrucciones... de S. M. para el establecimiento de la Contaduría General de Propios y Arbitrios del reino. Su administración baxo la dirección del Consejo y de las providencias dadas para su observancia y cumplimiento*. Madrid, 1773; *Colección de pragmáticas y reales Cédulas de su Magestad y autos acordados por los señores del Consejo*, Gerona, J. BRO, [1789] *Colección de providencias sobre recogimiento de mendigos y otros asuntos de policía*, Madrid, 1790... *Legislación histórica de España*, <http://www.mcu.es/archivos/lhe/index.html>.

<sup>143</sup> Sobre el carácter y contenido de la obra, vid. PÉREZ MARTÍN, *La legislación del Antiguo Régimen*, pp. 66-67; BARRERO GARCÍA, *Los Repertorios y Diccionarios jurídicos*, pp. 333-334; J. M.<sup>a</sup> Mariluz URQUIJO, «El Teatro de la legislación universal de España e Indias y otras recopilaciones privadas de carácter privado», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 8 (Buenos Aires, 1957), pp. 267-280.

<sup>144</sup> Antes de llevar a cabo este plan, lo consultó con personas imparciales y expertas que lo aprobaron, llegando a facilitarle incluso una de ellas, Rafael Antúnez y Acevedo, consejero de Indias y uno de los primeros suscritores del *teatro*, los extractos de las leyes de Recopilación y Autos acordados que había hecho su pariente, el conocido publicista Alonso María DE ACEVEDO,

*teatro* legal precedía la elaboración del Índice alfabético de todos los títulos y materias principales de los códigos romanos, canónicos y reales de Castilla e Indias, más las decisiones no recopiladas de uno y otro Derecho que, una vez reunidas, dispuso por orden cronológico, tal y como se refleja en el plan de la obra que expuso con todo detalle en el tomo I del *teatro*, por considerarle la *clave* del mismo: *Plan así de esta obra como de la legislación universal de España e Indias y al mismo tiempo Índice de los artículos de la primera y de los títulos y materias que contienen los códigos y resoluciones no recopiladas que indica el plan antecedente, combinado todo por orden alfabético y cronológico*. La obra así concebida se dividía en artículos o voces jurídicas principales que, tras una definición general y característica introductoria, daba paso a los extractos de los códigos y leyes, insertando a la letra lo decisivo de las resoluciones más importantes no recopiladas para mayor seguridad de los lectores, evitando las repeticiones y anotando con cuidado las derogadas<sup>145</sup>. Aunque en el texto se recogía a la letra lo decisivo de las leyes recopiladas y dispersas más importantes, contando con los extractos legales de Acevedo, adelantaba ya sus disculpas por los defectos propios de una obra de tanto volumen formada «entre el estrépito forense y patrocinio de los litigantes» (p. LVIII). Disculpas que tuvo que hacer efectivas en el tomo II del *teatro* (Madrid, 1791) al registrar algunas erratas de consideración advertidas en el primero, por más que recordara entonces que una obra de este *volumen e inmensidad* debía tener a proporción sus equivocaciones.

En esta misma línea de acopiar extractos de leyes *generales* y con un objetivo más preciso y limitado temporalmente, Santos Sánchez, oficial de la Escribanía de Cámara y gobierno del Consejo de Castilla, publicó un *Extracto puntual de todas las Pragmáticas, Cédulas, Provisiones, Circulares y Autos*

---

famoso por su obra penal *De reorum absolute* (Madrid, 1770), del cual se conocen algunos manuscritos de carácter jurídico aunque no éste referido a Extractos de las leyes al que hace referencia en su *Idea de un nuevo cuerpo legal* (ms.): «Esto mismo debe hacerse con todas las leyes de la Recopilación, Ordenanzas y Pragmáticas que se añadiesen. Se deberían reducir a pocas palabras e imitar el estilo de las leyes de las Doce Tablas. Para mi particular estudio hice un compendio de los tres tomos de la Recopilación, Autos y Pragmáticas y aunque lo formé con tanta proligidad no compone la décima parte de los tres gruesos volúmenes de las leyes y esto aun habiendo compendiado tantas leyes inútiles que sin exageración alguna hacen la mayor parte de estos volúmenes» Cf. F. AGUILAR PIÑAL, *Bibliografía de autores españoles del siglo XVIII*, I, Madrid, 1981, s. v. Acevedo; I. DOMERGUE, *A propos de la torture et de la peine de mort: Un noyau sévillan de résistance a la réforme du droit penal (1774-1782)* *Caravelle*, 31, 1978, pp. 75-90.

<sup>145</sup> Por vía de apéndice y «reflexionando que todo el principal fin de la Jurisprudencia es una práctica acertada y luminosa», recogió las opiniones y sentencias de algunos pocos autores prácticos nacionales en varias materias, incluyendo notas prácticas y formularias de los principales escritos de demanda y contestación, recursos ordinarios y extraordinarios, etc. Con esta finalidad práctica nacía una obra que, como se indicaba en el prospecto de suscripción, ofrecía a los profesionales del Derecho la facilidad propia de los Diccionarios; a los historiadores, el aparato necesario para formar una historia legal de la que la nación carecía a pesar de la *Sacra themidis Hispaniae arcana* de Frankenau; a los críticos, los medios de discernir los diversos estados de la jurisprudencia desde los tiempos de Roma, y al gobierno, «la proporción de hacer un nuevo Código quando lo tenga por conveniente».

*acordados, publicados y expedidos por regla general en el reinado del Señor don Carlos III*, Madrid, [S.l.] [s. a.] 1792-1793, por los herederos de Marín]. La obra que se dividió en tres tomos, comprendiendo los dos primeros todas las normas generales cuya observancia correspondía a los tribunales y justicias ordinarias del reino (T. I: 1760; T. II: 1777-1778) y el tercero una legislación varia relativa a establecimientos públicos, gobierno de algunos cuerpos y policía de la Corte. Un año más tarde siguió recogiendo la legislación dispersa de Carlos IV con su *Colección de todas las Pragmáticas, Cédulas, Provisiones, Circulares, Autos acordados, Vandos y otras providencias publicadas en el actual reinado del Señor don Carlos IV*, Madrid, [En la imprenta de la viuda e hijo de Marín] 1794, recogiendo las normas hasta fin de 1793 que contó con varios suplementos anuales a partir de 1795, comprendiendo las normas respectivas del año anterior, con un Índice alfabético de materia; un Índice que, teniendo en cuenta la unidad orgánica de la Colección de leyes de Carlos III y Carlos IV, se hizo común, abarcando desde 1760 hasta 1796, en el Suplemento correspondiente al año 1797. La obra llegó así hasta 1805, el año de la promulgación de la *Novísima Recopilación de las leyes de España*, con cierto éxito, debido según su autor, a la *conocida ventaja* de ofrecer literales las Resoluciones sin dejar dudas así a su inteligencia y facilitando al tiempo su instrucción con el conocimiento resumido de sus fundamentos.

Con estos precedentes, todavía intentó fortuna editorial en el difícil campo de las compilaciones privadas Severo Aguirre, del gremio y claustro de la Universidad de Zaragoza y abogado de los Reales Consejos, con su *Prontuario alfabético y cronológico por orden de materias de las Instrucciones, Ordenanzas, Reglamentos, Pragmáticas y demás Reales Resoluciones no recopiladas, expedidas hasta el año de 1792 inclusive, que han de observarse para la administración de justicia y gobierno de los pueblos del reyno*, Madrid, Oficina de D. Benito Cano, 1793, que recogían por orden de materias y cronológico, las normas expedidas hasta el año anterior que no hubiesen sido incorporadas a la edición de 1775 de la Nueva Recopilación<sup>146</sup>. El *Prontuario* vino a recoger por orden alfabético y cronológico más de ochocientas normas no recopiladas, ofreciendo en un pequeño volumen manual el Derecho que corría disperso y fuera de los cuerpos legales, para lo cual reducía el contenido de las leyes a pocos términos y claros, insertando en algún caso literalmente lo decisivo de ellas. De esta forma, el *Prontuario* pretendía ser un compendio de normas vigentes de carácter general, excluyendo las disposiciones derogadas y repetidas, así como las insertas en la última edición de la Recopilación. Asumiendo el añorado proyecto académico del siglo, el propio Aguirre la consideraba «unas Instituciones no superficiales, sino exactas y prolixas del Derecho civil, político y gubernativo mas moderno», por más que reconociera la falta de conexión interna de su contenido y aun su insuficiencia.

<sup>146</sup> Sobre la *Continuación y Suplemento* y los *Cuadernos de Continuación y Suplemento* (1794-1798), así como la referencia a José GARRIGA que aparece como continuador del *Prontuario* con nuevos Suplementos (1799-1804); CORONAS, Estudio preliminar a *El libro de las leyes*, p. 27.

Pero fuera de estas colecciones privadas quedaban perdidas en los archivos de las Secretarías de Estado y en los Consejos<sup>147</sup>, especialmente en el de Consejo de Castilla (convertido en *tribunal supremos de la Nación*, al decir de Campomanes)<sup>148</sup>, las leyes del siglo. Según disposiciones internas, en el archivo de este último «debían quedar todos los originales que se dan a la imprenta, con un ejemplar de los impresos y en la Escribanía de Gobierno debe haber un libro encuadernado en que se pongan por memoria las licencias que para su impresión se diesen»<sup>149</sup>. Gracias a su labor, se conocen diversas colecciones facticias de leyes nacidas de la práctica administrativa para uso interno del mismo, recopilaciones parciales, libros e índices que son espejo de su actividad secular.

En la práctica del siglo XVIII, el archivero, normalmente un escribano de Cámara del Consejo elegido por el Presidente o Gobernador (quien también designa al ministro del Consejo encargado de la guarda y custodia del archivo), debía formar cada año un Inventario e Índice de los Decretos, Ordenes, Consultas, Pragmáticas, Autos Acordados, Reales Resoluciones y Providencias del Consejo, ordenando con separación las tocantes a los reinos de Casti-

<sup>147</sup> Aparte de la atención prestada a esta institución en los trabajos dedicados a las Secretarías de Estado, ver M. GÓMEZ GÓMEZ, *Actores del documento. Oficiales, archiveros y dependientes de la Secretaría de Estado y del Despacho Universal de Indias durante el siglo XVIII*. Madrid, 2003, pp. 125 y ss; J. PRADELLS NADAL y R. BALDAQUI ESCANDELL, «Los archiveros de la Primera Secretaría de Estado», en *Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante* 6-7, 1986-1987, pp. 117-133. Sobre los archivos de los Consejos, Santiago Agustín DE RIOL, *Noticia general de todos los archivos y papeles pertenecientes a los Consejos y Audiencias de España*. Escrita por orden del rey Felipe V. Madrid, 1726. (de esta obra, de la que se conservan varios manuscritos con diferencias entre sí, se hizo una impresión en el *Semanario Erudito de Valladares* tomo 3 (Madrid, 1787), pp. 74-236); J. A. MARTÍNEZ BARA, «Vicisitudes del Archivo del Consejo de Castilla en los siglos XVIII y XIX», en *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*. Madrid, 1974, pp. 353-382; M. GÓMEZ GÓMEZ, «Crítica histórica y archivos. El caso de España en el siglo XVIII» en *Historia, Instituciones, Documentos* 12, 1985, pp. 199-231; por la misma autora, «La secretaría de la Cámara y de la Real Estampilla: su relevancia en la diplomática de documentos reales (siglos XVII-XVIII)», en *Historia, Instituciones, Documentos* 18, 1991, 223-262; cf. M.<sup>a</sup> J. Álvarez-Coca González (Dirección e Introducción). E. GARCÍA GUILLÉN, M.<sup>a</sup> J. MIRALBELL GUERIN, S. MARTÍNEZ MATASANZ, *La Cámara de Castilla. Inventario de los libros de la Secretaría de Gracia y Justicia que se conservan en el Archivo Histórico Nacional*, Madrid, 1993.

<sup>148</sup> «Todo se debe a V. M. que se dignó condecorárame con la Fiscalía del Tribunal Supremo de la Nación, darme en el mismo oficio un poder amplísimo para promover el bien público» Pedro RODRÍGUEZ CAMPOMANES, *Tratado de la regalía de amortización*. Madrid, 1765 (Dedicatoria al rey Carlos III). El antiguo concepto de justicia jurisdiccional y gubernativa está condensada en esta dedicatoria. Una visión de conjunto en S. DE DIOS, *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*. Salamanca, Diputación, 1986, p. XV-CIV.

<sup>149</sup> A. ANTONIO SALAZAR. *Colección de memorias y noticias del gobierno general y político del Consejo: lo que observa en el despacho de los negocios que le competen: los que corresponden a cada una de sus Salas: Regalías, Preeminencias y Autoridad de este Supremo tribunal y los pertenecientes a la Sala de Señores Alcaldes de Casa y Corte*. Madrid (En la oficina de D. Antonio Sanz. Impresor del Rey nuestro Señor y su Consejo. Con licencia del Consejo Pleno), 1764, pp. 262-263. Ver J. M.<sup>a</sup> VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *El Consejo Real de Castilla y sus escribanos en el siglo XVIII*. Valladolid, Junta de Castilla y León, Consejería de Cultura y Turismo, 2007, pp. 353 y ss.

lla y a los de la Corona de Aragón. A este fin, siguiendo el dictado del consejero Francisco de la Mata Linares, superintendente del archivo que fijó las reglas con que se debía gobernar el archivo para su seguridad, método y noticias en enero de 1765, el archivero debía asistir diariamente al Consejo para recibir las normas que se publicasen y ponerlas en el archivo, así como para manifestar los documentos que se le pidieran para la resolución de los casos dudosos que se ofrecieran al Consejo. Para evitar el expolio o extravío de sus fondos, el archivero, no mediando orden expresa del ministro custodio del archivo, no podía entregar papel alguno a ningún otro consejero y aun llegado al caso de hacerlo, debía dejar constancia de su entrega en el Libro de Conocimientos del archivo, siendo de su cargo volverlo a recoger<sup>150</sup>. Entre otros libros que por ley se debían tener se mandó formar, por Auto del Consejo de 28 de julio de 1764, un libro para registrar las Reales Cédulas expedidas de oficio<sup>151</sup>. Por su parte, el más antiguo de los escribanos de Cámara que por lo general despachaba «todo lo que es de gobierno», debía llevar los libros de las Reales Resoluciones, Decretos y Ordenes tocantes al régimen y gobierno del Consejo («modo de entender y dar curso a los negocios que en él se despachan») para que sirvieran de regla al proceder de sus ministros, principales y subalternos<sup>152</sup>. Asimismo, debía tener libro separado para copiar en él todas las consultas que se hicieran por el Consejo al rey para evitar su traspapelamiento o facilitar su recuerdo<sup>153</sup>.

Al margen de estos y otros libros de la práctica consiliar, se conservan en los archivos diversos registros legislativos, aunque no la serie continua de ellos, así como valiosos índices en que, por orden cronológico o alfabético, se resu-

<sup>150</sup> MARTÍNEZ SALAZAR, *Colección de memorias del Consejo*, pp. 685-686, cf. N. Recop. 2, 4, auto 68 (=Nov. Recop. 4, 3, 20). Por auto de 11 de abril de 1785 acordó el Consejo que en el mismo libro donde se asentaban los juramentos de sus ministros se pusiera noticia de los que fueran falleciendo en los sucesivos, expresando el día de su muerte, la Iglesia de su entierro y el ministro que hiciera las diligencias para reconocer y recoger los papeles que hallaren en la casa mortuoria. (Nov. Recop 4, 3, 20, n. 16). Cf. S. M. CORONAS GONZÁLEZ, *El libro de la fórmula de juramento del Consejo de Castilla*, en AHDE 63-64. 1993-1994, pp. 985-1.022.

<sup>151</sup> MARTÍNEZ SALAZAR, *Colección de memorias del Consejo*, pp. 666-667; cf. *Registro de Cédulas Reales y Privilegios (1728-1834)* (Archivo Histórico Nacional=A.H.N. *Consejos*, lib. 1444-1472); *Índice de Reales Cédulas, s. XVIII* (A.H.N. *Consejos*, lib. 1272); *Inventario de Reales Decretos y Ordenes (1715-1764)* (ibídem, lib. 2804; *Índice general alfabético de las Reales Provisiones, Decretos, etc. de la Sala de Alcaldes (1579-1766)* (ibídem, lib. 1410)... ver libros de registro en *Legislación histórica de España*, <http://www.mcu.es/archivos/lhe/index.html>.

<sup>152</sup> MARTÍNEZ SALAZAR, *Colección de memorias del Consejo*, p. 672. *Ordenes y Decretos de S. M. al Consejo* (a partir de 1765) (A.H.N. *Consejos*, libs. 807-863); cf. *Índice de las Reales Ordenes, Decretos y Providencias aprobadas por punto general por la Secretaría (1704-1785)* (A.H.N. *Consejos*, lib. 2833).

<sup>153</sup> «Debe tener Libro separado para copiar en él todas las Consultas que por el Consejo se hiciesen a S. M. por si acaso se traspapelan, retardan o se pide el duplicado por la vía reservada y también por si fuese preciso que le Consejo haga recuerdo para su despacho», MARTÍNEZ SALAZAR, *Colección de memorias del Consejo*, p. 674; cf. A.H.N. *Consejos*, libros 1783-1798; *Registro de Reales Ordenes, Reales Decretos y Consultas que pasan al Consejo y a la Cámara de Castilla* (desde fines del siglo XVIII); A.H.N. *Consejos*, libros 1.799-1.801 y 3.760; *Registro de las Consultas del Consejo y de la Cámara de Castilla que la Secretaría de la Presidencia eleva al rey* (desde 1785).



men las normas generales y particulares a veces con referencia expresa a su situación en el archivo<sup>154</sup>. Entre las colecciones legales, de carácter general, formadas en el seno del Consejo de Castilla a lo largo del siglo XVIII, destacan por su interés:

*Colección de Pragmáticas y Cédulas Reales*, dispuesta por Manuel de Sande, escribano del Consejo, en 4 vols. de impresos y manuscritos, que abarca desde 1745 a 1791. La obra, una mera colección facticia de normas, carece de índices orientadores y los propios libros aparecen sin foliar, aunque se enumeran las disposiciones<sup>155</sup>.

La *Colección de 8 tomos (1759-1775)*, recoge una serie de normas generales, impresas y manuscritas, ordenada cronológicamente a partir del inicio del reinado de Carlos III, aunque sus tomos o libros poseen sin embargo distinta denominación: Resoluciones de S. M. y del Consejo; Providencias generales expedidas en virtud de Resoluciones de S. M. y del Consejo; Impresos del año...<sup>156</sup>.

*Colección de Reales Ordenes*, dos volúmenes que incluyen normas relativas a los diversos ramos de la Administración (aduanas, caminos, Ejército, propios y arbitrios ...) (vol. I, 1724-1766; vol. II, 1770-1773)<sup>157</sup>.

*Colección de Cédulas y Pragmáticas (1741-1787)*, compilación de carácter temático que formaba parte de una serie más amplia de la que hoy se conservan, desordenados, seis volúmenes. Así el Libro primero consta como el Libro undécimo (con normas reales y pontificias relativas a eclesiásticos, 1741-1781), el segundo abarca los volúmenes decimocuarto y decimoquinto referidos al comercio de Indias (1768-1778), etc<sup>158</sup>.

<sup>154</sup> Seguimos aquí lo más sustancial de nuestro estudio preliminar que figura en el *Libro-Índice El libro de las leyes del siglo XVIII. Colección de impresos legales y otros papeles del Consejo de Castilla* [núm. 163].

Cf. Colecciones facticias en *Legislación histórica de España*, <http://www.mcu.es/archivos/lhe/index.html>.

<sup>155</sup> A. H. N. Consejos, libros 1516-1529; cf. Grupo 77, *La legislación del Antiguo Régimen*, p. 40.

<sup>156</sup> A. H. N. Consejos, libro 1535-1542. Aunque seguimos en general las denominaciones propuestas por el Grupo 77, *La legislación del Antiguo Régimen*. pp. 39-48, el título exacto de esta colección que figura al frente del primer volumen es: «*Colección de varias providencias generales que se han podido unir expedidas desde el año de mil setecientos cinquenta y nueve que el Señor Don Carlos tercero (que Dios guarde) entró en el dominio de estos reinos hasta el fin de diciembre de mil setecientos sesenta y ocho, así en consecuencia de Resoluciones de S. M. como por las del Consejo, tomadas unas y otras en alivio de los vasallos*» (A.H.N. Consejos, lib. 1.535). Así, al folio 1 se registra la «Carta circular de 10 de junio de 1759, comunicada a todas las justicias de todas las ciudades, villas y lugares, para que hiciesen sentar en los libros de sus Ayuntamientos las Reales Cédulas executorias y qualesquiera Resoluciones que mirasen al bien común como estaba mandado por los Señores Reyes Católicos el año de 1508». Esta orientación se sigue en los tomos siguientes «Colección de las Providencias Generales, expedidas en todo el año de 1769, así en consecuencia de Resoluciones de S. M. como del Consejo, dirigidas unas y otras en beneficio del Reyno». Un índice manuscrito precede a la colección de normas, cuyos folios van numerados.

<sup>157</sup> A. H. N. Hacienda, libs. 6.064-6.065; Grupo 77, *La legislación*, p. 42.

<sup>158</sup> A. H. N. Hacienda, libs. 6.066-6.068, 6.071; 6.109-6.110; Grupo 77, *La legislación*, p. 43.

*Colección general de Autos Acordados*, Reales Pragmáticas, Cédulas, Provisiones y Decretos (1723-1797) reunida por Juan José Borea y Ortiz, abogado de los Reales Consejos y del Colegio de la Corte, y fiscal de Penas de Cámara y Gastos de Justicia del Reino, según los títulos con que aparece en la portada de la Colección<sup>159</sup>.

*Colección de Reales Cédulas*, tratados de Paz, Aranceles, Ordenes, Ordenanzas e Instrucciones impresas (1726-1799), normas de carácter general y temática muy variada recogida en 21 volúmenes<sup>160</sup>.

Algunas colecciones, siguiendo el curso ordinario de la *administración*, superan con mucho los límites del siglo, abarcan prácticamente la legislación del Antiguo Régimen. Es el caso de la llamada *Colección de Impresos o Colección Corriente*, como se la denomina en el libro Índice de la misma (lib. 1.512), que agrupa por orden cronológico impresos y manuscritos legales de carácter general desde 1567 a 1834, en 43 tomos<sup>161</sup>. Aparte de estas colecciones legislativas quedan series sueltas de ejemplares impresos, reunidos en ocasiones en libros de temática común o variada o simplemente facticios, como la Colección de Reales Cédulas del Archivo Histórico Nacional, con unas 5.000 disposiciones, similares a las que existen en otros archivos, como el de la Real Academia de la Historia o el Ministerio de Asuntos Exteriores<sup>162</sup>.

Entre las colecciones del Consejo de Castilla tuvo especial importancia la *Colección de impresos legales y otros papeles* que ordenó reunir el fiscal Campomanes para servir «a los usos que ocurran y señaladamente el importante de que el Consejo o los Sres. Fiscales puedan hallar con facilidad lo que en él se busque»<sup>163</sup>. Con sus 26 libros, cubrió buena parte del siglo XVIII [1708-1781;

<sup>159</sup> A. H. N. Hacienda, libs. 6.187-6.211; Grupo 77, *La legislación*, p. 44. La obra, que además de las normas referidas en el título incluye edictos y bandos de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, lleva en cada tomo un índice manuscrito que precede al contenido ordenado cronológicamente, cuya lectura se facilita con la inclusión de una palabra clave al margen izquierdo, seguida del año y del enunciado de la norma.

<sup>160</sup> A. H. N. Hacienda, libs. 6.587-6.607; Grupo 77, *La legislación*, pp. 45-46. Sólo los dos primeros tomos de esta amplia Colección de normas son anteriores al siglo XVIII (el primer tomo comprende de 1555 a 1666, y el segundo de 1671 a 1699); en los demás se acentúa la tendencia a incorporar normas más recientes de forma que cada tomo, desde mediados del siglo XVIII, incluye por lo general, las relativas a uno, dos o tres años.

<sup>161</sup> A.H.N. Consejos, libs. 1.473-1.515; Grupo 77, *La legislación*, pp. 39-40. Los tres últimos tomos, referidos a Comercio y Moneda, forman en realidad una Colección independiente, individualizada incluso por la numeración propia de sus tomos, como revela el índice manuscrito de los mismos, aparte de no seguir la cronología de la Colección general.

<sup>162</sup> Grupo 77, *La legislación*, pp. 47 y 54-57 (Colección de Reales Cédulas).

<sup>163</sup> *El libro de las leyes del siglo XVIII. Colección de impresos legales y otros papeles del Consejo de Castilla* (1708-1781), Edición y Estudio preliminar a cargo de S. M. CORONAS GONZÁLEZ, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Constitucionales, 1996, tomo I-IV; 2003, *Adición*, tomos V-VI (1782-1795). Sobre su contenido, ver especialmente J. M.ª VALLEJO GARCÍA-HEVIA, «El Consejo de Castilla y la brújula de las leyes (A propósito de Santos M. CORONAS GONZÁLEZ, El libro de las leyes del siglo XVIII. Colección de impresos legales y otros papeles del Consejo de Castilla (1708-1781)» en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 27 (1998), 537-575; «El libro de las leyes del siglo XVIII. Colección de impresos legales y otros papeles del Consejo de Castilla. Adición (1782-1795)», *ibidem*, pp. 490-506. Por otra parte, es posible que el título de la obra merezca alguna aclaración. En su momento pensamos en la sola edición

Adición 1782-1795], con importantes lagunas lamentadas ya por el colector. El arreglo general de las impresiones legales del Consejo de Castilla, asumido por Pedro Rodríguez Campomanes en su papel de fiscal del Consejo y de la Cámara (1762/1767-1783)<sup>164</sup> y subdelegado general de Penas de Cámara y Gastos de Justicia<sup>165</sup> (de cuyo importe se satisfacían aquellas impresiones), permitió la formación de esa colección singular custodiada en la sala de Mil y Quinientas del Consejo.

El origen de esta colección proviene de un expediente consultivo de 1774, revisado por el fiscal Campomanes. Con ocasión de reconocer el original del auto-acordado sobre las penas previstas para los escribanos de Cámara que no cumplieran su obligación en punto a pesquisas, residencias etc., el fiscal había observado la *antigua y loable práctica del Consejo* de ir colocando en libros todos los autos acordados proveídos para recurrir en caso de duda, insertándoles en las reimpressiones de las leyes y conservando el protocolo en debida custodia; una práctica que, en el día, estaba sujeta a *culpable descuido*, causándole dolor desde el comienzo de su fiscalía «el mal estado del archivo y la facilidad con que se sacaban los papeles de él, los cuales se deben mirar como un depósito sagrado de la Nación»<sup>166</sup>. Esta circunstancia le dio ocasión para pedir su extensión al resto de las leyes, pues convenía que se hiciese lo mismo «con los originales de las Pragmáticas, Cédulas y Provisiones, Circulares que son las matrices de las leyes, colocándose por orden cronológico con su lista de

---

del Libro-Índice con sus adornos, orlas, viñetas y títulos correspondientes a unos códices miniados que ofrecían nuevo cuerpo a la jurisprudencia *picturata* del siglo, remitiendo a la propia colección del archivo para los interesados en su contenido legal. Así fue como se hizo habitual hablar con los responsables del BOE del «libro de las leyes del siglo XVIII» en referencia al libro-Índice; título que sería conservado una vez que se aprobó la posterior propuesta de la edición general de la colección, añadiéndole el más preciso de *Colección de impresos legales y otros papeles del Consejo de Castilla*, en un tiempo en que algunos compiladores de leyes modernos seguían manteniendo la vieja denominación medieval de libro de leyes. (Sobre la localización y descripción de los códices del libro-Índice ver *El libro de las leyes del siglo XVIII*, pp. 36-39).

<sup>164</sup> S. M. CORONAS, «Campomanes, abogado y fiscal del Consejo de Castilla», en D. Mateo (ed.) *Campomanes doscientos años después*. Universidad de Oviedo, 2003, pp. 183-210.

<sup>165</sup> El régimen legal de la administración de penas de Cámara atribuida desde 1623 a la superintendencia del Consejo de Castilla (N. Recop., 2, 14, auto 10) se modificó a mediados del siglo XVIII, por una Real Cédula de 27 de diciembre de 1748 que vino a dar nueva Instrucción u Ordenanza para su gobierno. A partir de entonces, la recaudación y administración de estos ingresos quedó sujeta al régimen común de las demás ramas de Hacienda, bajo una superintendencia general con jurisdicción privativa e inhibición de todos los demás Consejos y tribunales. Sin embargo, por el artículo 3 de esta Instrucción se dispuso que un ministro del Consejo y Cámara de Castilla hubiera de ser siempre, subdelegado general con la misma jurisdicción privativa y todas las facultades necesarias para la cobranza, gobierno y destino de estos caudales. En el ejercicio de su nuevo cargo (desde el 11 de mayo de 1774), Campomanes formó la *Instrucción que para los nuevos encabezamientos por los efectos de penas de Cámara, gastos de justicia y sus adyacentes, se formó el 22 de diciembre de 1789* (Alcalá, 1798), que vino a completar el régimen legal anterior cifrado en la Real Provisión de 27 de febrero de 1741, Instrucción de 1748, y Orden de 1773. Ver M<sup>o</sup>. P. ALONSO ROMERO, *Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla* (siglos XIII-XVIII) en AHDE, 55, 1985, pp. 9-94; CORONAS, Estudio preliminar a *El libro de las leyes del siglo XVIII*, p. 32.

<sup>166</sup> A.H.N. Consejo, leg. 4.176, núm. 9.

todas en cada tomo, buscándose todas por lo pasado y supliéndose las que falten con ejemplares impresos o certificaciones autorizadas»; una búsqueda, recolección y ordenación que correría por las escribanías de Cámara de Gobierno y la Contaduría de Propios y Arbitrios bajo la dirección del Juez de Ministros, evitando el extravío de los originales de las leyes y, con ello, la consulta de su verdadera letra en caso de duda y para futuras reimpresiones. Como diría en verdad el fiscal: «A la verdad no merecen menor atención los protocolos de las leyes y providencias generales que los protocolos de las escrituras públicas en que sólo se trata de interés de los particulares, y así no debe parecer nimia una propuesta que en sí misma ofrece la necesidad de ser atendida y en algún modo reconviene por la indolencia con que se han manejado los papeles mas importantes del Consejo». Y fue por atender esta propuesta del celoso fiscal cuando el Consejo de Castilla dictó el auto siguiente: «Fórmense los libros y demás que respecto al archivo dice el Sr. Fiscal, a quien se le comete la dirección y arreglo de este importante asunto, y se expidan las órdenes y avisos correspondientes a las Escribanías de Gobierno, Contaduría general de Propios y Arbitrios y al archivero del Consejo, y a su tiempo el Sr. Fiscal informará al Consejo de las resultas de este encargo».

Con este encargo oficial, Campomanes (que ya en diversos escritos de juventud había manifestado su afán sistemático al proponer a la Academia de la Historia diversas colecciones de fueros, de bulas y diplomas para la historia de España, etc.)<sup>167</sup>, dio forma a su constante preocupación por el orden y el método que se transparenta en sus escritos profesionales a lo largo de su fecunda actividad al servicio de la Administración (como asesor del Juzgado de Correos y Postas del reino, fiscal del Consejo de Castilla y de la Cámara, consejero, camarista y gobernador del Consejo y consejero de Estado)<sup>168</sup>, una preocupación que le llevó a impulsar la formación de libros registros y colecciones de leyes, aparte de la edición renovada de la Nueva Recopilación, de la que son buena prueba la *Colección de impresos legales del Consejo*, el *Libro de fórmulas de juramentos* del mismo Consejo<sup>169</sup>, o el de fundaciones cuyos patronatos correspondían al decano del Consejo<sup>170</sup>.

<sup>167</sup> Real Academia de la Historia. Libros de entrada y revisión de las cédulas tocantes al Índice general diplomático de España (1755-1775), (le precede el acuerdo de la Real Academia, tomado en la sesión del 8 de agosto de 1755 en que se aprueba con alguna enmienda, la proposición de Pedro Rodríguez Campomanes para la formación del Índice cronológico de todos los Privilegios, bulas, o diplomas de interés para la historia de España) 9-9-8-2.953-1-2.

<sup>168</sup> Ver, por todos, su autobiografía profesional en el *Titulo de Conde de Campomanes*. Edición y glosario de S. M. CORONAS GONZÁLEZ, Oviedo, Junta General del P. de Asturias, 2002.

<sup>169</sup> S. M. CORONAS GONZÁLEZ, *El libro de las fórmulas de juramento del Consejo de Castilla*, en AHDE., vol. 63-64, 1993-1994, pp. 985-1022.

<sup>170</sup> *Noticia de las fundaciones, cuyos patronatos corresponden a los Señores Decano del Consejo, al más antiguo de la Cámara y al Protector de la Real Iglesia de San Isidro de Madrid formada de orden del Excmo. Señor Conde de Campomanes*. Madrid, 1790. A Campomanes se debe un registro de las fundaciones así como la construcción de archivos e inventarios para evitar el extravío de sus papeles. Asimismo en la *Colección de providencias sobre sanidad* (Biblioteca Nacional, ms. 11.136), una nota de Campomanes ordena guardar esta colección en el archivo de la Secretaría de la Presidencia. A su instancia se debió igual-

Bajo su comisión directiva, diversos Decretos y Reglamentos vinieron a reformar el régimen tradicional de impresiones legales al exigir, más allá del famoso auto de Juez de imprentas, Juan Curiel, de 22 de noviembre de 1752 (que revolucionó el mundo editorial español), no solamente la entrega de algunos ejemplares para el archivo y para las escribanías de Cámara de gobierno, sino también el ejemplar impreso de la norma acompañado de la cuenta de impresiones; su encuadernación en libros, «para que en todo tiempo conste»; el arreglo económico con el impresor y aun la custodia del importe de las ventas al público de los impresos legales en arcas<sup>171</sup>. En el curso de estos hechos, el 21 de diciembre de 1780, Campomanes aprobó las cuentas de impresiones del Consejo de Castilla que le presentara el impresor Pedro Marín, pero al tiempo previno que la Contaduría de Gastos de Justicia, Obras Pías, Memorias y Depósitos del supremo Consejo, por mano de su titular, Manuel Navarro, hiciese encuadernar los ejemplares impresos con las cuentas de esta clase que se hallasen custodiadas en la misma «para los usos que se ofrezcan y señaladamente el importante de que el Consejo o los Señores Fiscales puedan hallar fácilmente las Cédulas, Provisiones y Ordenes generales expedidas y que se vayan expidiendo, evitando su extravío, poniéndose siempre por cabeza del respectivo libro o al fin de él una certificación de esta providencia»<sup>172</sup>. Y fue en cumplimiento de esta orden que Navarro ofició el 10 de enero de 1781 a Pedro Galindo, contador de Penas de Cámara, este encargo del «formal arreglo que desde hoy deven tener las Reales Cédulas. Provisiones, Autos acordados y otras

---

mente la formación de la *Colección de providencias hasta aquí tomadas por el gobierno sobre el extrañamiento y ocupación de temporalidades de los Regulares de la Compañía que existían en los dominios de S. M. de España, Indias e Islas Filipinas*. Madrid, 1767-1769 (ver n. 142).

<sup>171</sup> «Deseoso el Consejo de que las impresiones que se hacen, así en Madrid como en las ciudades capitales del Reyno, de algunas Reales Cédulas y provisiones, se executen con la debida exactitud y que de todas ellas haya exemplares en el archivo del Consejo, para los casos que ocurran, acordó por decreto de 29 de agosto de 1778 que siempre que por algún interesado se solicitase licencia para la impresión de alguna Real Cédula, provisión u orden del Consejo, haciéndose ésta en Madrid, se cuide de su corrección por la escribanía de Cámara a quien tocasse, como está mandado, previniéndose que se han de entregar en ella doce exemplares para colocarse los seis en el archivo, y que los restantes queden en las escribanías de Cámara de gobierno para los casos que ocurran». ESCOLANO DE ARRIETA, *Práctica del Consejo Real*, pp. 456-457; cf. pp. 405 y ss. Sobre la preocupación constante de Campomanes por la buena administración de las cuentas del fondo de gastos de justicia, Decreto de 17 de diciembre de 1780, A.H.N. Hacienda, lib. 6.559. Ver en general, F. DE LOS REYES GÓMEZ, *El libro en España y América. Legislación y censura (siglos XV-XVIII)*, 2 tomos, Madrid, 2000; J. GARCÍA MARTÍN, *El Juzgado de Imprentas y la utilidad pública. Cuerpo y alma de una «Monarquía vicarial»*. Bilbao, 2003.

<sup>172</sup> A.H.N. Hacienda, lib. 6549. Conviene recordar las palabras preliminares del *Índice* de la colección: «La necesidad en que se hallaba el Consejo de una Colección de las Reales pragmáticas, Cédulas, Autos Acordados, Decretos, Bulas Pontificias, Instrucciones, Cartas circulares, y otros varios impresos, que de su orden se han dado a la imprenta..., movió el zelo del Ilustrísimo señor Don Pedro Rodríguez Campomanes... encargarla al cuidado y diligencia de Don Manuel Navarro, Contador del propio Consejo para que tuviera efecto, sin embargo de las dificultades y escollos que se ofrecían en el hallazgo de muchos ejemplares que faltaban para el completo de esta tan importante obra».

providencias que el Consejo ha mandado imprimir desde años antiguos a los impresores que ha tenido»<sup>173</sup>.

De forma oficial, a instancias del fiscal Campomanes y con apoyo del contador Manuel Navarro, se inició el *formal arreglo* de las impresiones del Consejo de Castilla. De aquí partió la colección de impresos legales y otros papeles del Consejo de Castilla, con el mismo orden y método que los reunidos en 1779 y 1780, es decir, con «igual arreglo y unión de los impresos a las cuentas», asentando por orden cronológico las normas impresas halladas en diferentes libros (1708-1795). Formaron una colección de 26 libros, encuadernados en piel, en los que se recogen aquellos impresos legales y otros papeles mandados imprimir por el Consejo de Castilla, sumamente raros en los primeros años de la colección y abundantes a medida que avanza el siglo; libros que además de las leyes y otros papeles impresos por el Consejo, registran la nómina de sus impresores [Jerónimo Estrada (1708-1721), Juan Sanz (1724-1740), Antonio Sanz (1741-1769), Joaquín Ibarra (1770-1772)<sup>174</sup>, Pedro Marín (1773-1790) y, tras su fallecimiento, su viuda María Ángela Usoz que, desde 1793, aparece con su hijo, Mariano Marín (*Viuda e Hijo de D. Pedro Marín; Viuda e hijos de Marín*) componiendo una saga familiar de impresores del Consejo que hubo de terminar con la absorción de sus tareas por la Imprenta Real en septiembre de 1795; una colección que da noticia de las cuentas, con sus recados de justificación de las impresiones; de su tirada (desde los cincuenta ejemplares de un edicto llamando a oposición para cubrir una relataría vacante en el Consejo a los ocho mil de la Real Cédula de 18.III, 1783 que declaró ciertos oficios honrados y honestos), hasta llegar a su cenit en la época áurea de impresor Marín<sup>175</sup>; de su precio (que oscila según sea la calidad del papel, así a un real por cada ejemplar de papel de marca mayor; a cuatro maravedís el pliego suelto; a doce maravedís el papel sellado...) y su coste de impresión (en torno a los 2.000 reales entre 1724 a 1740 hasta los 50.000 del bienio de 1767/1768 que disminuye hasta los 30.000 en los años siguientes)<sup>176</sup>; y que expresa, por sí misma, la aceleración del ritmo del proceso legislativo del siglo; una colección que junta normas y dictámenes fiscales a partir de mediados del siglo y que, en la última fase, el propio Campomanes dirigió, como gobernador del Consejo y superintendente general de Penas de Cámara y Gasto de Justicia (1781-1793), señalando la tirada de ejemplares a imprimir, la calidad del papel y el tamaño,

<sup>173</sup> A.H.N. Hacienda, lib. 6.549.

<sup>174</sup> J. L. ACÍN FANLO y P. MURILLO LÓPEZ, *Joaquín Ibarra y Marín, impresor: 1725-1785*, Zaragoza, 1993; cf. M. GÓMEZ GÓMEZ, «Las imprentas oficiales. El caso del impresor del Consejo de Indias», en *Historia. Instituciones. Documentos* 22, 1995, pp. 247-260; VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *El Consejo Real de Castilla y sus escribanos en el siglo XVIII*, p. 355-356.

<sup>175</sup> Ver estas cuestiones en *El libro de las leyes del siglo XVIII. Adición* tomo V, pp. X-XII.

<sup>176</sup> Precisamente en este último libro de la colección se recogen al frente del mismo la serie de providencias adoptadas por Campomanes (1780) para el arreglo de las impresiones legales del Consejo así como las negociaciones pendientes con Marín para rebajar el coste de la impresión de seis a tres maravedís por pliego de los impresos, más la entrega de 160 ejemplares gratis a cambio de que se le diese el título de impresor del Consejo y la facultad de poder vender por su cuenta al público los impresos. Cf. *Adición*, nota preliminar.

el pago de la impresión y la venta de las impresiones del Consejo, no siempre dispuesta a no mediar interés social o gubernativo<sup>177</sup>.

Una vez concluida la colección de «once tomos», el contador Navarro pudo resumir en una nota escrita en noviembre de 1784 la labor realizada: se había formado para su encuadernación «en los cuales se ha puesto con distinción en cada uno de ellos la correspondiente numeración y comprehensión respectiva de años, como se reconoce de el número primero hasta el once, vajo de los cuales se hallan las Reales Cédulas, Pragmática, Provisiones, Autos acordados, Decretos, Bulas Pontificias, Cartas Circulares y otros varios impresos que por el Consejo se mandaron imprimir desde el año de mil setecientos y ocho hasta el próximo pasado de setecientos y ochenta: de cuia Colección se ha echo también por la Contaduría un Índice general de toda ella con la idea de que con más facilidad pueda el Consejo y los Señores Fiscales encontrar lo que se busque sin la molestia de un reconocimiento prolijo que sería inescusable hacer en cada tomo, cuia obra presenta a V. Ilma. Para que a continuación se sirva poner el decreto de custodia que tenga a bien para que sirva de gobierno a la Contaduría»<sup>178</sup>. Una vez finalizada la *Colección de impresos* hecha por la contaduría de Concursos, Secuestros y Comisiones del Consejo, Campomanes ordenó que tanto los once tomos como el *índice* general se guardara en un estante custodiado de dicha Contaduría del Consejo, «sin que ésta por motivo alguno permita que de ella se extraiga ninguno de ellos, ni de los que en lo sucesivo puedan agregarse por medio de recibo ni de otro modo, sin expresa orden del rey, del Consejo o mía»<sup>179</sup>. A este fin recuerda Escolano de Arrieta como el Consejo pleno acordó por autos de 10 de septiembre y 23 de octubre de 1784 que el escribano de Cámara de gobierno (cargo que desempeñaba por entonces él mismo), de acuerdo con Manuel Navarro, contador de Gastos de Justicia, dispusiera que se hiciese «un estante decente, semejante al que hallaba en la Sala Primera, el qual se pusiese en una de las otras en que mejor se pudiese acomodar, que fue en la de Mil y Quinientas y que executado se colocasen en él todos los exemplares impresos de las obras que se imprimiesen con licencia del Consejo»<sup>180</sup>. Un estante similar, que revela la importancia que el mismo Consejo dio a la Colección, puede verse representado en las Memorias del Consejo de Martínez Salazar<sup>181</sup>; y un ejemplar miniado del Libro-Índice sería regalado al Príncipe de Asturias, futuro Carlos IV. Vista su orden y utilidad, en

<sup>177</sup> *El libro de las leyes del siglo XVIII. Adición*, tomo V, p. XI.

<sup>178</sup> A.H.N. Hacienda, lib. 6.559.

<sup>179</sup> A.H.N. Hacienda, lib. 6.559.

<sup>180</sup> ESCOLANO DE ARRIETA, *Práctica del Consejo Real*, I, 475-476. En el mismo estante o librería figurarían además los libros impresos con licencia del Consejo o permitida su introducción de fuera del reino, a cuyo fin todas las semanas el *portero de Estrados* debía acudir a las Escribanías de Cámara de gobierno a recibir los libros y colocarlos en el estante «anotándolos todos con la debida claridad y por orden alfabético, en un libro de papel blanco que deberá haber en el referido estante, con las letras del alfabeto, para que en las que les correspondan se hagan las anotaciones, conforme se fuesen llevando los libros, sirviendo al mismo tiempo de índice de los que se contengan en el estante, quedando responsable el portero de Estrados a dichos libros como lo está a los que se hallan actualmente en el Consejo» (Ibid.).

<sup>181</sup> *Colección de memorias y noticias del gobierno general y político del Consejo*, p. 69.

los años siguientes continuó esta colección «con arreglo al estilo y práctica establecida» hasta llegar al volumen 26 (1795), a razón de un libro por año, hasta el momento en que la Imprenta Real se hizo cargo de las impresiones del Consejo.

De esta y otras colecciones del Consejo se tenía noticia por los coleccionistas de leyes, refiriéndose posiblemente a esta última Pérez y López al hablar de los *sabios reglamentos* dispersos en multitud de normas que constituían «un tesoro escondido que es preciso se descubra y purifique para que sirva a los usos públicos»<sup>182</sup>. Al fin más preciso de facilitar el conocimiento y localización de las leyes del siglo por los consejeros y fiscales del Consejo de Castilla, sirvió el Libro-Índice o *Resumen alfabético* de la Colección de impresos legales del Consejo, aunque la gran obra que reclamaban esos coleccionistas, el «tesoro de jurisprudencia nacional; rico monumento de legislación» en palabras de Martínez Marina en su *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación*, fuera llevada a cabo por Reguera Valdelomar en la Novísima Recopilación de las Leyes de España (1805).

El Índice o *Resumen alfabético* de la colección de impresos expresaba claramente su alcance y contenido: una obra de amplia tipología legislativa, cuyo contenido era posible conocer gracias al breve resumen que acompaña a su explicitación alfabética y cuya localización se facilitaba en la *Colección de once tomos* originaria. Con esta colección, el Consejo de Castilla cubría para su uso el vacío sentido por los profesionales del Derecho de contar con una serie *auténtica* de leyes, es decir, autenticadas por los escribanos de la Cámara y de gobierno del Consejo, y *completa* o *íntegra* en el sentido de reproducir íntegros o completos los textos, no mutilados o extractados como en las recopilaciones al uso, oficiales o privadas, aparte de incluir normas no recopiladas superando los inconvenientes de los resúmenes más o menos literales de las compilaciones privadas. Con ello se daba satisfacción a los juristas que siempre han buscado en la introducción, justificación o exposición de motivos el sentido general de la norma. Así lo había pedido Campomanes cuando era abogado de singular crédito en la corte al pedir que se conservara en las compilaciones del reino «la loable práctica de apuntar el hecho del caso, peticiones y motivos que obligaban a su establecimiento, lo que debería conservarse en la colección de leyes para su inteligencia, que sin ésta suele ser tan confusa como al que sin luz quisiera usar de su propia vista»<sup>183</sup>. Estas notas avaloran desde el principio la colección del Consejo mandada hacer por el mismo Campomanes. El *tesoro escondido* de los coleccionistas privados, la «*tan importante obra*» que diría su colector, Manuel Navarro, se debe al hombre que encarnó un cierto

<sup>182</sup> «No recopilados, pues aunque no ignoro que de orden del Consejo se ha hecho una Colección de todas estas Resoluciones, por lo perteneciente al gobierno de Castilla, las cuales componen mas de 30 volúmenes en folio, solo hay de ella tres exemplares y de consiguiente así por esto, como por contener muchas reformadas por otras posteriores, son a manera de un tesoro escondido que es preciso se descubra y purifique para que sirva a los usos públicos». PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación*, T. I., p. XXXV.

<sup>183</sup> *Reflexiones sobre la jurisprudencia española*, p. 141.



ideal del jurista en la España del siglo XVIII, Campomanes, cuya idea de formar una colección de las impresiones del Consejo nació de su rigor moral y de su espíritu metódico en un momento en que su falta podía encubrir corrupción, prevaricaciones y cohechos, o también pérdidas legislativas como se advertían en las antiguas impresiones de principios del siglo.

## 10. A MANERA DE RESUMEN: LEY REFORMISTA

El espíritu crítico que define al siglo impulsa el pensamiento *ilustrado* por oposición a la presunta oscuridad anterior, similar a la noche gótica o medieval de los renacentistas. Un simple repaso a la ley del siglo XVIII permite constatar su carácter reformista, conocido en otras épocas aunque ahora parezca consustancial al siglo. Una ley que lleva implícita la reforma de las instituciones vigentes, visible en todos los campos y, en especial, durante la *feliz revolución* del reinado de Carlos III, evocada como signo de ilustración general por sus panegiristas. Es por entonces que el *Estado*, como suma de intereses e ideales colectivos interpretados por los grandes juristas al servicio de la *administración*, supere el concepto histórico de *Monarquía* anticipando el curso general de la crisis europea. Y será la razón, convertida en el alma de la nueva cultura, la que ilumine la historia como principio y método de conocimiento crítico y universal. Si los legistas medievales habían protagonizado una revolución cultural y política con la difusión de las normas clásicas contenidas en la compilación justiniana, serán sus sucesores, los letrados de los siglos modernos, los que cooperen al mantenimiento de un sistema monárquico que, en gran medida, ayudaron a construir identificando su saber con el poder de los monarcas. Utilizando la palanca de la ley entendida como *ratio scripta*, opuesta al mundo oscuro de la superstición y de la ignorancia, del fanatismo y de los prejuicios que emanan del pasado, intentan corregir los defectos de un sistema que, a la altura del siglo XVIII, denotaba ya su agotamiento. En un último intento de salvar lo que algunos ilustrados llaman despectivamente *Antiguo Régimen*, utilizan la ley como instrumento de reforma económica y social pero también judicial y política, tocando el corazón mismo del sistema. Es entonces cuando una abundante legislación *reglamentista* intenta dar la última respuesta del poder a la crisis del sistema. Leyes financieras y tributarias (*catastro*, rentas provinciales, desamortización, banco de San Carlos), económicas (libertad de comercio interior y con Indias, ley *agraria*, Mesta), sociales (dignidad de oficios, protección de desamparados, lucha contra vagos, nobles útiles, pedagogía social), judiciales (creación de nuevas Audiencias, reconversión de las salas de Hijosdalgos, nueva estructura territorial de Audiencias, alcaldías de cuartel y de barrio, instrucción de corregidores), políticas (procuradores síndicos personeros y diputados del común)..., llevan el sello de ese «gobierno de letrados» que diría Campomanes o, más difusamente, la fuerza de ese «tremendo cuerpo de abogados» de que hablara León de Arroyal, renovando la vieja estructura a la luz de los nuevos ideales de prosperidad y felicidad pública. Desde el poder de

los viejos Consejos de la Monarquía o de las nuevas Secretaría de Estado y del Despacho la reforma planea sobre una sociedad cada vez más abierta a los cambios gracias a la obra de los grandes pensadores y juristas, de Macanaz a Campomanes, Floridablanca o Jovellanos. Es un espíritu compartido que lleva a luchar, desde los puestos claves de la alta magistratura del reino, por la reforma de un país que en el tránsito hacia un mundo nuevo se alza todavía como representación más señera del antiguo. El drama humano y político de estos ilustrados será conciliar su amor patrio con la crítica y la reforma de antiguas instituciones. De manera inevitable, todo el siglo quedaría transido por esa tensión cultural y política que acabó por escindir el propio concepto de España.

SANTOS M. CORONAS  
Universidad de Oviedo

# Inconsistencia de un principio y debilidad de un Estado

(Una reflexión sobre el estado de la publicación de las normas y el acceso a su conocimiento en el Ochocientos español)

## I. LA PUBLICACIÓN DE LAS NORMAS: ¿QUÉ HISTORIA PARA QUÉ OBJETO? <sup>1</sup>

### 1. DE CONMEMORACIONES Y AUSENCIAS

A partir del primero de enero de 2009 comenzó a emitirse en exclusiva la publicación electrónica del Boletín Oficial del Estado (BOE). La fecha, sin duda, marcó un antes y un después en la trayectoria de este órgano, por lo que no es extraño que desde los medios oficiales se alentase la publicación de dos obras históricas de clara vocación conmemorativa. En una de ellas, la Vicepresidenta del Gobierno hizo hincapié en el «papel protagonista directo y espectador privilegiado que han tenido la Gaceta primero y el Boletín después en los dos últimos siglos de nuestra historia» <sup>2</sup>, introduciendo así un trabajo que no las

---

<sup>1</sup> El trabajo de investigación que está en la base de estas «reflexiones» se publicó con anterioridad: M. LORENTE, *La Voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, 2001, y fue aprovechado en las páginas de otro texto: M. LORENTE, «Justicia desconstitucionalizada. España 1834-1868», en M. LORENTE (coord.), *De la justicia de jueces a la justicia de leyes. Hacia la España de 1870*, Madrid, 2004, pp. 243-287. El presente estudio se ha realizado en el marco del proyecto SEJ 2007-66448-C02-02 y tiene como objetivo básico identificar con claridad los que considero fueron los principales problemas de la organización de un sistema nacional de publicación formal de las normas.

<sup>2</sup> J. PRO RUÍZ, *El Boletín Oficial del Estado testimonio de la historia: dos siglos de la historia de España a través de la «Gazeta»*, Madrid, 2009, p. 9.

traiciona en absoluto, puesto que el argumento al que sirve se podría resumir más o menos así: el o los periódicos oficiales sirven o pueden servir para ilustrar la historia –eminente– política del país. La otra obra contiene un tan minucioso como exhaustivo análisis de una serie de publicaciones a las que, como el mismo autor dice, se les puede adjudicar la condición de oficiales desde el XVII hasta la actualidad, un análisis centrado en el estudio de su, digámoslo así, dimensión material y no precisamente de su función<sup>3</sup>.

Con independencia del indudable interés y calidad de ambos estudios, ni uno ni otro incluyen entre los objetivos perseguidos por sus autores el tratamiento histórico de la problemática de la publicidad normativa, puesto que, en pureza, ni la ilustración de la historia ni el seguimiento de la evolución o cambios en las diferentes publicaciones atienden en absoluto a dicha cuestión. La identificación de esta ausencia, no obstante, no agota por sí misma la delimitación del objeto, ni menos todavía determina los posibles enfoques que puede soportar la tarea de tratar de hacer una historia de la publicidad normativa. Es más, debe subrayarse que aun cuando el interés del historiador se centre en el análisis del principio y no en el de los instrumentos diseñados para hacerlo posible, la historia del primero puede contemplarse desde dos observatorios que se encuentran tan distantes entre sí como lo pueden estar la historia de la publicidad normativa en relación con la de los diferentes medios que han venido sirviéndola más o menos satisfactoriamente.

Situados en el primero, la historia de la publicidad normativa puede leerse en términos de evolución y/o progreso, esto es, como una sucesión de pasos que se agotan por el advenimiento de la feliz consolidación de nuestra actual comprensión<sup>4</sup>. Sin embargo, si actuamos desde el segundo, dichos pasos sufren una extraña metamorfosis que los transforma en síntomas de esa enfermedad que aquejó a lo que solemos denominar, muchas veces demasiado alegremente, Estado liberal, a saber, su profunda debilidad. Tampoco puede dudarse respecto de la legitimidad de una u otra opción, no obstante lo cual, y sólo en mi opinión, la primera tiende a legitimar lo que la segunda contextualiza, o, expresado de otra forma, la primera sirve a la dogmática retrospectiva mientras que la segunda lo hace a la historia crítica. Como quiera que es esta última la que pretendo cultivar, entiendo que la tarea que tiene por objeto tratar de la cuestión de la publicidad normativa a lo largo de ese tormentoso Ochocientos español que termina consolidando una determinada forma de verla no es sino un pequeño –aunque firme– indicio que sirve para desvelar algunos de los caracteres básicos de una maquinaria institucional de naturaleza estatal, la cual, a su vez, sólo adquiere sentido proyectada en aquella sociedad que la generó o, mejor, soportó.

---

<sup>3</sup> A pesar de que F. BOBILLO se pregunta por qué los estados cuentan con diarios oficiales, su obra no responde al cuestionamiento inicial. F.J. BOBILLO, *El BOE hace historia. De la Gaceta impresa al Boletín digital (1661-2008)*, Madrid, 2008, p. 15.

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, J. BERMEJO hace una incursión en textos medievales y modernos para terminar afirmando: «De forma embrionaria, pero contundentemente, se va positivizando así el principio de publicidad normativa (...)». *La publicación de la norma jurídica*, Madrid, 1977, p. 49.

Como se ya se habrá podido deducir, este –un tanto pretencioso– punto de partida impide identificar el fondo con la forma, o por mejor decir, la historia de la publicación de las normas con la de los instrumentos imaginados para hacerla –o no– efectiva. Es de aquí de donde viene el enunciado que intitula el presente epígrafe, ya que la sustitución del tradicional Boletín Oficial del Estado en papel por su versión electrónica no ha servido para conmemorar, haciendo historia, la correspondiente a esa garantía básica hoy contenida en el artículo 9.3 de la Constitución, la cual ha sido considerada por nuestro Tribunal Constitucional,

«(...) consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de derecho, y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo art. 9.3 CE: pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanta tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento»<sup>5</sup>.

## 2. HISTORIA DE UN PROBLEMA: CRONOLOGÍA Y CONTENIDOS

Si buceamos en nuestro pasado buscando algo similar a esta comprensión de la publicidad normativa, no podemos remontarnos más allá de 1889, o, más concretamente, de la fecha que asistió a la entrada en vigor del Código Civil en España. Desde entonces, y en la mejor de las tradiciones francesas, el Código –en sus diferentes versiones– se convirtió en el texto regulador por excelencia de un principio que afectaba a todo el ordenamiento, sin que ni los cambios políticos, ni menos todavía los debates jurídicos, lo descabalgasen de aquella tan «constitucional» posición antes de que se recuperara el tracto constitucional como resultado de la transición política<sup>6</sup>. Así las cosas, no es por casualidad que en el debate constituyente se planteara por algunos lo redundante que resultaba incluir el principio de publicidad normativa en el texto de la Constitución de 1978.

En este exacto sentido, Meilan Gil afirmó que el párrafo 3 del artículo 9 «(...) supone (...) una repetición innecesaria en la mayor parte de ellos, una repetición parcial tomada en su conjunto e, incluso, una repetición perturbadora (...)»<sup>7</sup>, debido, entre otras cosas, a que el principio de publicidad ya estaba consignado en el artículo 2 del Código Civil y en otros artículos de la Constitu-

<sup>5</sup> STC 179/1989, de dos de noviembre.

<sup>6</sup> El Código vino actuando como referente respecto del cual se actuaba de forma subordinada. Así, por ejemplo, bajo el franquismo la jurisprudencia entendió reiteradamente que la expresión leyes comprendía también las disposiciones administrativas, lo cual vino a confirmarse en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (art. 29) y en la ley de Procedimiento Administrativo de 1956 (art. 132).

<sup>7</sup> *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Madrid, 1980, t. I, p. 925.

ción<sup>8</sup>. Relevantes comentaristas de la obra constitucional suscribirían con posterioridad opiniones similares: «Aunque la Constitución no dijese nada al respecto, la publicidad es requisito previo a la vigencia de la ley de acuerdo con el Derecho actualmente vigente. De acuerdo con el artículo 2.1 del Código Civil (...)»<sup>9</sup>. Sin duda, no les faltó razón a quienes, como los hasta aquí citados, mantuvieron los mismos o similares planteamientos, ya que pocas dudas caben sobre que, de un lado, el Código había formalizado y articulado una comprensión de la publicidad normativa que pudo «constitucionalizarse» casi cien años después, de la misma manera que, de otro, también resulta indiscutible que la garantía de publicidad recogida en el 9.3 aparece reflejada en la Constitución en varios de sus preceptos, algunos, por cierto, un tanto desgraciados por equívocos<sup>10</sup>.

Mas una vez dicho esto, cabe también subrayar un par de cuestiones que ayudan a comprender algunos extremos del debate constituyente sobre el principio de publicidad normativa. La primera es la que pone de relieve que, para algunos, la problemática de la «localización» del texto adecuado para insertar el principio de publicidad normativa no sólo seguía abierta a las alturas de 1978, sino que podía seguir *reproduciéndose* en términos un tanto anticuados<sup>11</sup>. Y es que, en mi opinión, a las alturas de 1977/78 llovía sobre mojado. Ya en el lejanísimo año de 1889, F. Lastres había advertido a sus contemporáneos sobre lo erróneo que resultaba situar en el Código lo que era principio constitucional:

«Una de las censuras que al Código se le hacen, con razón, en mi sentir perfectamente justificada, es la de haber consignado esas reglas reunidas en el Título preliminar: porque si eso tuvo disculpas a principios de siglo cuando se redactaba el Código de Napoleón, no ha debido olvidar el autor del que va a regir en España (...) que esas disposiciones, que son propias de la ley fundamental del país, pues para decirlo con una frase, esos preceptos verdaderamente constitucionales no encajan en los moldes á que debe ajustarse la redacción de un buen Código Civil»<sup>12</sup>.

La segunda puede identificarse con una sensación un tanto intranquilizadora, que lo sigue siendo aún a día de hoy a pesar de que se plantee en términos muy diferentes a los usados hace ya más de treinta años. Un sector de la clase jurídico-política española dio muestras de un cierto desafecto constitucional –y

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> F. GARRIDO FALLA, en *F. Garrido Falla, Comentarios a la Constitución*, (tercera edición ampliada), Madrid, 2001, p. 178.

<sup>10</sup> Disponiendo la inmediata publicación de las leyes aprobadas por las Cortes Generales tras la sanción real (art. 91), y, respecto de los tratados internacionales, condicionando su eficacia a su publicación oficial en España (art. 149. 1.8). Un interesantísimo y crítico comentario al art. 91 puede consultarse en J. SANTAMARÍA PASTOR, en *F. Garrido Falla, Comentarios*, cit., pp. 1.426-1.444.

<sup>11</sup> Esta cuestión la trata A. D'ATENA en un trabajo ya clásico: *La pubblicazione delle fonti normative*, Padua, 1974.

<sup>12</sup> F. LASTRES, *Conferencias populares sobre el nuevo Código Civil*, Madrid, 1889, p. 28.

por tal tengo cualesquiera rebaja del valor de la primera norma— que pueden identificarse mediando contraste respecto de la posición y argumentos mantenidos por otro, el cual, en el caso que nos ocupa, estuvo representado por G. Peces-Barba quien en su momento afirmó:

«(...) con la incorporación al texto constitucional de determinados principios generales del Derecho consideramos que se produce una superación de una polémica a la que se ha referido el señor Meilán: la vieja discusión sobre si los principios generales del Derecho son principios deducidos del Derecho positivo, del ordenamiento jurídico o si son principios de Derecho natural. *La Constitución, al incluir determinados principios, zanja y no entra en este debate, sino que es la propia Constitución la que los asume, sea para unos principios de Derecho natural, o para otros principios generales del Derecho positivo*»<sup>13</sup> (la cursiva es mía).

En mi opinión, la razón *constitucional* asistía a este «padre» de nuestra primera norma en el debate que me viene ocupando. No obstante, no resulta contradictorio subrayar que el principio de publicidad normativa identificado esencialmente con una determinada forma de publicación de normas no entra en ningún catálogo de principios de derecho natural, entiéndase éste como se entienda, a lo que debe añadirse que comprendida como principio general extraído del derecho positivo, su historia resulta ser muy corta no sólo en España, sino en otras latitudes muy cercanas geográfica y culturalmente a nuestro país<sup>14</sup>. Tal como afirma Ainis, el principio según el cual los actos de la máxima autoridad del Estado deben publicarse, y que ello sea condición necesaria para su entrada en vigor, fue madurado sólo después de la revolución francesa, y desde entonces hasta ahora viene siendo comprendido como una fundamental conquista de la civilización jurídica<sup>15</sup>.

Son muchos los que suscriben esta opinión, por lo que si convenimos en ella ya tenemos un punto de partida o, mejor, un cierre cronológico que nos separa como en tantas otras cosas del proceloso mundo del Antiguo Régimen en el seno del cual no se puede localizar «precedente» alguno sin forzar o distorsionar la comprensión de la historia. Ahora bien, el problema, si es que como tal se acepta considerarlo, es que en muchas ocasiones la historiografía tiende a sustituir una historia por la otra, o, siendo más exactos, a trasladar problemáticas cruzando los Pirineos sin pasar por el puesto fronterizo, cuando pocas dudas caben respecto de que incluso en este punto la radical cronología francesa basada en la violenta irrupción en el panorama jurídico de un nuevo concepto de ley poco o nada tiene que ver con la suerte de la misma a lo largo del proceso que asistió al lento desmantelamiento del Antiguo Régimen en el solar español.

<sup>13</sup> *Constitución española*, cit., p. 928.

<sup>14</sup> Por su complejidad y problemática autónoma, la publicación de los «statutes» en el mundo anglosajón cae fuera de las presentes páginas.

<sup>15</sup> M. AINIS, *L'entrata in vigore delle leggi. Erosione e crisi d'una garanzia costituzionale: la vacatio legis*, Padova, 1986, pp. 3-4.

Entre la crisis de la Monarquía Católica en 1808 y la publicación del Código Civil en 1889 mediaron unos largos años en el curso de los cuales el principio de publicidad normativa no vio la luz ni siquiera en términos de formulación de tal principio, siempre y cuando, eso sí, no lo identifiquemos con una construcción postdatada extraída de cualesquiera organización de la publicidad de los dictados del poder político. Si por el contrario lo comprendamos en los términos expuestos por Ainis, el distanciamiento entre cronologías nos obliga a casi indefectiblemente a reflexionar sobre el momento en que España entró en el club de los países «civilizados», lo que es tanto como preguntarnos por la calidad del *estado de derecho* español, si es que así podemos denominar a la formación político-jurídica que se levantó y consolidó a lo largo del Ochocientos<sup>16</sup>. Pues bien, abordar esta cuestión en términos muy limitados, esto es, desde el observatorio que brinda la historia de la publicidad normativa, obliga a establecer no sólo una cronología que arrancando en el Cádiz de la Constitución termina en el Madrid del Código, sino también a elaborar un listado de problemas y, en consecuencia, de valoraciones que proceden del análisis de una y otra cuestión.

En este exacto sentido, el –un tanto reducido– siglo XIX puede dividirse en varias etapas, a saber: de 1808-1812 a 1837 se mantuvo lo que los expertos denominan «publicación material» de las normas, no obstante lo cual la entrada en vigor de la Constitución de 1812 obligó a plantear una serie de cuestiones que dominarán el siglo; la recuperación del tracto constitucional en 1836 supuso la implantación de un ¿sistema? de publicación formal opuesto, en principio, al anterior, no obstante lo cual su ámbito territorial fue esencialmente el provincial; finalmente, esta situación se arrastraría hasta 1889, debido, entre otras cosas, al fracaso del Código en 1851 así como al limitado éxito de las propuestas «administrativas» de Bravo Murillo consignadas en un famoso Real Decreto del mismo año. De esta brevísima cronología puede ya deducirse que la historia de la publicidad normativa no estuvo ligada a la historia constitucional española, puesto que ni los gaditanos sustituyeron por otros los instrumentos provenientes de la Monarquía Católica, ni los «moderados» consiguieron alterar lo realizado por las Cortes de 1837, ni los revolucionarios septembrinos fueron capaces de transformar el legado de los moderados, lo que en principio no dice mucho de la potencia revolucionaria de los primeros, de la vocación y/o capacidad estatalizadora –por centralizadora– de los segundos o de las propuestas garantistas de los últimos.

En otro orden de cosas, que sin embargo corre paralelo al anterior, esta cronología nos hace intuir la existencia de enormes dificultades que desbordan por completo la estricta historia de la publicidad normativa puesto que ésta no se explica sin dar cuenta de aquéllas. Así, por ejemplo, el mantenimiento del «acuse de recibo» por las distintas autoridades de las disposiciones como requisito de su puesta en planta destinado a «salvar» la responsabilidad de los integrantes de los diferentes poderes públicos sin duda nos habla de la naturaleza

---

<sup>16</sup> P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milán, 2002.



de la burocracia española, a la que con dificultad puede atribuírsele el calificativo de «función pública». En un sentido similar por cercano en problemática, la multiplicación desordenada de las publicaciones oficiales que circulaban normativa nos remite a la así llamada «departamentalización» de la aquella función pública de la que vienen dando cuenta tantos estudiosos sorprendidos por su falta de centralización, a lo que debe sumarse que la «necesaria» participación de los privados en la edición de revistas u obras de consulta destinadas a facilitar el acceso de los operadores jurídicos a las normas nos remite una y otra vez a la falta de medios estatales. En otro orden de cosas, pero como resultado de todo ello, el –certificado– desconocimiento por tribunales y jueces de la normativa que se supone debían «aplicar» nos permite afirmar el carácter virtual del principio «iura novit curia» a lo largo del siglo XIX español, con lo que esto lleva consigo.

A la luz de todo lo afirmado hasta aquí, cabe finalmente preguntarse de qué orden normativo y/o jurídico estamos hablando cuando nos referimos a aquel que soportando una determinada percepción de la publicidad normativa, dominó el Ochocientos liberal español. Si bien es cierto que todas las Constituciones decimonónicas hablaron de las leyes y desearon Códigos, lo que, en principio, suponía una identificación del derecho exclusivamente con la norma que rompía con aquella percepción jurisprudencial que había dominado el panorama hispánico desde la Baja Edad Media, las deficiencias localizables en el sistema de publicación ponen entre paréntesis la vocación legalista que suele atribuirse al siglo. Como ya afirmé, su fragilidad corrió paralela a la del Estado español respecto de la cual actuó como simple «síntoma».

## II. ANTES DEL CÓDIGO: LAS BASES DEL ¿SISTEMA?

### 1. LOS PROLEGÓMENOS. EL MODELO DOCEAÑISTA: ENTRE LA PUBLICACIÓN MATERIAL Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Por mucho que nos empeñemos, no encontraremos en la obra constitucional y/o normativa doceañista nada que se parezca a la formulación de un principio de publicidad normativa, sino más bien todo lo contrario. Como ocurriera en tantas otras ocasiones y con tantas otras cosas, en este punto la primera norma gaditana se limitó a constitucionalizar una serie de concepciones y mecanismos que habían animado y articulado tanto el diseño como el funcionamiento del aparato institucional de la Monarquía Católica hasta que ésta entró en descomposición a raíz del abandono de la función regia por parte de quien por entonces era su titular<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Este es el planteamiento que anima los trabajos recogidos en el siguiente volumen: C. Garriga, M. Lorente, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, 2007; en un

Sin entrar en el análisis del tiempo preconstitucional, esto es, una vez situados en el seno del experimento doceañista, algunos autores se han esforzado en comprender y explicar el significado y alcance de una serie de términos relacionados con la problemática de la publicidad normativa que se encuentran estrechamente relacionados entre sí –promulgación, publicación, circulación– poniéndolos en relación con las construcciones francesas<sup>18</sup>. Con independencia de que muchas de sus conclusiones sean acertadas, tengo para mí que establecer distinciones terminológicas poco o nada aporta a la historia de la dimensión material de la publicidad normativa o, dicho de otra forma, a la historia del «acceso» de los hombres al conocimiento de las normas.

Y es que, en definitiva, los términos promulgación/publicación/circulación usados por el constitucionalismo gaditano remiten en último extremo a «ceremonia» y/o «lectura pública», esto es, a lo que en último extremo se identifica hoy como publicación material, lo cual no sólo sostiene el argumento que predica la inviabilidad de la indistinción terminológica a efectos de comprender la historia de la publicidad normativa sino que además pone de relieve la naturaleza exclusivamente publicitaria-propagandística de todas y cada una de las publicaciones «oficiales» que por aquel entonces vieron la luz. Esta afirmación no es fruto de la imaginación del historiador, deseoso de simplificar una historia que se anuncia en verdad complicada, sino que fue la propia Constitución la que señaló que era en las Cortes donde se «publicaban» las leyes (art. 154), de la misma manera que la promulgación recogida en este mismo artículo<sup>19</sup>, a su vez desarrollada en sus formalidades el 155<sup>20</sup>, se identificó también con lectura o, más bien, con ceremonia<sup>21</sup>; finalmente,

---

sentido similar, aunque centrada en otra problemática, vid. la obra: M. Lorente, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Madrid, 2009.

<sup>18</sup> Un ejemplo en J. Rodríguez-Zapata, *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Madrid, 1987.

<sup>19</sup> «Publicada la ley en las Cortes, se dará de ello aviso al Rey para que proceda a su promulgación solemne». Utilizo la edición de la Constitución realizada por la Imprenta Real en Cádiz (hoy reproducida en una publicación realizada por el Ayuntamiento de Cádiz, el Casino Gaditano, la Universidad de Cádiz y la Fundación el Monte, Sevilla 2000).

<sup>20</sup> «El Rey para promulgar las leyes usará de la fórmula siguiente: N (el nombre del Rey), por la gracia de Dios y por la Constitución de la monarquía española Rey de las Españas, a todos los que las presentes vieren y entendieren sabed: Que las Cortes han decretado, y Nos sancionamos lo siguiente (aquí el texto literal de la ley): Por tanto, mandamos á todos los tribunales, justicias, jefes, gobernadores y demás autoridades, de cualquiera clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas sus partes. Trendréislo entendido para su cumplimiento y dispondréis se imprima, publique y circule.»

<sup>21</sup> Esta asimilación proviene de una duda planteada por Fernando VII a las Cortes del Trienio (ACD. SG. Leg. 34, exp. 152) a propósito de la promulgación de la ley de 5 de Agosto de 1820. Del texto de la consulta interesan los siguientes párrafos: «(...) antes de pasar á hacer la promulgación solemne que prescribe el artículo 154 me pide S.M. decir a V.E.E. para que se sirvan ponerlo en noticias de las Cortes que por las leyes que regían antes de publicarse la Constitución, se ejecutaba la promulgación en esta capital por los individuos de los Tribunales que entonces existían y á los cuales estaba confiado en parte el Gobierno del Reyno, haciendo en este día desempeño este encargo el Gefé político de esta provincia y podría establecerse por regla general que el expresado Gefé político acompañado de todo el Ayuntamiento salga en publico de la casa

también en lectura se cerraba el itinerario jerárquico contemplado en el artículo 156<sup>22</sup>.

Del texto de la primera norma doceañista y de su interpretación posterior se extrae una tan simple como general idea: el constitucionalismo gaditano entendió por promulgación/publicación de las normas una secuencia bien conocida, a saber, transmisión jerarquizada, acuse de recibo por los encargados de poner en planta la normativa y, finalmente, lectura pública de las disposiciones en el seno de diversas ceremonias. Aun cuando los términos en los que se expresa esta secuencia no agotan ni mucho menos las cuestiones que afectando a la publicidad normativa vieron la luz a lo largo de dos periodos en los que la Constitución de 1812 estuvo vigente, ya nos dicen algo sobre la versión gaditana de la publicidad normativa: los autores del texto constitucional no entendieron que su obra entrase en colisión con los dispositivos del Antiguo Régimen o, por mejor decir, sostuvieron que para hacer efectivos los «demás derechos legítimos de todos los ciudadanos» a los que hacía referencia el famoso artículo 4, no se necesitaba hacer alteración alguna en la forma que hasta entonces las normas venían siendo dadas a conocer.

No es justo, sin embargo, afirmar que nada cambió en el complejo mundo doceañista, aunque los motivos que animaron los cambios poco o nada tuvieron que ver con el diseño de garantías de derechos sino con articulación del poder. Si hay algo que desde un principio preocupó a las –sin duda– débiles Cortes Generales y Extraordinarias fue lograr el reconocimiento de su autoridad por el aparato institucional tanto nuevo –Juntas, autoridades militares...– como heredado –Audiencias, intendentes...–, por lo que si bien las Cortes no se preocuparon por introducir novedad alguna en la circulación jerarquizada de las disposiciones que sólo atendía a intereses del aparato, sí lo hicieron respecto de un doble grupo de cuestiones, a saber, la preservación de la literalidad de su obra y la regulación de la responsabilidad de quienes estuvieron en su momento encargados de ponerla en planta. La, digámoslo así, defensa de la

---

en donde se junta ordinariamente y pasando á la de la Panadería sita en la Plaza de la Constitución promulgue desde el Balcon principal de aquella le ley haciéndola leer por el Secretario del Ayuntamiento (...). Las Cortes aceptaron la interpretación regia sancionándola en un Decreto de 4 de Septiembre del mismo año.

<sup>22</sup> «Todas las leyes se circularán de mandato del Rey por los respectivos secretarios del Despacho directamente á todos y cada uno de los tribunales supremos y de las provincias, y demas gefes y autoridades superiores, que las circularán á las subalternas». Que la circulación jerárquica terminaba en promulgación=lectura pública puede comprobarse en el siguiente texto: «Cabildo de 14 de Julio de 1823. Punto 4. El Exmo. Sr. Jefe político, con oficio del 13 actual, acompaña copias autorizadas por el Exmo. Sr. Secretario de Estado y de Despacho de Gracia y justicia de las cinco leyes siguientes (...) Cuyas leyes le han sido remitidas por R.O. de 11 del corriente para que se proceda a su promulgación solemne, y se acordó manifestar á S.E. que mañana á las cinco de la tarde estará el Ayuntamiento reunido para acompañar a S.E. á ese acto. Certificación del acto.– D. Cipriano González Espinosa, etc., certifico que en la tarde de hoy el Exmo. Ayuntamiento (...) salió de la Casa Capitular, y pasando á la plaza de la Constitución, desde un tablado preparado al intento, se promulgó la ley que antecede (una á una las citadas anteriormente), la cual fue leída por mí el Secretario del Ayuntamiento (...). A. DE CASTRO, *Cortes de Cádiz. Complemento de las sesiones verificadas en la Isla de León y en Cádiz*, Madrid, 1913, t. II, pp. 387-388.

literalidad de sus disposiciones por parte de las Generales y Extraordinarias ha sido estudiada por C. Muñoz de Bustillo, quien en un interesante trabajo sobre los diferentes «textos» de la Constitución ha puesto de relieve no sólo que las Cortes trataron de controlar las ediciones de la primera norma gaditana prohibiendo su reproducción por cualquiera, sino también el rotundo fracaso con el que se saldó la iniciativa<sup>23</sup>. En la misma estela de preocupaciones, no resulta extraño, por tanto, que también quisiera regular la responsabilidad de los «empleados públicos», quienes, en principio, tuvieron como misión la «aplicación» de la obra normativa revolucionaria.

Desde su instalación, las constituyentes intentaron sujetar a todos los responsables de hacer cumplir las diferentes disposiciones profiriendo amenazas<sup>24</sup>, no obstante lo cual necesitaron reiterarlas en numerosas ocasiones<sup>25</sup>, hasta que, finalmente, se reguló la cuestión en el famoso Decreto de 13 de Abril de 1813 sobre responsabilidad de los empleados públicos. Lo interesante de esta cuestión a los efectos que aquí nos ocupan reside no sólo en comprobar el mantenimiento de la circulación jerárquica de *ejemplares* de las diferentes normas, lo que implicaba necesariamente el «acuse de recibo» emitido por las diferentes autoridades en orden a la salvaguarda de su propia responsabilidad, sino sobre todo el interés de las Cortes en cortocircuitar cualquier intento de paralizar la puesta en planta de sus decisiones alegando impedimentos jurídicos provenientes del pasado<sup>26</sup>. Aun cuando fuera sólo en diseño, la producción normativa de las Cortes, *controlada* en su reproducción, *obligaba* a sus destinatarios sin que pudiera excusarse su cumplimiento; otra cosa bien distinta fueron las disposiciones y/o órdenes provenientes de cualesquiera autoridad que no fuera el legislativo, pero esta cuestión cae fuera por completo de los intereses de estas páginas<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> «Cádiz como impreso», en *Estudios*, vol. II, pp. 9-73 (que acompañan a la edición de la Constitución citada en la nota anterior).

<sup>24</sup> Decreto de 17 de Julio de 1811, sobre responsabilidad. *Gaceta de la Regencia de España e Indias*, nº 102, 6 de Agosto de 1811.

<sup>25</sup> Un Decreto de 11 de Noviembre de 1811 nos lo demuestra: «Que todo empleado público, civil o militar, que después del tercero día del recibo de una ley ó decreto del Congreso Nacional, retardare su cumplimiento en la parte que le toque, quedará por el mismo hecho privado de su empleo (...) los jueces y magistrados que faltasen en los términos predichos se entenderá que se hallan en el caso del artículo 2, capítulo III, de reglamento provisional para el Consejo de Regencia, el qual, teniéndolos por suspensos con justa causa de sus respectivos destinos, hará que inmediatamente se proceda a la formación del proceso». *Gaceta de la Regencia de España e Indias*, nº. 151, 19 de Noviembre de 1811.

<sup>26</sup> Art. XVIII de la Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias (23 de Junio de 1813): «Solo el Gefe político circulará por toda la provincia todas las leyes y decretos que se expidieran por el Gobierno, haciendo se publiquen en la capital de la provincia, y se entere de ellas la Diputación provincial, y cuidando de remitir las leyes y decretos a los Gefes políticos subalternos, si los hubiere, para que los hagan circular en su territorio, o a los alcaldes primeros de las cabezas de partido para el mismo efecto. Siendo de la responsabilidad del Gefe político la circulación de las leyes, exigirá recibos de aquellas autoridades a quienes los comunicare».

<sup>27</sup> M. LORENTE, *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid, 1989.

Si de la mano de la publicación llegamos a la responsabilidad de los empleados es porque fue ésta y no aquélla la que interesó a las Cortes, lo que traducido quiere decir que la promulgación/promulgación era una cuestión de interés para el o los aparatos, no para la ciudadanía. A pesar de ello, la puesta en planta de lo que puede definirse como lógica constitucional terminó obligando a vincular una y otra cosa a los efectos de crear seguridad jurídica, ese derecho recogido en el artículo 4 y hasta entonces olvidado, porque, en definitiva, ni la Constitución ni ninguna otra norma había solucionado un punto capital de interés para muchos, a saber: ¿cuándo se entendía que las normas entraban en vigor?

Esta cuestión sólo se abordó a lo largo del Trienio a raíz de los problemas creados por el Decreto de 4 de Septiembre de 1821<sup>28</sup>; esta norma recuperó el ceremonial antiguo de promulgación=lectura pública en la Plaza Mayor madrileña, manteniendo así una increíble ficción: las normas obligaban cuando se leían en la capital del Reino. No resulta extraño que no sólo muchos ciudadanos preguntasen, interesados como estaban por la resolución de diferentes conflictos en los que tenían intereses en juego<sup>29</sup>, sino también que alguna autoridad se quejase respecto de las consecuencias inconstitucionales producto del mantenimiento de dicha ficción. Este último fue el caso del Alcalde de Llanes, quien en su momento se dirigió a las Cortes expresando que,

«(...) la razón que finge que la publicación hecha en la Metrópoli se supone verificada en todos los puntos de la Monarquía, la hemos tomado de los antiguos romanos y de los decretos pontificios, cuando su curia ejercía un despotismo absoluto (...) Esta concepción debe desaparecer en una Nación libre. Y si Madrid, como residencia del Gefe Supremo del Estado egerce toda la influencia indispensable, esta circunstancia no debe tener ninguna legal (...)»<sup>30</sup>.

Si bien las Cortes no contestaron a los ciudadanos preocupados por sus bienes, aludiendo a que la cuestión que atañía a la publicación-promulgación de las leyes debía tratarse en el Código Civil, a la espera del mismo tuvieron que responder a las autoridades provinciales, haciéndolo en los siguientes términos: «La comisión de legislación conformándose con el dictamen del gobierno opina que las leyes, puramente civiles, deben empezar á producir sus efectos en cada provincia desde el día de su publicación en ella (...)»<sup>31</sup>. Obligadas las Cortes por la lógica constitucional a la que antes he hecho referencia, sentaron un importante precedente, a saber: para ser real, el ámbito de la publicación no podía ser sino provincial/municipal, puesto que, de no ser así, el orden constitucional sufría un grave quebranto.

<sup>28</sup> *Vid.* supra n.

<sup>29</sup> Unos «honrados ciudadanos» preguntaron a las Cortes en 1821 «(...) cuándo deben conceptuarse suficientemente promulgadas en las diferentes provincias de la Monarquía las leyes sobre extinción de vínculos y mayorazgos». ACD. SG. Leg. 87, exp. 76.

<sup>30</sup> ACD. SG. Leg. 35, exp. 153.

<sup>31</sup> Decreto de 5 de Junio de 1823.

Independientemente de que la historia de la publicidad normativa en el seno del experimento doceañista sea relevante en sí misma en orden a la mejor comprensión de mismo, lo cierto es que en términos historiográficos puede afirmarse que los dos momentos constitucionales de signo doceañista sirvieron no tanto para solucionar cuanto para fijar los problemas que siguieron produciendo estragos hasta la entrada en vigor del Código civil. Huyendo de una exposición cronológica, los enumeraré por orden de relevancia: en primer lugar, se entendió que la regulación de la publicidad normativa correspondía al Código civil y no a la Constitución, lo que determinó que en ausencia del primero se optase por la vía de la regulación autónoma de la publicidad en normas de diferente rango que nunca consiguieron convertirse en referencia para la totalidad del ordenamiento o, dicho de otra manera, el Estado liberal sufrió una grave carencia de normas sobre normas; en segundo, se sentaron las bases de una confusión que perduraría durante muchos años, a saber, que el tipo o contenido de las normas determinaba los requisitos de su promulgación-publicación, lo que dará mucho juego a una jurisprudencia que tendió a confundir más que a solucionar por cuanto se dedicó a introducir lo que andando el tiempo algunos denominarían clasificaciones escolásticas que poco o nada tenían que ver con la institucionalización de la producción normativa; en tercero, que las autoridades debían sólo sentirse obligadas cuando recibieran personalmente las disposiciones acusando recibo de las mismas para salvar su responsabilidad, idea que, como poco, boicoteaba la creación y consolidación de órganos oficiales de publicación, cualesquiera que éstos fuesen; en cuarto, que los ciudadanos sólo podían ejercitar sus derechos o ser requeridos después de que se publicasen=leyesen las normas en las capitales de provincia y en los ayuntamientos de los pueblos, lo que «cuarteaba» la condición generalista de las normas haciendo depender su entrada en vigor de la buena o mala organización de su difusión; finalmente, en quinto y como colofón instrumental de todo ello, se siguió identificando los diferentes instrumentos –*Gaceta/s*, *Colección de Decretos*, *boletines ministeriales*...– con medios de difusión de noticias y no con órganos destinados a la publicación de las normas, cuestión que favoreció una indistinción de publicaciones que se arrastraría a lo largo del siglo.

Una vez identificados los jugadores y repartidas las cartas en el doble momento constitucional doceañista, la partida decimonónica comenzó.

## 2. EL CORAZÓN DEL SISTEMA: ACUSE DE RECIBO Y PUBLICACIÓN FORMAL ENTRE PROGRESISTAS, MODERADOS E, INCLUSO, REVOLUCIONARIOS

Entre 1833 y 1837 se sentaron las bases de un rudimentario sistema de publicación formal de las normas que tuvo como característica principal, aunque no única por supuesto, tener una dimensión provincial. En buena medida, esta última se explica debido a que en 1836 se recuperaron dos –muy– distintos legados que a la postre se revelaron altamente complementarios: en primer lugar, la ya conocida secuencia gaditana (promulgación/publicación-lectura

pública/vigencia provincial), que respondía punto por punto a la lógica constitucional; en segundo, un instrumento fernandino, que si a algo respondía era a lógica de una Administración que comenzaba a vislumbrarse: los Boletines Oficiales de las Provincias.

La «solución» a la que se llegó mezclando ambos legados ya apuntaba desde la muerte de Fernando VII, como bien puede extraerse de la lectura de esta significativa disposición: «Dispondrán los Gobernadores asimismo que se realice la publicación del Estatuto Real, convocatoria á Cortes y RD de elecciones en los demás pueblos de la provincia por medio de los Boletines Oficiales»<sup>32</sup>. De este texto podría desprenderse que a las alturas de 1834 por promulgación-publicación se entendía ya inserción en un instrumento periódico de naturaleza provincial; sin embargo, el artículo 2 de la misma disposición rompe el espejismo creado en su artículo 6: «El acto de promulgación se verificará con todas las formalidades acostumbradas hasta ahora en la de las leyes del Reino, leyéndose íntegramente los artículos del Estatuto Real y la convocatoria a Cortes por los Secretarios de los Ayuntamientos». Como ya he afirmado, la identificación de la promulgación-publicación con la lectura pública se quebró en 1836-1837, aun cuando el cambio de sentido no respondió a una reflexión que tuviera por objeto la adecuación de la publicidad normativa a los nuevos tiempos, sino que muy por el contrario fue el resultado de una acumulación de «soluciones» elaboradas en respuesta a una serie de problemas particulares y, en buena medida, inconexos.

Ya de entrada debe advertirse que los instrumentos utilizados para obrar la implantación de un sistema de publicidad formal, esto es, los Boletines Oficiales de las provincias, se habían creado sirviendo a un objetivo que poco o nada tenía que ver con la publicidad normativa. Los Boletines habían sido mandados crear mediante una circular de 27 de Abril de 1833 enviada a las diferentes autoridades en la que se daba cuenta de una Real Orden publicada en el Consejo Real siete días antes. En ella se estableció que en cada capital de provincia debía crearse, con objeto de suprimir el gasto de las veredas, «(...) un Diario o Boletín periódico, en que se inserten todas las órdenes disposiciones y prevenciones que tengan que hacerse á las justicias y ayuntamientos de los pueblos por cualquier autoridad»<sup>33</sup>. Sin duda, la creación de los Boletines suponía una auténtica revolución en el complejo mundo de la circulación de disposiciones y del funcionamiento institucional del aparato de gobierno, debido, entre otras cosas, a que objetivo fundamental de la misma fue el hacer desaparecer no sólo el gasto económico, sino también el famoso acuse de recibo por parte de las diferentes autoridades, no obstante lo cual en ningún momento se pensó que los Boletines debían ser instrumentos destinados a hacer efectiva la publicación de las normas. Los Boletines se concibieron como instrumentos racionalizadores de las técnicas de gobierno por cuanto que ahorraban costes y concentraban en las máximas autoridades provinciales la circulación de las disposiciones; en definitiva, eran instrumentos de administración y no precisamente de ley.

<sup>32</sup> RO de 24 de Mayo de 1834 (extraída del *Diario de la Administración*).

<sup>33</sup> AHN, Consejos Suprimidos, leg. 3.931, exp. 13.

Así estaban las cosas cuando en 1836 se recuperó el tracto constitucional. En este nuevo contexto político se promulgaron una serie de disposiciones sobre la publicidad y publicación cuyo conjunto, en apariencia contradictorio, constituyó un nuevo marco normativo que pervivirá hasta 1851. Por Real Orden Circular de 22 de Septiembre se dispuso que los Reales Decretos, órdenes e instrucciones debían entenderse obligatorios desde su publicación en la Gaceta, mas como quiera que esta norma sólo se refería a disposiciones del Ejecutivo, además de contravenir la «provincialista» herencia gaditana, no debe resultar extraño que los operadores jurídicos pidieran de nuevo explicaciones o aclaraciones a las Cortes. El Tribunal Supremo remitió una consulta preguntando cuándo se debía entender que las normas entraban en vigor a los efectos de resolver un recurso de injusticia notoria<sup>34</sup>, consulta que fue respondida por la comisión de legislación de la siguiente manera: «Las leyes y disposiciones generales del Gobierno son obligatorias para cada capital de provincia desde que se publican oficialmente en ella, y desde cuatro días después para los pueblos de la misma provincia»<sup>35</sup>. El proyecto de ley presentado por la comisión fue aprobado sin discusión.

No me embarcaré en hacer aquí un examen exhaustivo de una serie de disposiciones que volvieron una y otra vez a tratar del tema, limitándome a identificar la problemática que yace bajo las mismas: si bien de un lado se consolidó una rudimentaria publicación formal de ámbito provincial utilizando para ello el instrumento de los Boletines, de otro el problema del acuse de recibo seguía existiendo puesto que los «empleados públicos» se resistían a sentirse vinculados por las normas a no ser que recibieran personalmente las disposiciones que regulaban su actividad. Esta última, y no otra, fue la causa que movió la redacción de muchas disposiciones que, como la de 1836, parecen contradecir el espíritu provincialista de la Ley de 1837. Las normas, en definitiva, entraban en vigor cuando se insertaban en los Boletines provinciales siendo así que este ¿sistema?, estuvo vigente hasta la entrada en vigor del Código Civil, como bien se desprende del siguiente texto: «Nada decide el Código sobre la inserción de las leyes en los boletines oficiales de las provincias. Pasa desapercibido el hecho, como si el hecho no hubiera de ser necesario como lo ha sido hasta ahora, conforme a las disposiciones de la Ley de 28 de Noviembre de 1837»<sup>36</sup>.

Hasta 1851 se acumularon disposiciones y problemas, entre los cuales cabe citar la publicación de numerosos diarios o periódicos que circulaban normativa de los diferentes Ministerios, así como los diferentes intentos oficiales y privados de editar recopilaciones de normas entre los cuáles, cómo no, cabe destacar la esperada creación de la Colección legislativa que sin embargo tanto frustró a los contemporáneos interesados por la cuestión. Si los presento como «problemas» es porque la acumulación de instrumentos no ayudó nada a la

<sup>34</sup> ACD. SG. Leg. 20, exp. 15.

<sup>35</sup> Real Decreto de 3 de noviembre de 1837. El texto impreso en ACD. SI. Leg. 30, exp. 32.

<sup>36</sup> *Código Civil español, ilustrado con notas, referencias, concordancias, motivos y comentarios*, por M. FALCÓN, con un estudio crítico de V. ROMERO Y GIRÓN, Madrid, 1888, t. I, pp. 22-23.



formalización de principios generales, sino simplemente a identificar publicación con simple publicidad entendida en términos vulgares, en definitiva, no técnicos. Compruébese esta afirmación en las palabras de un buen jurista: «La publicación oficial de las leyes y disposiciones del Gobierno se hace hoy por medio de la Gaceta, de los Boletines oficiales de las provincias, de los tomos de decretos, y de varias colecciones, como el Boletín oficial de instrucción pública, de caminos y de minas»<sup>37</sup>. Así pues, el principio de publicidad y, por tanto, el instituto de la publicación de las normas se diluyó en una serie de consideraciones materiales que si con algo tuvieron que ver fue con el «acceso» al conocimiento de las disposiciones, ya que no se puede entender de otra manera esa secuencia derivada de la anterior opinión según la cual las «leyes y disposiciones del gobierno» se publicaban, ¿entrando en vigor?, mediante su inclusión en tomos o colecciones que circulaban normativa.

### 3. LA IMPOSIBLE REFORMA: EL DOBLE FRACASO DE 1851

«Las leyes sólo son obligatorias y surten efectos desde el día que en ellas mismas se designe; y en su defecto lo surtirán en la Península a los diez días siguientes al de su inserción en la Gaceta Oficial del Gobierno, en las Islas Baleares a los veinte y en las Canarias a los treinta»<sup>38</sup>.

Este artículo cancelaba la concepción provincialista de la publicación formal de las normas. De haberse promulgado y publicado en 1851, el Código Civil hubiera derogado toda la normativa a lo largo de la primera mitad de siglo, anulando el papel de los Boletines y convirtiendo a la Gaceta en el único y suficiente órgano de publicación de las normas cuya inserción en aquella determinaba el momento de su entrada en vigor. Su fracaso impidió la configuración de principios generales, dejando libre el camino a la ya conocida práctica hispánica de la reglamentación parcial, desordenada, contradictoria y oscura de la publicidad normativa, la cual se consolidó en una famosa norma que lleva la misma fecha que la que asistió al fracaso del Código: el Real Decreto de 9 de Marzo de 1821. Con él se agotan los «grandes textos» normativos destinados a la publicación de las normas, puesto que desde entonces hasta 1889 no hay disposiciones comparables a las citadas hasta aquí.

El Real Decreto de 1851 reflejaba una concepción de la publicidad que se correspondía punto por punto con la particular versión del régimen constitucional mantenida por el gabinete de Bravo Murillo, la cual se concretó en el famoso proyecto de reforma de la Constitución por entonces vigente. Del mismo importa sólo a nuestros efectos la pretensión de sustituir la publicidad política por la administrativa, que traducida significó la proscripción de la publicidad de los debates parlamentarios y su «sustitución» por una transparencia informativa de las decisiones del poder afianzada supuestamente por el Real Decreto.

<sup>37</sup> M. ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Biblioteca Judicial*, Madrid, 1848, t. I., pp. 1-2.

<sup>38</sup> Art. 1 del Proyecto de Código Civil.

Como es sabido, la reforma se frustró, arrastrando en su caída al propio Bravo Murillo, pero no por ello se derogó el Real Decreto.

No obstante, esta norma no había alterado el sistema provincialista puesto que su objetivo fue otro bien conocido para el lector de estas páginas, a saber, acabar de una vez por todas con el acuse de recibo. Se dice con claridad en el artículo segundo:

«Las disposiciones generales que se publiquen en la Gaceta no se comunicaran particularmente. Con sólo la inserción en ella de las expresadas disposiciones será obligatorio su cumplimiento para los tribunales, para todas las Autoridades civiles, militares y eclesiásticas en cuanto dependan de los respectivos Ministerios, y para los demás funcionarios.»

El termino inserción no aclaraba nada sobre el plazo de entrada en vigor de las normas; es más, ni siquiera reconocía que el problema existiese. El Real Decreto de 1851, considerado por tantos como el inequívoco precedente del Código Civil, pensó sólo en administración, no en ciudadanía. La Gaceta no era un órgano destinado a publicar las leyes y disposiciones generales que posibilitaba su misma existencia y determinaba su entrada en vigor, sino un moderno instrumento que sustituía a escala nacional la comunicación jerárquica e individualizada propia del mundo antiguo. A pesar de ser administrativa, esta lógica sustitutoria dejaba una puerta abierta al extrañamiento de la publicación provincial; del texto del cincuenta y uno se podían extraer argumentos para entender transformada la naturaleza de los Boletines, sin embargo, el Real Decreto no derogó la ley de 1837 convirtiendo en nacional la dimensión provincial de la publicidad normativa. Ausente el Código, el Real Decreto no pudo llenar el vacío creado, aunque consolidara una tendencia que arrojó importantes consecuencias: al incidir en la centralización de la información normativa, quiso cerrar la puerta a la comprensión de la publicación como ceremonia pública, a la circulación jerárquica de las disposiciones y a la publicación provincial, aunque sólo lo hiciera en términos muy débiles.

### III. **HISTORICISMO Y NORMATIVIDAD. CARACTERES BÁSICOS DEL ORDEN NORMATIVO ESPAÑOL**

#### 1. **CULTIVANDO LA DESPREOCUPACIÓN: LA PUBLICIDAD NORMATIVA SEGÚN LEGISLADORES, JUECES Y JURISTAS**

Entre 1851 y 1889 la publicidad normativa no fue cuestión que interesase en exceso a legisladores, jueces y juristas. Esta despreocupación no fue un fiel reflejo de la inexistencia de problemas, puesto que muchos ciudadanos, sobre todos quienes se vieron obligados a litigar en defensa de sus intereses, sufrieron las consecuencias de la situación no resuelta en 1851. Que el asunto no era

precisamente desconocido por los poderes públicos nos lo demuestran las palabras pronunciadas por el Ministro de Justicia, Antonio Romero Muñoz, quien en las Cortes de 1869 presentó la exposición de motivos correspondiente al «Proyecto de Ley del Libro primero del Código Civil» de la que proceden las siguientes palabras:

«Gran divergencia se notaba entre los jurisconsultos al tratar del momento en que las leyes principiaban á tener fuerza obligatoria en España. Asunto de tanta transcendencia no podía continuar en este estado cuando grandes y cuantiosos intereses pueden comprometerse con semejante vaguedad; y de aquí que se determine con precisión en el proyecto cuándo empiezan a ser ejecutorias las leyes, y en su consecuencia la forma de promulgarse las reglas que deben tenerse presentes para su aplicación y para saber cuándo pierden su eficacia»<sup>39</sup>.

El proyecto no cuajó ni en todo ni en parte, lo que nos demuestra una vez más que ni siquiera en un momento de indiscutible ebullición política, como fue el inaugurado por la Revolución del Septiembre, los reformadores incluyeron en su agenda la resolución de un problema que sin embargo habían identificado con tanta claridad. Jueces y tribunales demostraron una similar o idéntica (des)preocupación, a pesar de que su oficio les abocaba de forma natural a tratar de la cuestión; un análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos demuestra que su labor fue no sólo escuálida en comparación con la desarrollada por instituciones semejantes fuera de nuestras fronteras, sino que además contribuyó a aumentar la confusión ya existente puesto que incidió en la senda ya marcada en el Trienio, a saber: la diferenciación del régimen de publicación de las normas haciéndolo depender de clasificaciones de claro sabor escolástico<sup>40</sup>. Finalmente, tampoco los juristas dedicaron mucho esfuerzo a tratar la publicidad normativa, a pesar de que entre ellos siempre hubo quien se quejara amargamente de la situación en la que se encontraba lo que genéricamente podemos denominar «acceso al conocimiento de las normas».

Este atronador silencio no puede pasar desapercibido a un observador actual, que se cuestiona cómo pudo sostenerse durante tanto tiempo un, llamémosle así, orden jurídico, que se supone estuvo esencialmente compuesto por normas, sin dar una solución –moderna– a la problemática de su publicación. Ahora bien, lo que hasta aquí se ha hecho es un elenco de cuestiones

<sup>39</sup> El texto del proyecto en J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Civil*, Madrid, t. II, p. 500.

<sup>40</sup> Como simple ejemplo, cfr. la siguiente –y sorprendente– doctrina: «Si bien establecen que las disposiciones legislativas y del gobierno son obligatorias desde que se publican en cada capital de provincia, y cuatro días después para los pueblos de la misma, se entiende respecto de las preceptivas ó que exigen cumplimiento de algún mandato, y no de las que declaran ó definen un derecho, puesto que en éstas ha de atenderse á la fecha de su publicación en la Gaceta (...)». La recoge P. SÁENZ HERMÚA Y ESPINOSA, *Diccionario recopilador de los puntos de derecho resueltos en sentencias del Tribunal Supremo desde 1838 hasta fin de Diciembre de 1881*, Madrid, 1873, t. I, p. 181.

sobre la publicidad normativa cuyo conjunto conforma un cuadro de «deficiencias» replegado en sí mismo y, por ello, independiente de las normas a las que se supone sirvió en su momento, cuando tales deficiencias no fueron sino un simple reflejo de la naturaleza del orden normativo decimonónico español. Éste, sin duda, respondió más a tradición que a novedad revolucionaria, ésa que siempre solemos identificar con la obra francesa, por lo que no necesitó dotarse de instrumentos similares a los galos: así pues, y en mi opinión, en la distinta naturaleza del uno y la otra se encuentra la raíz de la comprensión española del principio de publicidad normativa.

## 2. LEYES Y CÓDIGOS: DE LA «VOLONTÉ GÉNÉRALE» A LA «LEYENDA EN QUE YACE ENSEÑAMIENTO (...)»

La historiografía jurídica ha venido identificando el siglo XIX con el siglo de las Constituciones y de los Códigos. Si dejamos a un lado los estudios de sobre la problemática constitucional, puede afirmarse que los expertos han vinculado en exceso la historia del derecho del Ochocientos español al seguimiento de los trabajos realizados por los diferentes autores o grupos a quienes se encargó la reforma de la legislación, destacando sobre todo el protagonismo de las comisiones generales de codificación. Así visto, el siglo se presenta como una mezcla de declaraciones de deseos cuya consecución se dilató en el tiempo, una presentación que ha sido reproducida en la manualística iushistórica durante mucho tiempo. Sin embargo, los discursos sobre la «lentitud de la Codificación en España», que por regla general localizan y analizan los diferentes obstáculos a la misma, no suelen reparar en una primera y necesaria premisa, a saber: si los Códigos no son ni más –ni menos– que una Ley, deberíamos tratar primero de contextualizar el significado del término porque ¿estamos seguros de saber qué es lo que en España se entendió por ley a lo largo del siglo XIX?

Lo que sí sabemos es que la novedad apuntaba en Francia desde finales del XVIII; por conocida no deja de ser necesaria la referencia: «La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse». En este famoso artículo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano se condensa uno de los cambios de paradigma más significativos de la historia del derecho occidental. Por ley, a partir de entonces, se va a poder entender *exclusivamente* el resultado de una decisión adoptada por una Asamblea de representantes elegidos por *todos* los ciudadanos; al mismo tiempo, a dicha decisión parlamentaria se le atribuirán una serie de caracteres de entre los que destacan su necesaria generalidad, su poder derogatorio y su siempre exigible publicidad. La ley, hecha por los representantes de todos, debía ser aplicable a todos y conocida por todos, sin que cupiese posibilidad alguna de paralizar su vigencia mediante la alegación de privilegios personales o territoriales.

Pocos ejemplos ilustran mejor lo afirmado que la famosa Ley de 30 de Ventoso del año XII (21 de Marzo de 1804), cuya entrada en vigor significó la abrogación de todas las «leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales o locales, los estatutos y los reglamentos» en todas las materias tratadas por el nuevo Código Civil. Atravesada la barrera que ante el pasado levantó la Revolución francesa<sup>41</sup>, la ley ya no podía ser identificada con cuerpos jurídicos de Emperadores orientales y Papas occidentales, ni con colecciones o recopilaciones de privilegios estamentales o corporativos, ni con decisiones adoptadas en el pasado por diversos titulares del poder político, ni, por supuesto, con jurisprudencia de autores que daba sentido a todo el conjunto<sup>42</sup>. La propia idea de positivación de un orden indisponible que había legitimado hasta 1789 buena parte de lo que desde hoy podemos considerar como actividad normativa constituía el negativo de la nueva –y violenta– percepción revolucionaria<sup>43</sup>: como bien dijo Sieyes antes y después de la reunión de los Estados Generales convertidos en Asamblea, la voluntad general no podía entenderse limitada por la historia.

Son bien conocidas las quebras de ese «todos» revolucionario al que he hecho referencia líneas arriba, puesto que en él no habían tenido cabida mujeres, sirvientes domésticos o pueblos culturalmente ajenos, aunque no por ello menos sometidos, el cual, además, contaba además con la limitada participación del Rey en la aprobación de las leyes mediante el veto. A todo ello habría que sumar que a lo largo del siglo XIX se ampliaría la participación regia y, sobre todo, que el contenido del término voluntad general se hará más y más virtual debido a la introducción del sufragio censitario y de la explosión y expansión de un brutal colonialismo, lo que contribuyó a situar una inmensa parte de la humanidad fuera de los términos en los que se expresó la primitiva Declaración que reconocía derechos a los individuos y separaba poderes en orden a garantizarlos<sup>44</sup>. Pero no es el análisis de la legitimación democrática de la ley decimonónica entendida como expresión de la voluntad general lo que importa aquí, sino sólo el correspondiente a su dimensión *formal*. Fuera cual fuera la identificación de los sujetos como tales, la amplitud del sufragio y la participación de Reyes, Emperadores o simples ministros en el proceso legislativo, la comprensión del concepto «voluntad general» en términos virtuales permitió que por ley se pudiera entender «decisión parlamentaria de alcance general», no debiéndonos extrañar que muchos años después de 1789 uno de los mejores publicistas franceses retomara la expresión de la Declaración en una famosísima obra para hablarnos de la ley y de su régimen<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Que sin embargo no consiguió codificar: cfr. J. L. HALPERIN, *L'impossible Code Civil*, París, 1992.

<sup>42</sup> Sobre luces y sombras, cfr. J. L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996.

<sup>43</sup> P. CARONI, *Lecciones catalanas sobre la historia de la Codificación*, Madrid, 1996.

<sup>44</sup> B. CLAVERO, *El Orden de los Poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, 2007.

<sup>45</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expresión de la volonté générale*, 1930 (ed. fotostática de G. Burdeau, París, 1984).

Todas las Constituciones decimonónicas, incluyendo las Cartas otorgadas, definieron sus particulares opciones políticas fijando las reglas del procedimiento legislativo; sin negar la relevancia de esta normativa constitucional, ésta nos dice bien poco sobre *el* proceso y grado de interiorización que del concepto de ley formal se operara en el seno de la cultura política-jurídica, la cual alcanzaría a principios del siglo pasado en discursos como el de Carré de Malberg su expresión más rotunda cuando afirmó que la fuerza de la ley derivaba directamente de su origen y respondía en exclusiva a causas formales ya que ellas «(...) proviennent de la supériorité propre à la volonté de l'organe législatif statuant législativement»<sup>46</sup>. Así pues, los vaivenes constitucionales galos no impidieron que en Francia triunfara el concepto formal de ley; muy distinta será sin embargo la historia de la percepción española, aun cuando de ello no puede responsabilizarse ni a su atormentada historia constitucional comparable con la francesa, ni menos todavía a la lentitud de la codificación; es más, podría incluso afirmarse que la incapacidad de asumir el nuevo concepto de ley nacido de experiencia revolucionaria francesa colaboró no poco en el retraso de la misma.

Porque, en efecto, resulta prácticamente imposible localizar en las obras de los más significativos juriconsultos decimonónicos una definición formal de ley. Una y otra vez los diferentes autores definieron la ley sin hacer alusión alguna al órgano que debía aprobarla según las diferentes Constituciones vigentes, limitándose a remitir y reproducir un famoso pasaje de las Partidas; así, por ejemplo, J. Sala sostenía en su obra que por ley, en castellano, debía entenderse: «Leyenda en que yace enseñamiento e castigo, he escrito, que liga e apremia la vida del hombre que no faga mal, e muestra e enseña el bien que el hombre debe facer e usar»<sup>47</sup>. Aun cuando la explicación de textos como éste podría atribuirse a la inercia, un tanto inconstitucional pero, en definitiva, reflejo de una sociedad y de un país resistente al cambio, la persistencia de concepciones antiguas que monopolizó la cultura española a lo largo de todo el Ochocientos resulta sorprendente. Incluso los más renovadores juristas españoles se mantuvieron en un único contexto discursivo dominado por la tradición, una tradición que entendía, por ejemplo, que el derecho civil «(...) era preexistente ó anterior á los Códigos»<sup>48</sup>.

Frente a la ley entendida como expresión de la voluntad general, nuestros autores defendieron la concepción alfonsina, propia de un mundo y de una cultura demasiado lejanos y, más que eso, refractarios a la política del derecho que se supone debía corresponder al Estado liberal puesto que de todos es sabido que el monopolio de la creación de la ley no entraba precisamente en la agenda del Rey Sabio<sup>49</sup>. No obstante, el profundo historicismo del que hicie-

<sup>46</sup> R. CARRÉ DE MARLBERG, *Contribution a la théorie générale de l'État*, Paris 1920, t. I. p. 371.

<sup>47</sup> J. SALA, *El Derecho Real de España*, Madrid MDCCCXX, p. 4.

<sup>48</sup> M. COLMEIRO, *Derecho Administrativo Español*, Madrid, s.d., I, p. 29.

<sup>49</sup> J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa, 1250-1350*, Madrid, 1992.

ron gala los juristas decimonónicos no sirvió para convertirlos en una versión española de la famosa Escuela Histórica alemana<sup>50</sup>, ya que la mayoría se limitó a cultivar una particular suerte de *ius commune* epigonal no identificable precisamente con una renovadora reflexión científica sobre el derecho<sup>51</sup>. Dado el marco, no nos debe extrañar que a lo largo del siglo XIX por Código se entendiesen no sólo las Partidas, sino la «Nueva y Novísima Recopilación, los Usatges y altres drets de Catalunya, el Código de las costumbres de Tortosa, los Fueros y Observancias aragoneses o la Novísima Recopilación de Navarra». No soy yo quien hago la equivalencia sino J. M. Antequera, quien casi a finales de siglo no era todavía capaz de diferenciar los Códigos bávaros, austriacos y prusianos del Setecientos de la obra codificadora napoleónica<sup>52</sup>, a pesar de que –aparentemente– manejaba la dicotomía codificación antigua/moderna<sup>53</sup>.

En resumidas cuentas, y aún rigiendo Constituciones que deseaban Códigos, a las alturas de la promulgación del Código Civil todos o casi todos los operadores jurídicos seguían manteniendo una comprensión historicista del término ley y, consecuentemente, del propio Código. Las consecuencias jurídicas de esta *apuesta política* no se le pueden escapar a nadie, ya que si la historia pudo ser entendida como una fuente inagotable de disposiciones de todo tipo potencialmente vigentes, el problema estaba servido porque ¿cuáles –de entre ellas– estaban vigentes?, y, por tanto, ¿qué leyes o Códigos, procedentes de cualquier tiempo pasado, debían aplicarse?

### 3. LA BÚSQUEDA DE LA LEY COMO SINÓNIMO DE INTERPRETACIÓN: EL DRAMA DIARIO DEL JURISTA ESPAÑOL

«Nuestro objeto en este artículo es solamente indicar, porque otra cosa no es posible, el orden de prelación en la aplicación de las leyes y de las diversas compilaciones legales. Estas son muchas (...) las leyes no recopiladas o posteriores a la Novísima Recopilación (...) la Novísima Recopilación (...) El Fuero Juzgo, el Fuero Real y los Fueros Municipales (...) Las Partidas (...) el Código Penal de 1848, el Código de Comercio de 1829; la ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830 y las no pocas leyes novísimas que se registran en los 96 tomos de la Colección legislativa (...) y el derecho canónico, y el derecho militar y el derecho colonial (...)»<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> B. CLAVERO, «La gran dificultad. Frustración de una ciencia del derecho en la España del siglo XIX», en *Ius Commune*, XII (1977), pp. 91-115.

<sup>51</sup> O. JOANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1874): Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, París, 2005.

<sup>52</sup> G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976.

<sup>53</sup> J. M. ANTEQUERA, *La Codificación moderna en España*, Madrid 1886.

<sup>54</sup> M. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Biblioteca de Juzgados de paz y Diccionario Manual de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid 1865, pp. 260-261.

Estas son las desconsoladas palabras con las que el gran compilador del siglo, M. Martínez Alcubilla, describía el estado de la legislación española<sup>55</sup>. A lo largo de todo el Ochocientos, la tarea fundamental de juristas y jueces no fue interpretar sino encontrar la norma aplicable al caso que les ocupara entre un magma de disposiciones procedentes de todo tiempo y lugar. Que ésta y no otra era la situación nos lo demuestran no sólo las reflexiones de Alcubilla, sino el más ligero análisis del discurso oficial; en la misma normativa se reconoció que la legislación española se encontraba «esparcida en multitud de Códigos de diferentes épocas, en los diversos fueros de que son supletorios en algunos casos las legislaciones Romana y Canónica, en los numerosos volúmenes de la Colección legislativa y en las leyes especiales que contienen las últimas reformas (...)»<sup>56</sup>. No debe sorprender, pues, que los operadores jurídicos identificaran su labor con la búsqueda de normas y la justificación de su vigencia.

Claro está que este tipo de operaciones tenía un calado jurisprudencial muy limitado, por cuanto se circunscribían esencialmente al siempre deficiente manejo de la problemática de la derogación. Como dijera Ortiz de Zárate: «He aquí una buena prueba para convencernos (...) del estado lastimoso de nuestra legislación, y de la necesidad de unos buenos Códigos que la saquen del caos en que la sepultaron nuestros antecesores con la perniciosa costumbre de dejar en vigor y fuerza los Códigos antiguos, no obstante la publicación de nuevos (...)»<sup>57</sup>. Esta trabajosa tarea, sin embargo, no disgustaba a muchos, como por ejemplo a un aplicado S. Herrero que se expresaba así pocos años antes de la entrada en vigor del Código Civil: «Insertamos á continuación la célebre ley 21, 2 de la Partida primera, que algunos creen vigente fundándose en que por ninguna otra ha sido expresamente derogada; y que nosotros creemos que lo está por el espíritu de la legislación moderna»<sup>58</sup>.

Consecuentemente, la incerteza caracterizó como ninguna otra cosa la vida jurídica del Ochocientos español. Como quiera que a diferencia de lo ocurrido en Francia en ningún momento se entendió derogado en todo o en parte el legado normativo del Antiguo Régimen, la acumulación alcanzó proporciones gigantescas. Cierto es que siempre se entendió que la norma posterior derogaba la anterior, pero a aquella ya de por sí inmanejable herencia se le fueron añadiendo multitud de otras piezas –normativas– procedentes de los diferentes periodos constitucionales, las cuales aparecían y desaparecían del horizonte a impulsos de los cambios políticos. Y afirmo que se fueron añadiendo porque poco importaba cuál fuera la procedencia y cronología de los añadidos, ya que a todos los textos, antiguos o modernos, se les concedió un mismo o similar

<sup>55</sup> M. LORENTE, «Marcelo Martínez Alcubilla y el orden de prelación de fuentes en el Ochocientos español», en *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano* (en prensa).

<sup>56</sup> Real Decreto de 6 de Octubre de 1885, creando una biblioteca de Códigos y textos legales en cada una de las Audiencias territoriales y de lo criminal de la Península e Islas Adyacentes que en la actualidad carecen de esta institución. *Colección Legislativa*, t. CXXXV (1886).

<sup>57</sup> *Análisis histórico-crítico de la legislación española*, Vitoria, 1844, t. I, p. 115.

<sup>58</sup> S. HERRERO, *El Código Civil español. Recopilación metódica de las disposiciones vigentes anotadas con arreglo á la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valladolid 1872, p. 4.



valor. No encuentro mejor ejemplo de lo afirmado que el abuso que los diferentes parlamentos hicieron de una extraña técnica legislativa en virtud de la cual se vivificaba la vigencia de normas anteriores derogadas o simplemente olvidadas, llegándose a dar el caso de revitalizar muchas disposiciones recopiladas. Un inmenso depósito de textos se mantuvo en un estado de vigencia latente a lo largo de todo el Ochocientos, dispuesto a *revitalizarse* en cualquier momento de la mano tanto de la decisión política cuanto de la interpretación jurídica de naturaleza historicista.

Así las cosas, jueces y juristas se vieron obligados a tratar de *ordenar* ese inmenso conjunto de textos estableciendo una jerarquía entre ellos, ya que las normas que lo componían eran lógicamente contradictorias. Negado el valor normativo de los textos constitucionales y a falta de mecanismos nomofilácticos derivados de la asunción de un nuevo concepto de ley<sup>59</sup>, el instrumento jerarquizador utilizado por unos y otros fue el procedente de una fantástica desvirtuación histórica, a saber: la conversión en orden de prelación de fuentes lo que había sido el orden de prelación de jurisdicciones contenido en el Ordenamiento de Alcalá de 1348<sup>60</sup>. Éste devenía inservible por completo en un mundo en el que se entendió que el Estado monopolizaba la producción normativa y que, en consecuencia, debía jerarquizarla; sin embargo, no lo hizo, alentando así la existencia de ejercicios doctrinales como el siguiente:

«Debemos advertir, en conclusión, que el novísimo Código (se refiere a la Constitución de 1812) no derogó ni anuló los anteriores; muy lejos de eso, los dejó subsistentes la ley 3ª, título II, del libro III, al tenor de la cual deberán hoy observarse y respetarse en primer término las leyes posteriores a la Novísima Recopilación (...) después el Fuero Real y los Fueros municipales, á los que sin duda deberá agregarse el Fuero Juzgo; y en último término y como supletorias, las Leyes de Partida (...)»<sup>61</sup>.

Además de lo que pueda inferirse de lamentos como los de Martínez Alcuibilla, la jurisprudencia de los tribunales nos demuestra la extensión y magnitud del problema. El Tribunal Supremo se hartó de recordar una y otra vez no sólo que una norma posterior derogaba a la anterior, sino que un Real Decreto o una Real Orden no podía derogar una ley, lo que nos demuestra que resultaba ser práctica habitual hacer lo contrario. El orden normativo decimonónico no puede comprenderse atendiendo a cronologías y menos a tipologías, ya que éstas significaron bien poco; propongo por ello una calificación más adecuada, a saber: el orden, que no sistema, normativo decimonónico fue esencialmente historicista en su legitimación, indeterminado en sus confines y absolutamente plano en su configuración, por lo que la búsqueda de la norma y la justificación

<sup>59</sup> Como la motivación de sentencias y el instituto de la casación. Vid. C. GARRIGA, M. LORENTE, «El Juez y la Ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, 1 (1997), pp. 97-142.

<sup>60</sup> J. VALLEJO, «Leyes y jurisdicciones en el Ordenamiento de Alcalá», en F. WALTMAN y P. MARTÍNEZ DE LA VEGA MANSILLA (eds.), *Textos y concordancias del Ordenamiento de Alcalá*, Madison, 1994, pp. 1-19.

<sup>61</sup> J. M. Antequera, *Historia de la legislación*, cit. p. 422.

de su vigencia en términos históricos resultaron ser la primeras, y muchas veces casi únicas, actividades científicas e interpretativas asumidas y desarrolladas por juristas y jueces.

Ausente un nuevo concepto de ley, el XIX español se recreó en su historia jurídica, como bien lo expresó un contemporáneo crítico:

«Sabido es que es imposible que los tribunales y jueces administren justicia sin que tengan á mano todos los Códigos de España, y los numerosos tomos de decretos que se publican anualmente. Es sin embargo indubitable que serán poquísimos los jueces que posean tan estensa y costosa colección de leyes. Nosotros, que por nuestra profesión hemos conocido muchos jueces, hemos observado con la mayor tristura que generalmente tienen estos en sus estantes tan sólo las Siete Partidas y la Nóvisima Recopilación. Jueces hay que carecen de todos los Códigos, y se gobiernan por la *Ilustración del Derecho Real de España* de Don Juan Sala y por algunos otros comentaristas o institutistas. Así es que cuando se citan en un pleito leyes del Fuero Juzgo, Ordenamiento de Alcalá ú otros Códigos antiguos, o algún decreto moderno, se buscan estos recorriendo los estudios de los abogados más curiosos»<sup>62</sup>.

#### IV. RECAPITULACIÓN

La historiografía jurídica ha circunscrito la historia de la publicidad normativa a dos grupos distintos de problemas, ambos vinculados a una supuesta *influencia francesa*. Se nos dice, de un lado, que las confusas relaciones existentes entre la promulgación y la publicación de las normas provienen de la asunción de categorías galas y, de otro, que la dicotomía progresiva/simultanea que afecta a la determinación de entrada en vigor de las normas también tiene su origen en el Código napoleónico. Quien me haya seguido hasta aquí podrá imaginar que estas cuestiones poco tienen que ver con la contextualización de la historia de la publicidad normativa española, relacionadas como están con una muy determinada forma de *ver* lo que es una ley en unos términos que no se ajustan precisamente a los decimonónicos españoles. Porque, en efecto, los problemas puestos de relieve por la historia de la publicidad normativa se corresponden casi exactamente con los caracteres básicos del orden normativo decimonónico, los cuales, a su vez, dan cuenta de la naturaleza de ese aparato político que lo sostuvo a lo largo del siglo.

Así, las dificultades creadas por esa fundamentación historicista que agigantaba el volumen de la normativa impidiendo jerarquizarla se corresponden punto por punto con el débil diseño de los instrumentos utilizados para hacerla accesible. El más ligero análisis de los órganos de publicación, los Boletines, nos demuestra que la mayoría de las veces las leyes no se insertaban en ellos, o lo hacían parcialmente y, sobre todo, que las fechas de publicación

<sup>62</sup> R. ORTIZ DE ZÁRATE, *Boletín Jurídico*, Burgos, 1853 (núm, 9, 3 de marzo de 1883), pp. 71-72.

nunca coincidieron. Si a todo ello sumamos que las empresas –privadas– que gestionaban los Boletines quebraban, que no se coordinaban con las diversas instituciones y, sobre todo, las inmensas dificultades que rodearon su circulación, debemos concluir que tanto el acceso al conocimiento de las normas cuanto la determinación de la fecha de entrada en vigor de las mismas fue, cuando menos, aleatorio.

La fundamentación historicista también contribuyó a que los jueces, y en especial el Tribunal Supremo, no se esforzaran en hacer ninguna declaración aplicable a todas las leyes en general, por lo que no resulta extraño comprobar que en ocasiones reclamaban a los particulares la prueba del derecho, cuando, además, ni siquiera el alto Tribunal dispuso de normas básicas para el ejercicio de su función jurisdiccional a lo largo de todo el siglo. Y es que, para hacer justicia, los antiguos cuerpos –normativos y jurisprudenciales– sobaban y bastaban, aun cuando éstos respondieran a una lógica por completo distinta a la que se suponía debía animar la nueva justicia sometida a una ley que no encontraba su sitio, perdida como estaba entre leyes históricas y disposiciones de origen administrativo de todo tipo y condición respecto de las cuales nunca se predicó otra cosa que equivalencia.

Con independencia de que fuera el impulso administrativo y no la norma parlamentaria, el que dominó crecientemente el siglo, el orden de cosas resultaba inmanejable por un poder que pretendía la centralización. Pocas dudas caben respecto que logró consolidar una apariencia, bajo la cual, sin embargo, se escondía ese mundo oligárquico y caciquil que obsesionó a tantos. Un mundo que no sólo se reprodujo al compás de la organización de la(s) contienda(s) electoral(es), puesto que necesitó de espacios propios no vinculados a norma general, fuera ésta la que fuera; en este exacto sentido, la historia de la inconsistencia de un principio nos remite directamente a la calificación de un Estado, cuya debilidad permitió la coexistencia con otros poderes que no estuvieron precisamente ni legitimados, ni definidos, ni contrapesados en los textos constitucionales.

MARTA LORENTE SARIÑENA



# La actividad legislativa en las Cortes de la II República y el Nuevo Estado

## I. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN LAS CORTES DE LA II REPÚBLICA

El dibujo de la tramitación legislativa en la II República se perfila por un camino de naturaleza orgánica, o sea la institucionalización de las Cortes, y constituyente<sup>1</sup>. Y precisamente en este orden lógico, puesto que alumbra primero el decreto de Reglamento Provisional de las Cortes Constituyentes de 11 de julio de 1931<sup>2</sup>, reformado casi de inmediato por un nuevo Reglamento Provisional aprobado en el Palacio del Congreso el 18 de julio<sup>3</sup>, y meses después –consecuencia de su activación– la Constitución de 9 de diciembre de 1931<sup>4</sup>. Provisional empecinado, aquel último reglamento todavía sería derogado tres años más tarde con la aprobación del Reglamento del Congreso de los Diputados de 20 de noviembre de 1934<sup>5</sup>, más extenso y fruto de la acomodación de la pre-

---

<sup>1</sup> Para una valoración de la naturaleza jurídica de los reglamentos de Cortes –actos inmediatamente derivados de la Constitución, disposiciones con rango superior a ley ordinaria, delegación legislativa de origen constitucional, normas en ejercicio de un derecho estatutario o de autonomía de la cámara, actos en dependencia del uso o costumbre parlamentaria...– remito a José Antonio MARAVALL, *Los Reglamentos de las Cámaras Legislativas y el Sistema de Comisiones*, Madrid, 1947, pp. 21-49.

<sup>2</sup> *Gaceta de Madrid*, núm. 193, 12 de julio de 1931, pp. 339-344 (= RPG).

<sup>3</sup> «Reglamento provisional de las Cortes Constituyentes», en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* (= DSCC), apéndice 19 al núm. 3 (= RPC).

<sup>4</sup> *Gaceta de Madrid*, núm. 344, 10 de diciembre de 1931, pp. 1578-1588.

<sup>5</sup> *Reglamento del Congreso de los Diputados (Aprobado el 20 de noviembre de 1934)*, Madrid, sucesores de Rivadeneyra, 1934, pp. 3-112 (= RCD). La Comisión de Reglamento, según

ceptiva al texto constitucional. La Comisión autora designada por la Junta de Diputados había justificado la provisionalidad de su precedente por «la exigüidad de plazo que las circunstancias le imponían» —en definitiva, la puesta en marcha de la Cámara— para señalar después la orientación de su labor: «La Comisión ha seguido, en cuanto le ha sido posible, el proyecto del Gobierno. Se ha separado en algunos puntos fundamentales del mismo para cumplir el primordial deber de salvaguardar la soberanía de las Cortes Constituyentes y el derecho de los Diputados»<sup>6</sup>. Está por ver hasta qué punto la tensión con el Ejecutivo tendría, en efecto, una importancia palpante en lo sucesivo, porque el reglamento definitivo nació precisamente con la pretensión opuesta de evitar obstáculos parlamentarios a la labor del Gobierno, como demostraba con claridad la propulsión del sistema de comisiones<sup>7</sup>.

Bien es cierto que el apuntalamiento del poder ejecutivo en el legislativo podría haber ido más allá. De hecho, el proyecto de Constitución había con-

---

acta de 10 de enero de 1934, estuvo constituida, bajo la presidencia de Besteiro, por Alba, Medina Togores, Serrano Jover, Vidarte, Alonso de Armiño, Vélez, Gil Robles, Rahola, Pascual Leone y Lamamié de Clairac; Besteiro dimite de la presidencia el día 7 de noviembre («la situación política en la que se encontraba, requiere que no se preste a interpretaciones ambiguas, y que para eso consideraba indispensable dejar la Presidencia de la Comisión de Reglamento [...]»). Las actas de las sesiones celebradas por la Comisión de Reglamento (días 19 y 26 de enero, 2, 9 y 23 de febrero, 1, 9, 16, 23 y 26 de marzo, 4, 6, 11, 13, 18, 20, 25 y 27 de abril, 4, 11, 17, 18, 22 y 30 de mayo, 6, 13 y 26 de junio, 7, 8, 14 y 22 de noviembre de 1934) no ofrecen información sobre el contenido de las discusiones (presumiblemente reproducidas, máxime las menos pacíficas, en las jugosas sesiones de la Cámara); en las actas se deja constancia de que el Reglamento está siendo estudiado «sobre la base de la ponencia preparada por la Secretaría de la Cámara», para proceder después a transcribir los artículos tal y como van quedando redactados, anotando entre paréntesis el número del artículo de la Ponencia para facilitar el contraste con el nuevo orden... de manera que hay noticia de exámenes, discusiones, modificaciones, pero sólo aparece el resultado final en forma de artículo (*Archivo del Congreso de los Diputados*, Serie General, legajo 561, número 2).

<sup>6</sup> «Dictamen de la Comisión de las Cortes Constituyentes sobre reforma del Reglamento provisional de las mismas», en DSCC, apéndice 1.º al núm. 3 (= DCC).

<sup>7</sup> Según el diagnóstico del diputado José María Gil Robles que, tras alabar el ejercicio de la presidencia de la Comisión de Reglamento por Julián Besteiro, al sucederle, lloraba la crisis del parlamentarismo y justificaba la nueva reglamentación: «Es absolutamente evidente, Sres. Diputados, que, al amparo de un Reglamento defectuoso y quizá de una práctica parlamentaria viciosa, que no es de ahora, sino de hace mucho tiempo, el uso y el abuso de los resortes reglamentarios ha traído como consecuencia una debilitación de la labor legislativa, con mengua notoria de los intereses fundamentales que nos están encomendados; y, por si eso fuera poco, la labor de fiscalización parlamentaria —una de las bases del sistema— ha dejado de ser aquella intervención obligada de los representantes del país en la esfera ejecutiva del Gobierno, para transformarse en una intromisión continua que paraliza las actividades gubernativas (...) Por eso la directiva fundamental de nuestro trabajo ha sido, señores, en el orden estrictamente legislativo, intensificar la actividad y el trabajo de las Comisiones; limitar, siempre sin perjuicio de la defensa de todos los puntos de vista doctrinales, la discusión en el salón de sesiones; restablecer la disciplina de los grupos, haciendo que las enmiendas y las intervenciones no respondan a criterios individuales —algunas veces quizá caprichosos—, sino a criterios perfectamente definidos de partidos y a orientaciones doctrinales previamente determinadas; por último, en lo que se refiere a la labor de fiscalización parlamentaria, no ahogar ni limitar excesivamente el derecho de los señores Diputados, sino procurar, ante todo y sobre todo, que la fiscalización responda a aquella finalidad fundamental para la cual está constituida en un régimen parlamentario» (*Diario de las Sesiones de Cortes* [= DSC], núm. 119, 9 de noviembre de 1934, pp. 4.657-4.658).

templado la formación de Consejos técnicos a los que, salvo caso de urgencia, tendría el Gobierno que someter todo proyecto de ley antes de su presentación, con la incorporación del informe requerido, al Congreso. En dicho informe, el Consejo técnico podría incluso manifestar la propuesta de una diversa regulación. Pero la intervención de tales órganos en el diseño legislativo guardaba aun potencialmente mayor alcance, pues el Gobierno estaba habilitado para encomendarles la redacción misma de un proyecto de ley<sup>8</sup>, como también –a propuesta del número de diputados exigido para la presentación de una proposición de ley– el Congreso<sup>9</sup>. Cuando el informe del Consejo técnico difería del proyecto de ley del Gobierno, se incorporaba a la Comisión dictaminadora un delegado, con voz<sup>10</sup>. Toda una maquinaria normativa que, tras una intensa discusión política acerca de la tecnocracia como límite del Poder legislativo, fue finalmente suprimida<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Artículo 93 PC: «El Gobierno, salvo en caso de urgencia, deberá someter al examen del Consejo técnico respectivo, toda medida de importancia que afecte a las materias de su competencia, así como todo proyecto de ley, antes de presentarlo a la aprobación del Congreso. / Acompañará al proyecto resentado al Congreso el informe del Consejo, que podrá proponer, si así lo creyere conveniente, una distinta regulación de la materia. / El Gobierno podrá también encomendar a un Consejo técnico la redacción de un proyecto de ley o de un reglamento».

<sup>9</sup> Artículo 94, párrafo primero, PC: «El Congreso, a propuesta del número de Diputados exigido para presentar una proposición de ley, podrá encomendar a un Consejo técnico la preparación de una determinada ley, que servirá de base a los trabajos de la Comisión parlamentaria correspondiente».

<sup>10</sup> Artículo 94, párrafo segundo, PC: «En este caso, como en el del artículo anterior, cuando el informe del Consejo técnico se aparte del proyecto del Gobierno, será oído por la Comisión un delegado de dicho Consejo».

<sup>11</sup> Sobre el título VII, «Consejos técnicos», del PC, hubo un debate de totalidad a propuesta de Luis Jiménez de Asúa. Mariano Ruiz Funes, que había propuesto en voto particular de 4 de noviembre de 1931 el cambio de denominación del título por «Consejo de Estado y Consejos técnicos» (DSCC, apéndice 2.º al núm. 68), defendió el Consejo de Estado «como el Consejo técnico supremo de la Administración pública o como un organismo distinto de los Consejos técnicos». Alomar y Xiráu habían firmado el 21 de agosto un voto particular (DSCC, apéndice 12 al núm. 25) de acuerdo con el cual el primero defendió en el Congreso la supresión del título: «la democracia tiene, en suma, dos grandes enemigos, que son las formas de que se vale para combatirla la reacción. Esos dos enemigos son, precisamente, el corporativismo y la tecnocracia». (...) Los únicos técnicos de la política, en realidad, son los políticos. En cuanto a los otros técnicos, nosotros no los admitimos más que como rodajes vulgares de la burocracia, carentes en general de sensibilidad política y propensos a aquellos resabios de antiguos consejeros áulicos (...) Todo el mundo sabe lo que es un Gobierno de técnicos. Gobierno de técnicos (...) significa Gobierno de reacción, Gobierno ultraconservador» (DSCC, núm. 69, 5 de noviembre de 1931, pp. 2.169-2.172); también un voto particular de 20 de agosto de Samper y Villanueva abogaba por la supresión (DSCC, apéndice 12 al núm. 24). Por 71 votos contra 36 fue rechazado el particular de Gabriel Alomar, con ausencia de una minoría en la Cámara; el voto particular de Manuel Hilario Ayuso (que no he podido localizar) también partidario de la supresión del título, y defendido por Bernardino Valle, más por Juan Botella Asensi como voz de un sector de la Comisión constitucional –contrario no tanto a los Consejos técnicos en sí mismos cuanto a su constitucionalización–, fue sometido a votación nominal que concluyó en su aceptación por 136 votos contra 109 (DSCC, núm. 71, 10 de noviembre de 1931, pp. 2.217-2.221). Se debatió entonces una enmienda firmada el 10 de noviembre por Castrillo, Franco, De los Ríos, Romero, Palanco, Recasens Siches y Franchy para incluir en el texto constitucional el Consejo de Estado como «órgano supremo consultivo de la República en asuntos de gobierno y administración» cuya regulación se remitía a ley futura

Pronto ha aparecido el binomio de proyectos y proposiciones de ley. En el dictamen de la Comisión y en el segundo reglamento provisional de 1931 figuraba un título –el décimo– rotulado «De los proyectos y proposiciones de ley» que brilla por su ausencia en el primer reglamento provisional. Su inclusión permite el acogimiento expreso de una temática que persiste –en el reglamento de 1934 se mantiene, en el seno del título sexto a propósito «Del funcionamiento de las Cortes», una explícita sección séptima «De los proyectos y proposiciones de ley»<sup>12</sup>– como una especie de sedimentación tipológica obediente en todo caso a una previa práctica parlamentaria. Si la Constitución de 1931 se había ceñido a atribuir la iniciativa legislativa (conforme a la tradición constitucional) al Gobier-

---

(DSCC, apéndice 4.º al núm. 71), suscitándose la duda sobre si la supresión de los Consejos técnicos había implicado la eliminación del de Estado (DSCC, núm. 71, 10 de noviembre de 1931, pp. 2.221-2.228). Al día siguiente, el diputado Jiménez de Asúa dejó constancia del eco que había tenido en Comisión el rechazo por la Cámara de los Consejos técnicos, y planteó de nuevo el problema de la supervivencia del Consejo de Estado. Se debatió una enmienda firmada el 11 de noviembre por los diputados Gomáriz, Baeza Medina, Navarro, Segovia (y tres nombres ilegibles) que remitía a ley especial futura la organización de los órganos administrativos asesores y de ordenación económica. Juan Castrillo defendió la institución del Consejo de Estado, desligada de toda rémora de cámara corporativa al modo del Senado, y en estricta calidad de alto cuerpo consultivo de la Administración del Estado, en absoluto fiscalizador del Parlamento, formado por profesores y catedráticos, funcionarios técnicos y letrados. Jerónimo Gomáriz quería organismos de asesoramiento económico, pero no consideraba imprescindible un Consejo de Estado máxime separado de los «Consejos de tipo clásico españoles» y que obligaría, dada la necesidad de definir su naturaleza, a la posible revisión de preceptos constitucionales. El ministro de Justicia intervino también para postular un Consejo de Estado con función de Consejo Técnico de la Administración. Pero Castrillo veía «lamentable» la operación de asimilar el Consejo de Estado y los Consejos técnicos, siendo anterior el primero y «también superior y de mayor profundidad», en lo que insistió Blanco, que veía los segundos como «un ensayo». La discusión se centraría finalmente en el Consejo de Estado, pero antes de la votación todavía pudo escucharse una intervención de Alomar escorada al tratamiento del valor de los Consejos técnicos: «Nosotros lo que pretendíamos ayer era que no figurase en la Constitución la necesidad ineludible e irrevocable de los Consejos Técnicos. Así se votó ayer y ahora vamos a hacer todo lo contrario en circunstancias excepcionales, pues el Sr. Gomáriz los ha calificado significativamente de superorganismos y limitando, en cierto modo, las atribuciones del Parlamento, porque le impone la necesidad de asesoramientos a los cuales no podrá nunca substraerse, so pena de convocar nuevamente Cortes Constituyentes que deshagan lo hecho. Deseo, pues, que la Cámara se percate de lo que va a votar y yo, desde luego, libro mi voto de lo que decida la mayoría, si es que se ha de verificar votación». La enmienda fue aprobada por votación nominal con 143 votos a favor y 114 en contra (DSCC, núm. 72, 11 de noviembre de 1931, pp. 2.235-2.243). El artículo 93 de la Constitución quedó así: «Una ley especial regulará la creación y el funcionamiento de los órganos asesores y de ordenación económica de la Administración, del Gobierno y de las Cortes. / Entre estos organismos figurará un Cuerpo consultivo supremo de la República en asuntos de Gobierno y Administración, cuya composición, atribuciones y funcionamiento serán regulados por dicha ley». El segundo párrafo obedece a un tortuoso debate sobre la inclusión de un artículo adicional del que finalmente se evita la mención expresa del Consejo de Estado mediante una redacción afinada entre García Valdecasas, Gomáriz y Jiménez de Asúa (*ibidem*, pp. 2.246-2.252). En opinión de Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución española (9 diciembre 1931). Antecedentes. Texto. Comentarios*, Madrid, 1932, p. 284, «en toda esta cuestión han influido dos ideas, no complementarias, sino antagónicas: galvanizar el pasado y copiar novedades presentes; visión romántica de los Consejos españoles del setecientos y contemplación admirativa de los flamantes Consejos Económicos».

<sup>12</sup> Ya en el «Proyecto de Reglamento de las Cortes, redactado por la Comisión», en DSCC, apéndice 17 al núm. 101 (= PRC).



no y al Congreso de los Diputados<sup>13</sup>, el reglamento de 1934 evocará, ciertamente, una velada preeminencia gubernamental en la iniciativa legislativa cuando considera «los proyectos de ley presentados por el Gobierno» matriz formal de «las proposiciones de ley que hicieren los Diputados»<sup>14</sup>. Esta virtud modélica del proyecto de ley, para la proposición, venía reconocida, constantemente, desde el dictamen de la Comisión y el segundo reglamento provisional<sup>15</sup>.

Por otra parte, cuando el reglamento de 1934 ordena el pase inmediato, de los proyectos de ley presentados por el Gobierno a las Cortes, a la comisión permanente oportuna<sup>16</sup>, parte de una estructura de comisiones que en realidad el primer reglamento provisional de 1931 había establecido, si no redondeado, desde el origen, y en dos líneas: una relativa a la discusión del proyecto constitucional (título sexto) y otra relativa al funcionamiento de la Cámara (título octavo). Para la discusión del proyecto de Constitución, se dispuso el nombramiento de una comisión especial, encargada por las Cortes de su redacción<sup>17</sup>. Pero si se compara el precepto con aquel contenido en el segundo reglamento provisional, cabe destacar el aumento en diez del número de comisionados y la extensión de la impresión y reparto, más allá del texto del proyecto, a los votos particulares<sup>18</sup>. De lo que se deduce, como es natural, un refuerzo de la máquina

---

<sup>13</sup> En el artículo 59 del PC (= «Proyecto de Constitución», en DSCC, 1931, apéndice 4.º al núm. 22): «El Gobierno y el Congreso de los Diputados tendrán la iniciativa de las leyes»; que con cambio en tiempo verbal será el artículo 60 definitivo: «El Gobierno y el Congreso de los Diputados tienen la iniciativa de las leyes». No hubo enmiendas ni petición de palabra a propósito de este artículo en la discusión constitucional, y el voto particular del diputado Gil Robles (que no figura, salvo error por mi parte, en el *Diario*) se consideró, a falta de apoyo, retirado (DSCC, núm. 64, 28 de octubre de 1931, p. 1980). Advierte PÉREZ SERRANO, *La Constitución*, op. cit., p. 232: «como quiera que el Título VI regula como ‘Gobierno’ al conjunto de los Ministros en unión del Presidente del Consejo, parece que el Jefe del Estado carece de derecho de iniciativa. Sin embargo, como es el Consejo de Ministros, según el art. 90, el que ha de elaborar los proyectos que hayan de someterse al Parlamento, y esto ha de efectuarse mediante el correspondiente Decreto, es evidente que se requiere la firma del Presidente de la República, ya que los Ministros por sí no pueden expedir dichas resoluciones (v. el art. 76). Y en efecto, la fórmula que ha venido empleándose es la de que el Jefe del Estado autorice al Ministro correspondiente para que presente a las Cortes el proyecto; por cierto que el correspondiente Decreto no lleva refrendo ministerial (?)».

<sup>14</sup> Cf. los artículos 64 y 65 PRC y RCD.

<sup>15</sup> Artículo 68 DCC y RPC: «Estas proposiciones [de ley] deberán estar formuladas como los proyectos del Gobierno». Se trata de un artículo aprobado tras su mera lectura (DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 46).

<sup>16</sup> Artículo 64 PRC y RCD: «Los proyectos de ley presentados por el Gobierno a las Cortes se pasarán inmediatamente a la Comisión permanente respectiva, salvo el caso de que se acuerde lo dispuesto en el art. 48». Leído y aprobado sin discusión: DSCC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, p. 4.695.

<sup>17</sup> Artículo 21 RPG: «1) Una vez constituidas las Cortes nombrarán una Comisión especial que presente a las mismas un proyecto de Constitución. / 2) La Comisión de que se trata se compondrá de 11 individuos, será elegida directamente por la Cámara, y en cada papeleta no podrán incluirse válidamente más que siete nombres, resultando designados los que obtengan mayor número de sufragios. / 3) Presentado por la Comisión el proyecto, se imprimirá y repartirá, pudiendo empezar la discusión en la sesión inmediata».

<sup>18</sup> Artículo 21 DCC y RPC: «1) Una vez constituidas las Cortes, nombrarán una Comisión especial que presente a las mismas un proyecto de Constitución. / 2) La Comisión de que se trata se compondrá de 21 individuos, será elegida directamente por la Cámara y en cada papeleta no

parlamentaria. Además, si los dos reglamentos provisionales ordenaron el debate en anterior discusión sobre la totalidad y posterior discusión del articulado, sólo el segundo abrió la puerta a la intervención de representantes de los grupos parlamentarios que no hubieran consumido alguno de los tres turnos a favor o tres en contra del proyecto. El primer reglamento estableció, en efecto, tres turnos a favor y tres en contra de la totalidad con un máximo de media hora; por otra parte, la discusión del articulado comenzaba por las enmiendas, defendidas y contestadas en discursos limitados a quince minutos. El segundo reglamento determinó un escalón intermedio, tras el debate de la totalidad –sus tres y tres turnos limitados a un máximo de una hora–, consistente en la discusión por títulos –de nuevo con tres y tres turnos a favor y en contra, con un máximo de cuarenta y cinco minutos, seguidos de la discusión de los votos particulares– previa a la discusión del articulado –con un turno en contra y otro en pro, y un máximo de treinta minutos, como en la defensa de votos particulares y enmiendas–. Asimismo, mientras tanto el primer como el segundo reglamento permitieron siempre la intervención en la discusión por parte del Gobierno y de la Comisión, el primero no admitió que ningún diputado tomara la palabra para la explicación del voto, y sólo fue permisivo respecto de «rectificaciones de hechos o conceptos» nunca más allá de cinco minutos, en tanto el segundo reglamento aumentó a diez minutos este último tiempo y limitó a cinco la ahora aceptada explicación del voto<sup>19</sup>. La agilidad en la tramitación no

---

podrán incluirse válidamente más que 14 nombres, resultando designados los que obtengan mayor número de sufragios. / 3) Presentado por la Comisión el proyecto, se imprimirá y repartirá, así como los votos particulares. / La discusión podrá empezar en la sesión inmediata». El artículo fue aprobado sin discusión (DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 40).

<sup>19</sup> Artículo 22 RPG: «1) El debate comenzará con una discusión sobre la totalidad del proyecto. / 2) No cabrán más de tres turnos en contra y tres en pro con respecto a la discusión de la totalidad, ni podrán tales turnos exceder de treinta minutos. / 3) Terminada dicha discusión, se procederá a la discusión por artículos, empezando por las enmiendas o adiciones. / 4) Estas deberán haberse presentado antes de comenzar la discusión del Título respectivo, y se apoyarán en un discurso, que no podrá exceder de quince minutos, siendo contestadas con otro de igual extensión máxima. / 5) Los turnos sobre cada artículo serán uno en contra y otro en pro, salvo acuerdo ampliatorio adoptado por la Cámara a propuesta de la Mesa y con respecto a preceptos de importancia capital. / 6) Dichos turnos durarán a lo sumo quince minutos y serán consumidos por los grupos o fracciones de la Cámara en cuanto tales, para lo cual designarán los representantes que hayan de mantener su criterio político. / 7) El Gobierno y la Comisión intervendrán siempre que lo juzguen oportuno, sin consumir turno. / 8) No cabrán por ningún concepto alusiones ni explicación del voto, pudiendo autorizarse tan sólo estrictas rectificaciones de hechos o conceptos con duración no superior a cinco minutos». Artículo 22 DCC y RPC: «1) El debate comenzará con una discusión sobre la totalidad del proyecto. / 2) Sólo podrán consumirse tres turnos en contra y tres en pro para discutir la totalidad, sin perjuicio de que un representante de cada grupo parlamentario de los que no han participado en los turnos pueda también intervenir para fijar la actitud de la fracción a la que pertenece. / 3) Terminado dicho debate, se procederá a la discusión por títulos y por artículos. Para discutir la totalidad de cada título podrán consumirse tres turnos en pro y tres en contra. A continuación se discutirán los votos particulares, que sólo podrán ser apoyados por uno de los firmantes. / 4) Después se discutirá cada artículo, comenzando por los votos particulares, enmiendas o adiciones que se hubieran presentado con anterioridad al comienzo de la discusión. / 5) Los turnos sobre cada artículo serán uno en contra y otro en pro, salvo acuerdo ampliatorio adoptado por la Cámara a propuesta de la Mesa. / 6) Podrán autorizarse rectificacio-

se consagró como excusa para la debilitación parlamentaria: la terminación del debate de un título constitucional, con la subsiguiente votación, derivaba, en el primer reglamento provisional, de la solicitud del Gobierno, el Presidente de la Cámara o tan sólo quince diputados<sup>20</sup>, respaldada por un «acuerdo» de las Cortes, en tanto el segundo reglamento exigió mayoría absoluta en la Cámara para el apoyo de la propuesta y necesaria previa consunción de los turnos reglamentarios del debate<sup>21</sup>. En lo que sí coincidieron todos los textos fue en la competencia de la Comisión para recoger el resultado de la discusión parlamentaria y modificar y redactar definitivamente el proyecto en orden a su sometimiento a la aprobación definitiva de las Cortes por sanción de la mayoría absoluta<sup>22</sup>.

Con toda lógica, las fuentes reglamentarias de las Cortes plantearon la aprobación de la Constitución como condición previa indispensable a la discusión de cualquier otra iniciativa legislativa. Se admitía la excepción del debate simultáneo de los proyectos presentados por el Gobierno, o por cien diputados,

---

nes de hechos o de conceptos, con duración no superior a diez minutos, y la explicación del voto durante cinco. / 7) En los debates sobre la Constitución no se concederá la palabra para alusiones personales. / 8) El Gobierno y la Comisión intervendrán siempre que lo juzguen oportuno, sin consumir turno». El artículo fue aprobado sin discusión (DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 40). Artículo 45.1 DCC y RPC: «Para armonizar la brevedad de los debates con su eficacia y el respeto al derecho de los Diputados, se establecen las siguientes limitaciones: (...) c) En los debates de totalidad del proyecto de Constitución, la duración de cada uno de los turnos establecidos será de una hora, y en el debate de la de los títulos de cuarenta y cinco minutos cada turno. / d) La duración de los turnos fijados para la discusión de los artículos será de treinta minutos, así como los plazos máximos de los discursos con que pueden apoyarse los votos particulares y las enmiendas». El tiempo de una hora en el debate de la totalidad fue juzgado escaso por el diputado Jerónimo García Gallego (propuso hora y media para la totalidad y una hora para los títulos), al que rebatió Tomás Alonso de Armiño resaltando la ampliación del debate que entrañaba el DCC respecto del RPG, la limitación del debate de la totalidad a «un estudio del espíritu general de la Constitución» que perfeccionaría después la discusión del articulado, y en fin las posibilidades del artículo 45.2 DCC y RPC: «Las antecedentes restricciones estarán siempre sometidas a la facultad soberana de la Cámara; la cual, a propuesta del Presidente, podrá ampliar el tiempo concedido a cada intervención, siempre que la importancia del debate lo aconseje» (DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, pp. 45-46).

<sup>20</sup> En el debate del DCC, el diputado José Ballester Gozalvo propuso elevar la cifra de quince diputados a veinticinco; Rafael Salazar Alonso restó importancia al número por mor del necesario acuerdo de la Cámara y a tenor del aumento efectuado respecto de los siete diputados que figuraban en el proyecto del Gobierno; Ballester, finalmente, desistió (DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 40).

<sup>21</sup> Artículo 23 RPG: «Cuando el Gobierno, el Presidente o 15 Diputados soliciten que se declare suficientemente discutido un Título de la Constitución, se consultará a la Cámara, y si ésta lo acuerda así, no se admitirán más enmiendas ni discusión respecto al mismo, procediéndose desde luego a votar». Artículo 23 DCC y RPC: «Cuando la mayoría absoluta de la Cámara, a propuesta de 15 Diputados, del Presidente o del Gobierno, estimen suficientemente discutido un artículo, se suspenderá la discusión de enmiendas, procediéndose desde luego a la votación de aquél, una vez consumidos los turnos reglamentarios en el debate del dictamen de la Comisión».

<sup>22</sup> Artículo 24 RPG, DCC y RPC: «La Comisión que entienda en el proyecto constitucional recogerá el resultado de la discusión, acoplará las modificaciones introducidas en el texto y redactará éstas en definitiva, de conformidad con lo acordado. / Una vez hecho esto, la Mesa someterá el proyecto a la aprobación definitiva de las Cortes y se tendrá por sancionado al obtener el voto favorable de la mayoría absoluta de la Cámara». Aprobado sin discusión (DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 40).

que la Cámara aceptase «como caso de notoria urgencia»<sup>23</sup>. Esta aceptación dilucida formalmente la «importancia sustantiva» que, desde un punto de vista material, se interesaba, para los proyectos, de los promotores<sup>24</sup>. Así lo confirma la enmienda del diputado Emilio Baeza Medina, cuya propuesta de reducir a cincuenta el número de diputados exigido fue rechazada<sup>25</sup>. Es interesante, empero, cómo cuando el reglamento de 1934 reguló –obviamente superado el vacío constitucional– la actividad interina de las Cortes, la limitó al examen de actas y comunicaciones del Gobierno con la excepción de que, bien por juicio de éste y de la Mesa del Congreso, bien por iniciativa parlamentaria firmada por un mínimo de cincuenta diputados, se considerase «indispensable» la deliberación sobre un «suceso extraordinario»<sup>26</sup>.

En relación con el funcionamiento de la Cámara en lides no constitucionales, el primer reglamento provisional de 1931 había previsto que las Cortes nombraran una Comisión de Gobierno interior y un conjunto de comisiones permanentes para cada uno de los Ministerios<sup>27</sup>, más las Comisiones especia-

<sup>23</sup> Artículo 39 RPG, DCC y RPC: «Hasta que las Cortes aprueben la Constitución no podrán discutir ninguna otra iniciativa, a menos que el Gobierno o cien Diputados propongan, y la Cámara lo acepte como caso de notoria urgencia, simultanear el debate sobre el texto Constitucional con el de algún otro proyecto de importancia sustantiva».

<sup>24</sup> Ahora bien, la consulta del DSCC permite comprobar que los proyectos o proposiciones de ley tramitados simultáneamente al proyecto de Constitución pueden tener viabilidad no sólo en función de su urgencia –si así puede considerarse la aprobación de créditos extraordinarios o la elaboración de un plan de obras públicas– sino también de la agilidad o falta de obstáculos en su aprobación –convalidación de normas ministeriales, incorporación de situaciones singulares (vgr. matrimonio de militares) al régimen general, trasvase de artículos (vgr. del Código de Justicia Militar a la Ley de Enjuiciamiento Criminal)...–; sin embargo, la presentación del Estatuto de Cataluña (núm. 22, 18 de agosto de 1931) resulta un ejemplo, por la necesaria cobertura constitucional de su naturaleza, en el que la flexibilidad no se antoja comprensible.

<sup>25</sup> DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, pp. 43-44: sesenta y dos diputados votaron a favor de la enmienda expresada en los siguientes términos: «Es cierto que debe haber un mínimo de Diputados que propongan a la Cámara, como caso de notoria urgencia, el simultanear el debate sobre el texto constitucional con el de otro problema de importancia sustantiva; pero (...) exigir el número de cien Diputados sería restringir considerablemente los criterios, acuerdos y puntos de vista que determinados partidos que componen la Cámara pudieran tener sobre problemas fundamentales de España y, por consiguiente, quedarían restringidas las facultades de las Cortes Constituyentes. Esa y no otra es la razón que nosotros invocamos, pidiendo a todos la mayor amplitud, el mayor sentido democrático, porque ya el número de cincuenta es una garantía de que no se trata de una opinión personal o de reducido número de personas o de una impresión momentánea que pudiera determinar esa propuesta a la Cámara. (...) Siempre quedará la autoridad soberana de la Cámara para discernir y resolver si el problema que planteaba como fundamental, como sustantivo, esa minoría de cincuenta Diputados era tal a los efectos de simultanear su discusión con la del texto constitucional».

<sup>26</sup> Artículo 10 PRC y RCD: «1) Hasta la constitución definitiva de las Cortes, éstas sólo se ocuparán del examen de actas y de las comunicaciones del Gobierno, salvo que, a juicio de éste y de la Mesa, o por iniciativa parlamentaria, se estimare indispensable deliberar acerca de algún suceso extraordinario. / 2) Para el ejercicio de esta iniciativa parlamentaria será preciso la presentación de una proposición firmada por 50 Diputados, como mínimo. Cuando no reúna este requisito, se rechazará de plano por la Mesa, sin consentir deliberación alguna sobre la misma». Aprobado sin discusión tras su lectura (DSC, núm. 119, 9 de noviembre de 1934, p. 4.661).

<sup>27</sup> Son interesantes las palabras de Nicolás PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho político*, Madrid, 1976, p. 794: «Desde el punto de vista de la técnica legislativa, la institución presenta

les acordadas con carácter excepcional por la Mesa del Congreso. El segundo reglamento provisional explicitó dos comisiones permanentes: la de reforma del reglamento de Cortes y la de examen de cuentas y pensiones. Por lo demás, aumentó de siete a nueve el número de vocales de la Comisión de Gobierno interior y de once a veintiuno el de vocales de las comisiones permanentes de Ministerio –con representación prorrateada y prudencial de los grupos y fracciones de la Cámara– eliminando la incapacidad de los diputados dependientes administrativamente del mismo; además, una Comisión de presupuestos, formada por treinta y cinco diputados, sustituía la intervención de la Comisión de Hacienda en lo que afectare al Presupuesto general del Estado<sup>28</sup>. El reglamento

---

ventajas indudables; mas su injerencia en la esfera gubernativa, su ansia de fiscalizar a la Administración y residenciar a los Ministros suscitan serias objeciones»; pero también por la focalización en las comisiones de la influencia o presión que pretenda ejercer el Ejecutivo. Precisamente sobre el valor de las comisiones para un fortalecimiento del Ejecutivo –y, en añadidura al problema de la relación con el Gobierno, sobre su naturaleza, carácter permanente, asunción de materias con paralelismo ministerial– léase a MARAVALL, *Los Reglamentos*, op. cit., pp. 65-87.

<sup>28</sup> Artículo 35 RPG: «1) Las Cortes nombrarán, aparte de las ya mencionadas, una Comisión de Gobierno interior, y otra permanente para cada uno de los Ministerios hoy existentes o que en lo sucesivo se creen, así como también, y por vía excepcional, las especiales que las circunstancias aconsejen y la Mesa acuerde con absoluta libertad en punto a condiciones y cometido. / 2) La Comisión de Gobierno interior se compondrá del Presidente y del primer Secretario, que formarán parte de ella por derecho propio, y de siete Vocales designados por la Cámara mediante votación por papeletas en que cabrá válidamente incluir cuatro nombres. / 3) Las Comisiones permanentes de Ministerio se compondrán de once individuos, que serán designados por los grupos o fracciones de la Cámara, previo el prorrateo prudencial hecho por la Mesa, teniendo en cuenta el número de Vocales de la Comisión y el de Diputados afiliados a cada sector. / 4) En ningún caso podrán pertenecer a la Comisión permanente de un Ministerio los Diputados que por su destino dependan administrativamente y de modo directo de dicho Departamento. / 5) Cada Comisión de Ministerio nombrará de su seno un Presidente y un Secretario, poniéndolo en conocimiento de la Mesa»; y artículo 36 RPG: «1) Las Comisiones de los respectivos Ministerios conocerán de los asuntos que de éstos emanen o que correspondan a la órbita de competencia asignada a los mismos. / 2) La Comisión de Hacienda será, en caso necesario, la encargada de intervenir en todo lo referente al Presupuesto general del Estado». Artículo 35 DCC y RPC: «1) Las Cortes nombrarán, aparte de las ya mencionadas, las siguientes Comisiones permanentes: de gobierno interior, de reforma de Reglamento, de examen de cuentas y de pensiones, y otra por cada uno de los Ministerios hoy existentes o que en lo sucesivo se creen, así como también, y por vía excepcional, las especiales que las circunstancias aconsejen y la Mesa acuerde, con absoluta libertad en punto a condiciones y cometido. / 2) La Comisión de gobierno interior se compondrá del presidente y del primer secretario, que formarán parte de ella por derecho propio, y de nueve vocales, designados por la Cámara mediante votación por papeletas, en que podrán válidamente incluirse seis nombres. / 3) Las otras Comisiones permanentes de reforma de Reglamento, de examen de cuentas y de pensiones, se compondrán asimismo de nueve vocales, que serán elegidos en la misma forma que la de gobierno interior. / 4) Las Comisiones permanentes de Ministerio se compondrán de 21 individuos, que serán propuestos a la Cámara por los grupos o fracciones de la misma, previo prorrateo prudencial hecho por la Mesa, teniendo en cuenta el número de vocales de la Comisión y el de Diputados afiliados a cada sector. / 5) Las Comisiones permanentes a que se refieren los dos apartados anteriores nombrarán de su seno un presidente y un secretario, poniéndolo en conocimiento de la Mesa. / 6) Las Comisiones de los respectivos Ministerios conocerán de los asuntos que de éstos emanen o que correspondan a la órbita de competencia asignada a los mismos. / 7) Llegado el caso, se nombrará, además, una Comisión de presupuestos, constituida por 35 Diputados, propuestos y elegidos como en las otras Comisiones permanentes de cada Ministerio». Artículo aprobado sin discusión (DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 40).

de 1934 distinguió posteriormente, con introito más diáfano, entre comisiones permanentes y comisiones especiales para trabajos legislativos<sup>29</sup>. El proyecto recibió una enmienda conforme a la cual se permitía que a propuesta del Presidente de las Cortes, del Gobierno o de cincuenta diputados, y con acuerdo de la Cámara, pudiera enviarse un proyecto o proposición de ley a una comisión especial de siete diputados en vez de a la comisión permanente oportuna. La enmienda fue aprobada con alguna modificación: el número de diputados se elevaba a veintiuno –como en una comisión permanente<sup>30</sup>, para garantizar la proporcionalidad representativa de los grupos políticos de la Cámara– y se incluía una referencia expresa a la excepcionalidad, para evitar abusos<sup>31</sup>. Después, el reglamento tasaba como permanentes las comisiones de Incompatibilidades y Suplicatorios, Gobierno interior, Concesiones de pensiones, Presupuestos y las de Ministerios<sup>32</sup>; y mantenía el número de vocales y otras reglas

<sup>29</sup> Artículos 48 PRC y 48.1 RCD: «Las Comisiones de las Cortes podrán ser permanentes o especiales».

<sup>30</sup> Es el número de vocales de comisiones con preceptiva especial como las que se ocupan de los estatutos regionales, y sin perjuicio de la tramitación del dictamen de la Comisión como de cualquier otro sobre proyecto de ley (artículo 125 PRC y RCD: «2) Para cada Estatuto se elegirá una Comisión, que se compondrá de 21 Diputados, designados por el procedimiento consignado en el artículo 52, párrafo 1. [...] 4) Los dictámenes sobre Estatutos regionales se tramitarán como los recaídos sobre proyectos de ley»; aprobado sin discusión tras su lectura: DSC, núm. 123, 16 de noviembre de 1934, p. 4.838); lo que vale también para la Comisión de iniciativa de reforma constitucional (artículo 133 PRC y RCD: «1) Presentada la iniciativa de reforma, se nombrará una Comisión dictaminadora, integrada por veintiún miembros, elegidos en la forma prevista por el art. 52 de este Reglamento. [...] 3) En la discusión del dictamen, de los votos particulares y de las enmiendas que puedan presentarse, se observarán las reglas establecidas para los proyectos de ley. Podrán, sin embargo, consumirse seis turnos en cada sentido en el debate de totalidad, y tres para cada artículo. Los jefes de fracción tendrán derecho a fijar el criterio de sus grupos en el debate de totalidad y en cada votación que se produzca»; leído y aprobado sin discusión: DSC, núm. 123, 16 de noviembre de 1934, p. 4.839), o para la Comisión de reforma del reglamento del Congreso (artículo 136 PRC y RCD: «3) Esta se compondrá de veintiún miembros, designados con arreglo a lo dispuesto en el art. 52 de este Reglamento. / 4) Se aplicarán en orden al dictamen, votos particulares, enmiendas y votación, las disposiciones que establece este Reglamento en materia de proyectos de ley»; leído y aprobado sin discusión: *ibidem*).

<sup>31</sup> La enmienda estaba firmada por los diputados Solé de Sojo, Cambó, Ventosa, Casabó y Florensa, más dos firmas ilegibles; aunque el número de siete diputados estaba tomado del establecido por el reglamento provisional para las comisiones especiales, Solé de Sojo no puso pegas a su aumento, propuesto por el diputado Alonso de Armiño (DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, pp. 4.690-4.691). El artículo 48.2 RCD rezará definitivamente: «Por acuerdo de las Cortes y a propuesta del Presidente, del Gobierno o de 50 Diputados, por lo menos, se podrá, en casos muy excepcionales, enviar un proyecto o proposición de ley a una Comisión especial de 21 Diputados, designados en la forma dispuesta por el art. 52, párrafo 1), en vez de pasar a la Comisión Ministerial correspondiente».

<sup>32</sup> Artículo 49 PRC y RCD: «Serán permanentes y con igual duración que las Cortes las Comisiones de Actas, Incompatibilidades y Suplicatorios, ya reguladas anteriormente, y también la de Gobierno interior, la de Concesión de pensiones, la de Presupuestos y las de Ministerios, que serán tantas como Departamentos existan, reputándose como uno de éstos la Presidencia del Consejo. Asimismo será permanente la de Peticiones, a que se refiere el art. 128, párrafo 2.º, de este Reglamento»; pero en el PRC se decía «la de Examen de cuentas y concesión de pensiones». Fue leído y aprobado sin discusión (DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, p. 4.691): ¿cuándo, pues, se hizo el cambio?

del último reglamento provisional para las comisiones de Gobierno interior, Presupuestos y las de Ministerios<sup>33</sup>.

Las comisiones, que requerían quórum de las tres cuartas partes del número legal de vocales, se regían por un cierto principio de apertura, en el sentido de admitir la asistencia de ministros y diputados no vocales, con derecho al uso de la palabra, aunque sin voto; y por un criterio de autonomía en cuanto a su actuación, guiado por la armonía entre el «estudio detenido» y el «despacho rápido» de los asuntos. Para fundamentar mejor sus acuerdos, por la importancia de la cuestión debatida u otras razones de eficacia, podían pedir la ilustración o auxilio en sus trabajos a cualquier persona, o reclamar del Gobierno la documentación pertinente necesaria<sup>34</sup>. Estas normas de los reglamentos provisionales se mantuvieron en el reglamento de 1934, donde sin embargo la regla del quórum fue eliminada y la autonomía en la actua-

---

<sup>33</sup> Art. 50 PRC y RCD: «1) La Comisión de Gobierno interior se compondrá del Presidente y del primer Secretario, que formarán parte de ella por derecho propio, y de nueve Vocales, designados por la Cámara mediante votación por papeletas, en que podrán válidamente incluirse seis nombres. / 2) Las funciones de la Comisión de Gobierno interior serán desempeñadas por la Diputación permanente de Cortes cuando éstas se disuelvan, en cualquiera de los casos que prevé la Constitución de la República». Aprobado tras su lectura sin discusión (DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, p. 4691). Art. 52 PRC y RCD: «1) La Comisión de Presupuestos se compondrá de 35 Diputados, y las de cada Ministerio estarán formadas por 21. La designación de unos y otros se hará en proporción a la fuerza numérica de las distintas fracciones políticas, previo prorrateo hecho por el Presidente de las Cortes, y para el cual se tendrá en cuenta el número de Vocales de la Comisión y el de Diputados afiliados a cada una de dichas fracciones. / 2) Serán de aplicación en su caso las disposiciones contenidas en el art. 12, párrafo 4.º, de este Reglamento. / 3) Las Comisiones de los distintos Ministerios conocerán de los asuntos que de éstos emanan o que correspondan a la órbita de competencia y servicios asignada a cada Departamento. / 4) Cuando el dictamen que haya de emitir una Comisión implique una modificación de créditos presupuestarios, la Comisión de Presupuestos informará previamente. Este informe pasará a la Comisión dictaminadora, la cual deberá tenerlo en cuenta para sus deliberaciones, incorporándolo al texto del dictamen sobre el que haya de versar la discusión en la Cámara. El mismo procedimiento se seguirá en todos los casos en que el dictamen de una Comisión pueda afectar a alguna otra». Aprobado tras su lectura sin discusión (DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, p. 4.692).

<sup>34</sup> Art. 37 RPG, DCC y RPC: «1) Los Ministros y Diputados podrán asistir a las Comisiones de que no formen parte, con derecho a usar de la palabra, pero no con voto. / 2) Las Comisiones subsistirán mientras conserven tres cuartas partes de su número legal de vocales. / 3) Las Comisiones acordarán las normas internas de su actuación, según los asuntos, procurando armonizar el estudio detenido con el despacho rápido de los mismos. / 4) Cuando por razón de la importancia de los temas a tratar lo estimen conveniente, para mayor eficacia del debate, podrán llamar a su seno, a fin de que ilustre o auxilie sus trabajos, a cualquier individuo de dentro o fuera de las Cortes, y reclamar del Gobierno, por medio de la Mesa, cuantas noticias y documentos sean necesarios». Aprobado tras su lectura sin discusión (DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 43). El artículo 116 PRC y RCD reconocía el derecho de intervención de los ministros tanto en las comisiones legislativas como en la discusión de los dictámenes, con voto en este último caso del que fuere diputado: «1) Los Ministros tendrán derecho a hacer uso de la palabra en cualquier momento, dentro o fuera del Orden del día, sin que sus intervenciones consuman turno en el debate de que se trate. / 2) Asimismo podrán acudir a cualquiera de las Comisiones legislativas de la Cámara, interviniendo en sus tareas, pero sin tener voto en ellas. / 3) Tampoco podrán votar en la Cámara los Ministros que no sean Diputados». Fue aprobado sin discusión tras la lectura (DSC, núm. 123, 16 de noviembre de 1934, p. 4.836).

ción fue trasladada<sup>35</sup> al seno de otro artículo –sin mención de detención ni rapidez– en el que se afilaba un método agilizador del funcionamiento interior mediante vocales suplentes –necesaria la discutida autorización expresa por el titular<sup>36</sup>– y, sobre todo, la posibilidad de subdivisión de la comisión en secciones o constitución de ponencias para el estudio de los diferentes asuntos relevantes<sup>37</sup>.

Así pues, terminado su trabajo sobre los proyectos legislativos, las comisiones elaboraban dictámenes que entregaban a la Mesa del Congreso con, en su caso, los votos particulares; la Mesa, entonces, disponía la impresión y reparto de este material y señalaba fecha para un debate que, según los dos reglamentos provisionales de 1931, había de seguir el orden procedimental establecido para la discusión del proyecto constitucional. Las enmiendas precisaban firma de siete diputados como mínimo y catorce como máximo. En lo que diferían los dos reglamentos provisionales era en las exigencias para la enmienda de aumento de gastos o minoración de ingresos, pues el primero la condicionaba a aceptación previa por el Gobierno y el segundo le requería la firma de al menos quince diputados<sup>38</sup>. Toda esta regulación de los dictámenes

<sup>35</sup> Artículo 54 PRC y RCD: «1) Los Ministros y Diputados podrán asistir a las Comisiones de que no formen parte, con voz, pero sin voto. / 2) Cuando por razón de la importancia de los temas que hayan de tratar lo estimen conveniente, podrán las Comisiones llamar a su seno, a fin de que ilustre o auxilie sus trabajos, a cualquier individuo de dentro o fuera de las Cortes y reclamar del Gobierno por medio de la Mesa cuantas noticias y documentos sean necesarios. Podrán, asimismo, ordenar que se abra información pública sobre cualquier asunto sometido a su estudio». Leído y aprobado sin discusión (DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, p. 4.693).

<sup>36</sup> El diputado Ángel Aperribay veía contradicción entre la finalidad de comisiones actuantes con el mayor número de vocales y la necesidad para la asistencia de suplentes de la autorización expresa del titular; el diputado Alonso de Armiño explicó cómo todo suplente, por su calidad de diputado, podía asistir a una comisión con voz pero sin voto (para no duplicar la representación de los grupos), y la utilidad de la autorización o delegación expresa «para evitar que, confiando el vocal propietario en que irá el suplente o éste en que irá aquél, resulte que no va ninguno de los dos»; todavía Aperribay replicó sugiriendo el establecimiento de la obligación, por parte del vocal titular que no puede asistir, de comunicárselo al presidente de la Comisión y al suplente –lo que Alonso estimó equiparable a la autorización– y abogando después por una sustitución automática comunicada la imposibilidad de asistir por el vocal propietario; pero el precepto fue aprobado por asentimiento general (DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, pp. 4.692-4.693) tal y como figura en el artículo.

<sup>37</sup> Artículo 53 PRC y RCD: «1) Todas las Comisiones nombrarán de su seno un Presidente, un Vicepresidente, un Secretario y un Vicesecretario, poniéndolo en conocimiento de la Mesa. La Comisión de Presupuestos podrá elegir dos Vicepresidentes. / 2) Para su funcionamiento interior podrán las Comisiones permanentes subdividirse en Secciones o constituir, con carácter general o singular, ponencias que estudien los diferentes asuntos. / 3) Las propias Comisiones acordarán las demás reglas adecuadas para su actuación. Será necesario que de cada reunión se levante acta en que consten circunstanciadamente los acuerdos adoptados. / 4) Por cada Vocal nombrado para cualquier Comisión se elegirá también, por el mismo procedimiento, un suplente, que no actuará sino previa autorización expresa del propietario formulada por escrito».

<sup>38</sup> Artículo 44 RPG: «Cuando haya de discutirse algún proyecto se seguirán estas reglas: / 1.ª La Comisión entregará a la Mesa el dictamen, y en su caso los votos particulares. / 2.ª La Mesa procurará la impresión y reparto de uno y otros, y señalará fecha para el debate. / 3.ª Empezará éste por la totalidad, aplicándose las normas sentadas en el artículo 22, párrafos primero a tercero. / 4.ª Se discutirán después los artículos, aplicándose en lo posible los párrafos cuarto a séptimo



de las comisiones es remozada por el reglamento de 1934, en tres sentidos. En primer lugar, la fijación de día para la discusión del dictamen, por el Presidente del Congreso, sigue a su lectura, y no puede comenzar hasta transcurridas veinticuatro horas de la impresión y reparto, salvo acuerdo de urgencia, «por la mayoría efectiva» de la Cámara, a petición del Gobierno o de cincuenta diputados<sup>39</sup>. En segundo lugar se agudizan las formalidades y los plazos: el dictamen debe ser emitido en un término aún limitable de dos meses y firmado por el presidente y el secretario de la Comisión. En tercer lugar, el reglamento dedica su atención a los votos particulares y distingue, entre los defendidos en Comisión, a propósito de su redacción separada y presentación a las Cortes, los individuales disidentes de la mayoría y los correspondientes a fracciones si la mayoría no se alcanzó, instando además a su presentación obligada ante la Cámara en la misma sesión en la que se diera cuenta del dictamen o, como muy tarde, en la siguiente. Por lo demás, el proyecto de reglamento fue enmendado en el sentido de acompañar el dictamen, si lo acordaba la Comisión, por el «informe o exposición de motivos redactado por el ponente o ponentes»<sup>40</sup>.

---

del propio artículo. / 5.ª Las enmiendas habrán de ir suscritas por siete Diputados como mínimo y 14 como máximo. / 6.ª No cabrá iniciativa de aumento de gastos o minoración de ingresos que no haya sido aceptada previamente por el Gobierno». Artículo 44 DCC y RPC: «Cuando haya de discutirse algún proyecto, se seguirán estas reglas: / 1.ª La Comisión entregará a la Mesa el dictamen y, en su caso, los votos particulares. / 2.ª La Mesa procurará la impresión y reparto de uno y otros, y señalará fecha para el debate. / 3.ª Este habrá de sujetarse a las normas señaladas en el art. 22. / 4.ª Las enmiendas habrán de ir suscritas por siete Diputados como mínimo, y 14 como máximo. / 5.ª No será tomada en consideración ninguna enmienda o adición que proponga aumento de gastos o minoración de ingresos que esté firmada por menos de 15 Diputados». En la redacción de RPC, 2.ª, se sustituye «procurará» por «dispondrá», en virtud de la enmienda aprobada del diputado Baeza Medina «a fin de que no resulte una facultad casi discrecional de la Mesa, sino una obligación» (DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 45).

<sup>39</sup> Artículo 69 PRC y RCD: «1) Leído el dictamen de una Comisión sobre cualquier materia, el Presidente señalará día para su discusión. / 2) Se imprimirán todos los dictámenes, y la discusión no podrá comenzar hasta transcurridas veinticuatro horas después de haberse impreso y repartido el dictamen de que se trate. Se exceptúa el caso en que la Cámara, a petición del Gobierno o de 50 Diputados, acuerde la urgencia, solamente a los efectos de la discusión. Este acuerdo deberá adoptarse por la mayoría efectiva de Diputados que compongan las Cortes». Leído y aprobado sin discusión (DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, p. 4.696).

<sup>40</sup> Art. 55 RCD: «1) Las Comisiones formularán, acerca de cada uno de los asuntos, sus dictámenes, y los presentarán a las Cortes. Dichos dictámenes serán firmados por el Presidente y Secretario de la Comisión, a efectos reglamentarios. A los dictámenes podrá acompañarse, si lo acuerda la Comisión, el informe o exposición de motivos redactado por el ponente o ponentes que hayan sido designados, con arreglo a lo prevenido en el párrafo 2.º del art. 53. / 2) La Comisión deberá emitir dictamen en el plazo máximo de dos meses. La Cámara podrá limitar este plazo mediante acuerdo, en cuya discusión sólo cabrá un turno en pro y otro en contra, por tiempo no superior a diez minutos. / 3) Los votos de los individuos de una Comisión que disientan de la mayoría se redactarán por separado y se presentarán también a las Cortes, así como los votos de las diversas fracciones en que se divida la Comisión cuando no obtenga mayoría ningún dictamen. / 4) No cabrá presentar voto particular sino en la misma sesión en que se diera cuenta a la Cámara del dictamen emitido, o a lo sumo en la sesión siguiente». Es la segunda oración del párrafo primero la que se añade al artículo 55 PRC. La enmienda fue defendida por el diputado Luis Rodríguez de Viguri (acompañado en la firma por Blanco, Taboada, Comín, Sangenis, Álvarez Lara y García Vedoya) que defendió el modelo parlamentario francés de los «rapports» o

Comenzaba, pues, la discusión, en sesión pública. El quórum quedó fijado en cien diputados, necesarios para la adopción de acuerdo pero no para la apertura de las sesiones<sup>41</sup>. Los reglamentos de 1931 remitían al juicio de la Mesa del Congreso, por su valoración de las materias objeto de debate, la eventual declaración de su celebración secreta<sup>42</sup>, pero el reglamento de 1934 declaró además el secreto de las sesiones para los asuntos de la Comisión de Gobierno interior, o en el caso de petición del Gobierno o de siete diputados, admitiendo que una sesión pública fuera convertida en secreta a propuesta del Presidente del Congreso o de un diputado, o viceversa por acuerdo de la Cámara<sup>43</sup>. Dicho

---

informes «en que el Diputado designado hace historia de los antecedentes del proyecto del Gobierno y estudia todas las modificaciones que se introducen» (DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, p. 4.693).

<sup>41</sup> El artículo 43 RPG había establecido: «A reserva de lo dispuesto en el apartado relativo a las votaciones, para toda resolución será necesaria la presencia de setenta Diputados por lo menos; pero la falta de este número no será en ningún caso motivo para que la sesión deje de abrirse o para que se suspenda, aunque sí para que se aplaze todo acuerdo»; pero el artículo 43 DCC y RPC elevó a cien el número de los diputados (aprobado sin discusión: DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 45), mantenido por el artículo 63 PRC y RCD: «Para adoptar acuerdos que no exijan el *quorum* especial, bastará con que se hallen presentes cien Diputados al menos; pero la falta de este número no será en ningún caso motivo para que la sesión deje de abrirse o para que se suspenda, aunque sí para que se aplaze todo acuerdo» (leído y aprobado sin discusión: DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, p. 4.695). Se trataba de la cifra requerida por el artículo 51 RPG y el artículo 52 DCC y RPC respecto del quórum exigido para la adopción de acuerdos sobre el articulado o las enmiendas presentadas al proyecto de Constitución: «Para adoptar acuerdos respecto a artículos o enmiendas del proyecto constitucional, se requerirá la presencia de cien Diputados como mínimo, prevaleciendo el criterio que logre la mayoría de los votos emitidos» (aprobado tras su lectura sin discusión: DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 46).

<sup>42</sup> Artículo 41 RPG, DCC y RPC: «Las sesiones serán públicas, pero se celebrará sesión secreta cuando las Cortes hayan de resolver sobre asuntos concernientes a su decoro o al de sus individuos, y también cuando lo exijan, a juicio de la Mesa, las materias que hayan de debatirse». El diputado Franco presentó una enmienda para que las sesiones del Congreso fueran radiadas, salvo si la Mesa o la Cámara, por razón de la materia; es interesante el episodio que cuenta, en apoyo de la enmienda, el diputado Niembro: «Sres. Diputados, es un hecho conocido por toda la Cámara que, por iniciativa del Gobierno o de elementos de autoridad en esta Casa, se hizo una instalación de radio que, según referencias de Prensa, ha costado al país 36.000 pesetas. De la noche a la mañana, para la sesión preparatoria, esa instalación se hizo. Todos pudimos verla. Al día siguiente, en el que se celebró la solemne sesión de apertura de Cortes, había desaparecido ya esa instalación, dejando exclusivamente el micrófono para escuchar el magnífico discurso del Presidente de este Gobierno provisional. Y yo digo: si el Gobierno, o la autoridad que haya sido, hizo esa instalación y luego en veinticuatro horas ha desaparecido, eso debe explicarse y, sobre todo, el país, que está pendiente de la labor y de la gestión de los Diputados que ha elegido, tiene perfecto derecho —porque se le ha dicho hasta por los mismos señores que constituyen el Gobierno—, puede y debe enterarse de todo aquello que redunde en beneficio de nuestra Patria y de la República; Rey Mora se opuso a la enmienda, que efectivamente fue desechada, entendiéndose «que el país espera de nosotros actos, pero no discursos, y que el instalar la radio aquí es fomentar un torneo de oradores espontáneos que harán uso de la palabra con el objeto exclusivo de lucirse y ser aplaudidos» (DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, pp. 44-45).

<sup>43</sup> Artículo 59 RCD: «1) Las sesiones serán públicas. Las Cortes se constituirán, sin embargo, en sesión secreta para tratar de los asuntos de que dé cuenta la Comisión de Gobierno interior, para resolver acerca de cuestiones concernientes a su decoro o al de sus individuos, cuando se discutan suplicatorios, a petición del Gobierno o en virtud de la formulada por siete Diputados, con expresión de su objeto, y cuando lo exijan, a juicio de la Mesa, las materias que hayan de

esto, el reglamento de 1934 amplía muy considerablemente la regulación de la discusión de los dictámenes, manteniendo algún criterio e introduciendo novedades respecto de la normativa que los reglamentos provisionales habían elaborado en referencia principalmente a la discusión del proyecto de Constitución. Éste es el camino:

1.º Discusión de la totalidad del dictamen, que se entiende «sobre el principio, espíritu y oportunidad del proyecto». Interviene un diputado por cada grupo o fracción de la Cámara. Tres turnos en pro y tres turnos en contra, cada uno con una duración máxima de cuarenta y cinco minutos<sup>44</sup>. El grupo o fracción que no haya consumido turno puede designar a un diputado para que fije su criterio en una intervención con un máximo de veinte minutos<sup>45</sup>.

2.º Discusión por artículos.

a) Discusión de los votos particulares. Se comienza por el que el Presidente considere más apartado del dictamen (aquéllos formulados respecto de la totalidad han de ser desdoblados por artículos): interviene uno de sus firmantes y responde un miembro de la Comisión, en turnos con un máximo de veinte minutos, se exponen rectificaciones en un máximo de diez minutos y se vota

---

tratarse. / 2) Aun cuando se haya empezado a tratar de un asunto en sesión pública, la Cámara, a propuesta del Presidente o de un Diputado, puede acordar se continúe tratando del mismo asunto en sesión secreta. / 3) Para hacer a las Cortes la pregunta concerniente al caso previsto en el apartado anterior, y para que aquéllas resuelvan sobre la misma, con discusión o sin ella, el Presidente podrá suspender la sesión pública, mandando despejar las tribunas. / 4) De la misma manera, si empezada una sesión secreta estimare la Cámara que puede tratarse sin inconveniente en sesión pública del asunto que la motivó, lo acordará así». El artículo 59 PRC declaraba secretas las sesiones en las que se discutiera el Presupuesto de las Cortes, pero un ruego del diputado Abilio Calderón interesó su eliminación, explicando ese secreto como propio del bicameralismo (autonomía de presupuestos del Congreso y el Senado: «pero ahora no existe más que una Cámara, que por cierto gasta ella sola tanto como se invertía antes en dos»: habla después de un presupuesto de diez millones de pesetas) y no cohonestable con la necesidad de ejemplaridad y publicidad ante el país de la política de inversión y asuntos económicos de la Cámara (DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, pp. 4.694-4.695).

<sup>44</sup> El diputado Joaquín Chapaprieta consideró que el tiempo era escaso, y proponía la enmienda de que la Mesa pudiera prorrogar una discusión relevante «por su importancia, por su interés, por la autoridad del orador, por tantas y tantas circunstancias puramente de momento», finalmente no valorada en la réplica de Emilio Alfredo Serrano Jover (para quien «los términos rígidos hay que conservarlos para darle a la Presidencia una facultad en la normalización de los debates y en la constricción de los mismos») ni en la aprobación del artículo (DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, pp. 4.696-4.699).

<sup>45</sup> Artículo 70 RCD: «1) En todos los dictámenes se abrirá un debate de totalidad que recaerá sobre el principio, espíritu y oportunidad del proyecto. Terminado este debate se pasará a la discusión por artículos. / 2) En la discusión de totalidad no podrán consumirse más que tres turnos en pro y tres turnos en contra. Cada uno de estos turnos tendrá como duración máxima cuarenta y cinco minutos. / 3) Cada fracción o grupo de la Cámara no podrá estar representada por más de un Diputado en la discusión de totalidad. / 4) Cada una de las fracciones o grupos que no hayan consumido turno en el debate de totalidad podrá designar un Diputado que fije el criterio de las mismas en orden al proyecto de que se trate, sin que ninguna de estas intervenciones pueda exceder de veinte minutos». El artículo 70 PRC sólo variaba en la utilización del término «minoría» en vez de «grupo».

inmediatamente<sup>46</sup>. Ningún miembro de la Comisión puede replantear como voto particular la primitiva redacción del dictamen si la Cámara acordó su consideración, pero puede hacerlo si la Comisión lo aceptó sin tal acuerdo. Sobre el voto particular tomado en consideración por la Cámara no caben enmiendas, pero sí la formulación de las presentadas respecto del dictamen primitivo, con nueva redacción (para la que se cuenta con quince minutos, suspendida la discusión) si el Presidente las hubiera considerado devenidas «notoriamente incongruentes»<sup>47</sup>.

b) *Discusión de las enmiendas.* Han de ser presentadas antes de comenzar la discusión del artículo correspondiente, suscritas por un mínimo de siete diputados. Cada fracción parlamentaria puede presentar no más de tres enmiendas<sup>48</sup>, y sólo una el diputado no adscrito a ninguna fracción. Una vez leída, se traslada la enmienda a la Comisión y se inserta en el *Diario de Sesiones*. En el caso de que la Comisión admita la enmienda, se incorpora su texto al dictamen, aunque –conforme al voto particular del diputado Julián Besteiro<sup>49</sup>– siete diputados podrían reproducir como enmienda el dictamen primitivo. Si la Comisión

<sup>46</sup> Artículo 71 PRC y RCD: «1) Concluída la discusión de totalidad, si existiesen votos particulares formulados dentro del plazo, el debate de cada artículo comenzará por los votos que le afecten. En caso de que hubiere varios, se dará preferencia al que más se aparte del dictamen a juicio de la Presidencia. No se admitirán votos particulares de totalidad, y los que afecten a más de un artículo se entenderán desdoblados en tantos votos como artículos sean objeto de discrepancia o modificación. / 2) Cada voto particular se tramitará en esta forma: defensa de su contenido por uno de los firmantes; respuesta de la Comisión por uno solo de sus miembros; y votación inmediata, previas las rectificaciones estrictas procedentes. / 3) Ninguno de los turnos durará más de veinte minutos y las rectificaciones más de diez». Aprobado tras su lectura sin discusión (DSC, núm. 121, 14 de noviembre de 1934, p. 4.727).

<sup>47</sup> Artículo 72 PRC y RCD: «1) Si la Cámara toma en consideración un voto particular, substituirá al texto del dictamen emitido por la Comisión, sin que los individuos de ésta puedan reproducir, como nuevo voto particular, el texto del dictamen primitivo. La mera aceptación por la Comisión de un voto particular, sin acuerdo de la Cámara, no implicará la limitación consignada en este párrafo. / 2) El voto particular que sustituye al texto del dictamen de la Comisión, no tendrá que someterse a la tramitación prevista en el párrafo 2.º del art. 69, ni a él podrán presentarse nuevas enmiendas. Sin embargo, las presentadas al dictamen primitivo podrán, si sus autores lo desean, discutirse como enmiendas al nuevo texto, a no ser que fueran notoriamente incongruentes a juicio de la Presidencia. En este caso, y a petición de cualquiera de los firmantes, se suspenderá la discusión durante quince minutos para presentarlas nuevamente redactadas». El diputado Chapaprieta planteó el caso de la conformidad con el dictamen primitivo, por lo tanto sin emisión de voto particular, que se transforma en disconformidad con el dictamen que incorpora otro voto particular, a lo que Alonso de Armijo contestó le parecía «dilatar indefinidamente las discusiones» la admisión de la formulación de nuevos votos particulares –y de nuevas enmiendas– a los dictámenes nuevos por incorporación de votos particulares –o enmiendas– (DSC, núm. 121, 14 de noviembre de 1934, pp. 4.727-4.729).

<sup>48</sup> Los diputados Lamonedá, González Suárez, Llopis, Bilbao, Mairal, Martínez Gil, Sabrás y De los Ríos presentaron una enmienda, rechazada por la Comisión, en el sentido de permitir la formulación de hasta seis enmiendas a los dictámenes que consten de cinco o menos artículos (DSC, apéndice 15 al núm. 109 y núm. 121, 14 de noviembre de 1934, p. 4.732).

<sup>49</sup> En DSC, apéndice 3.º al núm. 117. Es la única parte que altera el texto del artículo 73 PRC, aceptado el voto particular por la Comisión (DSC, núm. 121, 14 de noviembre de 1934, p. 4.729).

no admite la enmienda, se abren turnos con un máximo de diez minutos para defensa por un firmante y contestación de un comisionado: tras rectificaciones expuestas, nunca por encima de los diez minutos, se procede inmediatamente a la votación<sup>50</sup>.

c) Discusión de los artículos, tras su lectura ora en su redacción primitiva ora incorporados los votos particulares y enmiendas aceptadas. Dos turnos, uno en pro y otro en contra, con un máximo de veinte minutos, y una sola rectificación de hasta diez minutos. Las fracciones<sup>51</sup> pueden intervenir –mas sin rectificaciones ni contestaciones de la Comisión, en tal caso– para explicar su voto, a lo sumo en diez minutos<sup>52</sup>.

Los dictámenes podían ser retirados por la Comisión para proceder a una nueva redacción, pero el Gobierno tenía prohibido hacerlo cuando la Cámara

---

<sup>50</sup> Artículo 73 RCD: «1) En la discusión por artículos y una vez tomado acuerdo sobre los votos particulares que hubiere, se procederá a discutir las enmiendas. / 2) Estas deberán ir suscritas por siete Diputados como mínimo y habrán de presentarse antes de comenzar la discusión del artículo respectivo, salvo lo previsto en el artículo anterior. La Mesa rechazará de plano toda enmienda que no reúna estas condiciones. / 3) A cada artículo de un dictamen no podrán presentarse más de tres enmiendas por cada fracción parlamentaria. Los Diputados que no estén adscritos a ninguna fracción sólo podrán presentar una enmienda a cada artículo. Si una enmienda estuviera suscrita por Diputados pertenecientes a diversas fracciones, se computará a la fracción a que pertenezca el Diputado que la defiende. / 4) Las enmiendas, tan pronto sean leídas, se pasarán a la Comisión y se imprimirán asimismo, como apéndice al *Diario* o en el texto de éste si se presentaran en la misma sesión. / 5) La Comisión dirá si se admite o no la enmienda de que se trate; en el primer caso, se entenderá tomada en consideración e incorporado su texto al dictamen; pero, a petición de siete Diputados, podrá reproducirse como enmienda el texto primitivo. Si la enmienda no es admitida por la Comisión, uno de los autores podrá apoyarla, contestándole, en nombre de la Comisión, uno solo de sus miembros. Ni la defensa de la enmienda ni la contestación podrán durar más de veinte minutos. Las rectificaciones no podrán exceder de diez minutos. Inmediatamente se procederá a la votación. / 6) Tramitadas las enmiendas, se discutirá el texto del artículo, tal como aparezca en su redacción primitiva o con las modificaciones introducidas en su caso por votos particulares o enmiendas, procediéndose para ello a nueva lectura del texto resultante».

<sup>51</sup> El diputado Chapaprieta defendía que los diputados independientes pudieran también explicar su voto, lo que a Serrano Jover le parecía proclive «a una situación anárquica, ya que en una Cámara donde pueden ser más de 25 ó 30 los Diputados independientes, si cada uno explicase su voto en estas discusiones generales, sería completamente imposible que ningún debate terminase»; pero aquél insistió: «Una de dos: o se dice que no hay posibilidad de que haya Diputados independientes; que es forzoso, antes de venir a esta Cámara, adscribirse a un partido –lo cual tendría la gallardía de sostener el régimen corporativo dentro de la Cámara–, o, si se acepta la posibilidad de que el Cuerpo electoral puede elegir a quien quiera, aquel que viene aquí con 80.000 ó 100.000 votos tiene derecho a decir por qué vota en uno u otro sentido»; sin embargo, Gil Robles consideraba que transgír en este punto era conceder un privilegio a los diputados independientes sobre los «englobados en la disciplina de un partido», y que se trataba no de la creación de una especie de régimen corporativo sino de «un régimen de refuerzo de partidos» (DSC, núm. 121, 14 de noviembre de 1934, pp. 4.729-4.732).

<sup>52</sup> Artículo 73 PRC y RCD: «7) Cabrán en esta discusión un turno en contra y otro en pro, ninguno por plazo superior a veinte minutos. Cada orador podrá rectificar una sola vez por tiempo máximo de diez minutos. / 8) Las diversas fracciones parlamentarias podrán explicar su voto por plazo máximo de diez minutos. En esta parte de la discusión no se permitirán contestaciones de la Comisión ni rectificaciones».

hubiera adoptado ya un acuerdo sobre todo el articulado<sup>53</sup>. El régimen reglamentario de la discusión de los dictámenes –sin perjuicio de normas especiales como las que afectaban a los presupuestos generales del Estado, para los que resultaba en todo caso supletorio el procedimiento común<sup>54</sup>– regulaba por lo demás la petición de un diputado a la Presidencia para la lectura de normativa

<sup>53</sup> Artículo 77 PRC y RCD: «1) Las Comisiones podrán retirar en todo o en parte los dictámenes que emitieren, para presentarlos redactados de nuevo. / 2) El Gobierno no podrá retirar un dictamen emitido sobre un proyecto debido a su iniciativa, cuando sobre todos sus artículos haya recaído acuerdo de la Cámara». El diputado Calderón pretendió sin éxito que la prohibición de retirar dictamen una vez recaído acuerdo de la Cámara afectara también expresamente a la Comisión, lo que Gil Robles consideró «tan dentro de la lógica del precepto, que no necesita aclaración» (DSC, núm. 121, 14 de noviembre de 1934, p. 4736).

<sup>54</sup> Artículo 74 RCD: «1) Aparte lo dispuesto en el art. 70, los Presupuestos se discutirán por separado, en el orden que acuerde el Congreso. El Presupuesto de cada Sección se discutirá en su totalidad. Terminada esta discusión se procederá a la de los votos particulares o enmiendas presentados a cada uno de los capítulos. La votación será por artículos, facultándose al Presidente para adoptar la forma que más se acomode a la estructura del Presupuesto. / 2) El articulado de la ley de Presupuestos comprenderá únicamente las disposiciones que determinen las cantidades a que hayan de ascender los ingresos y los gastos, y las que sean necesarias para la administración del Presupuesto. La Comisión de presupuestos emitirá dictamen en este sentido, sin proponer al Congreso nuevas leyes, ni modificar las vigentes por medio de preceptos contenidos en dicho articulado. / 3) Ni el dictamen ni los votos particulares en materia de Presupuestos podrán entrañar, dentro de cada artículo ni capítulo, aumento de gastos o supresión de ingresos. Las enmiendas que se presenten al dictamen de Presupuestos no podrán tampoco implicar tales aumentos o minoraciones, si no van autorizadas con las firmas de la décima parte de los Diputados que integren la Cámara. Su aprobación requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta del Congreso. / 4) Regirán, por lo demás, en materia de Presupuestos, las normas generales establecidas para toda discusión». El artículo 74.1 PRC se refería a Ministerio en vez de a Sección, pero en este punto se admitió la enmienda del diputado Rodríguez de Viguri («porque se da el caso de que existen en el presupuesto de las Obligaciones de los Departamentos ministeriales determinadas secciones que no corresponden a Ministerio alguno, por ejemplo, la de Acción en Marruecos y el presupuesto de las Posesiones españolas del Africa occidental»), como también en la eliminación de la discusión «por conceptos» (cientos en los presupuestos de departamentos y secciones) que podría hacer «interminable el debate», y en la incorporación del contenido del artículo 108 de la Constitución (DSC, núm. 121, 14 de noviembre de 1934, pp. 4.733-4.734): «Las Cortes no podrán presentar enmienda sobre aumento de créditos a ningún artículo ni capítulo del proyecto de Presupuesto, a no ser con la firma de la décima parte de sus miembros. Su aprobación requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta del Congreso» (el artículo 109 del PC tuvo el siguiente tenor: «El Presupuesto no podrá contener ninguna autorización que permita al Gobierno sobrepasar en el gasto la cifra absoluta consignada en el Presupuesto, salvo caso de guerra. En consecuencia, no podrán existir los créditos llamados ampliables»); decía Antonio ROYO VILLANOVA, *La Constitución Española de 9 de Diciembre de 1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Valladolid, 1934, p. 311: «Mi experiencia personal (...) me hace aplaudir doblemente este artículo 108, pues recuerdo que en las Comisiones de presupuestos pesaban siempre las influencias locales e intereses profesionales para conseguir mejoras y beneficios sin preocuparse de su repercusión en la economía del país. Se había perdido enteramente la idea de la solidaridad económica nacional». En este orden de cosas, el artículo 75 PRC y RCD rezó: «Los dictámenes emitidos por las Comisiones sobre proyectos o proposiciones que impliquen aumento de créditos consignados en Presupuestos o créditos extraordinarios, no podrán rebasar, en su cuantía total, las propuestas formuladas por la iniciativa ministerial o parlamentaria. Estos dictámenes habrán de discutirse juntamente con el informe emitido por la Comisión de presupuestos» (aprobado sin discusión, por el despiste del diputado Calderón: DSC, *ibidem*, p. 4.734).

pertinente –desde 1931, aunque en 1934 se hizo expresa la posible denegación de lecturas «notoriamente impertinentes o inútiles»<sup>55</sup>– así como la reclamación de la observancia del reglamento de la Cámara, sustraída en aquella fecha a toda forma de debate y sometida a la resolución presidencial<sup>56</sup>.

El cierre de la discusión del dictamen podía quedar previsto mediante el señalamiento del día para la conclusión de su votación por acuerdo del Congreso –con un quórum de doscientos diputados<sup>57</sup>– a propuesta del Presidente instado por una minoría, diez diputados, o el Gobierno: la sesión precedente al día de votación sería, pues, la última de discusión, lo que obligaba a comprimir el procedimiento mediante la exclusión de otros asuntos, la limitación a un voto particular y dos enmiendas (los más divergentes del dictamen, a juicio del Presidente), y la reducción a diez minutos, a meros efectos de rectificación «de hecho o concepto», del segundo uso de la palabra, sin lugar para lecturas normativas<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Artículo 50 RPG y artículo 51 DCC y RPC: «Si algún Diputado pidiera durante la discusión o antes de votar, la lectura de leyes, órdenes y documentos que crea conducentes al asunto de que se trata, el Presidente resolverá». Aprobado tras su lectura sin discusión (DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 46). Artículo 80 PRC y RCD: «Cualquier Diputado podrá pedir también, durante la discusión o antes de votar, la lectura de las leyes, órdenes y documentos que crea conducentes a la ilustración del asunto de que se trate. La Presidencia podrá denegar las lecturas que considere notoriamente impertinentes o inútiles». Aprobado tras su lectura sin discusión (DSC, núm. 122, 15 de noviembre de 1934, p. 4.776).

<sup>56</sup> Artículo 81 PRC y RCD: «1) En cualquier estado de la discusión podrá pedir un Diputado la observancia del Reglamento, citando los artículos cuya aplicación reclame. / 2) No cabrá con este motivo debate alguno, debiendo acatarse la resolución que la Presidencia adopte con vista de tal alegación». Aprobado tras su lectura sin discusión (DSC, núm. 122, 15 de noviembre de 1934, p. 4.776). El primer párrafo era el único que constituía el artículo 48 RPG y el artículo 49 DCC y RPC (aprobado tras su lectura sin discusión: DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 46).

<sup>57</sup> La enmienda del diputado Ramón Lamonedá, en el sentido de exigir presencia de la mitad más uno de los diputados de la Cámara (DSC, apéndice 15 al núm. 109) fue desechada por la ausencia del firmante pero en sus argumentos defendida en la intervención de Chapaprieta, que entendía el precepto como una aplicación del sistema de la «guillotina» (cf. artículo 23 RPG, DCC y RPC), suficientemente grave como para requerir mayor quórum, y el número de doscientos diputados como potencialmente obsoleto ante los futuros cambios electorales; Gil Robles le respondió que «el procedimiento actual (...) no es la guillotina en el estricto sentido de la palabra, sino (...) la limitación de turno y de tiempo, pero con margen suficiente de días y de enmiendas» (DSC, núm. 121, 14 de noviembre de 1934, pp. 4.734-4.736).

<sup>58</sup> Artículo 76 PRC y RCD: «1) A instancia de una minoría o bien de 10 Diputados, o del Gobierno, el Presidente, durante la discusión de un dictamen, podrá proponer a la votación del Congreso, sin admitir enmiendas ni consentir discusión de tal propuesta, el señalamiento del día en que haya de concluir la votación de dicho dictamen. / 2) El Congreso no tomará acuerdo sobre la expresada propuesta hasta la sesión siguiente a aquella en que se haya formulado. / 3) Será necesario para que se considere válido el acuerdo que se hallen presentes, al menos, 200 Diputados. / 4) La discusión del dictamen, sea cual fuere su estado, quedará cerrada lo más tarde en la sesión precedente a la del día señalado, y en esta última se terminarán las votaciones que el dictamen ocasione, entendiéndose para este efecto prorrogada indefinidamente. / 5) Desde que esté acordado el antedicho señalamiento, se observarán en la deliberación acerca del dictamen a que él se refiera, las reglas siguientes: / 1.ª Hasta la votación definitiva, caso de poderse realizar seguidamente, ningún otro asunto será tratado durante las horas dedicadas al Orden del día en cada sesión, a reserva de aumentarlas con prórrogas, según lo preceptuado en el párrafo tercero del art. 57 de este Reglamento. / 2.ª A propósito de cada artículo o cada parte

Concluida la discusión, las formas de votación previstas en todos los reglamentos de Cortes fueron el asentimiento a la propuesta del Presidente, la votación ordinaria, la votación nominal, la votación por papeletas (reservada a la elección de personas) y la votación por bolas<sup>59</sup>. El asentimiento se entendía como ausencia de reparo u oposición al anuncio de la Presidencia<sup>60</sup>. Con determinados métodos de garantía y control –y normas que dirimen un hipotético empate–, para la votación ordinaria los diputados se levantaban de sus asientos, aprobando o reprobando; en la nominal –que había de ser pedida por quince diputados– decían sus nombres pronunciándose afirmativa o negativamente; y el escrutinio por bolas sólo se efectuaba por el acuerdo mayoritario de los diputados presentes<sup>61</sup>. Eliminada la posibilidad de que un diputado pre-

---

del dictamen en que haya de recaer votación, no se podrán discutir ni votar más de un voto particular y dos enmiendas, que serán los que, como más divergentes con el dictamen o entre sí, señale el Presidente. / 3.ª Acerca de cada artículo o parte de dictamen que sea asunto de votación, ningún Diputado usará por segunda vez la palabra por más de diez minutos, y sólo para estrictas rectificaciones de hecho o concepto. / 4.ª No se accederá a las lecturas que autoriza el art. 80».

<sup>59</sup> Artículo 82 RCD: «La Cámara tomará sus acuerdos con arreglo a uno de los procedimientos siguientes: / 1.º Por asentimiento a la propuesta presidencial. / 2.º En votación ordinaria. / 3.º En votación nominal. / 4.º En votación por papeletas, y / 5.º En votación por bolas». Así también, pero con algunas diferencias en la redacción, era el artículo 82 PRC (leído y aprobado sin discusión: DSC, núm. 122, 15 de noviembre de 1934, p. 4.776), que mantenía la factura del artículo 53 RPG y artículo 54 DCC y RPC (leído y aprobado sin discusión: DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 46).

<sup>60</sup> Artículo 54 RPG, artículo 55 DCC y RPC y artículo 83 PRC y RCD: «Se entenderán aprobadas las propuestas que haga la Presidencia o que por su orden formule un Secretario, cuando, una vez anunciadas, no se suscite reparo u oposición a ellas» (aprobados tras lectura y sin discusión: DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 46, y DSC, núm. 122, 15 de noviembre de 1934, p. 4.776).

<sup>61</sup> Leídos y aprobados sin discusión todos los artículos que siguen (DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 46, y DSC, núm. 122, 15 de noviembre de 1934, p. 4.776). Artículo 84 PRC y RCD: «1) La votación ordinaria se produce levantándose primero los que aprueban y después los que reprobaban. El resultado lo anunciará uno de los Secretarios. / 2) Si el Secretario tuviere duda o algún Diputado lo reclamare, aun después de publicada la votación, el Presidente nombrará dos Diputados de los que hayan votado en pro y dos de los que hayan votado en contra, para que dos de ellos, uno de cada clase, cuenten a los que aprueban y los otros dos a los que reprobaban, publicando el número a continuación. / 3) Ningún Diputado podrá entrar en el Salón ni salir de él mientras se cuenten los votos. / 4) Toda votación ordinaria se repetirá nominalmente, siempre que alguno de los Diputados que cuenten los votos no esté conforme, después de haberse contado dos veces»; con distinta redacción pero armonía respecto de los artículos 55 RPG y 56 DCC y RPC. Artículo 85 PRC y RCD: «1) La votación será nominal cuando así lo pidan 15 Diputados. / 2) Se verificará diciendo los Diputados sus nombres, por el orden en que estuvieren sentados, y añadiendo *sí* o *no*, según sea el voto de aprobación o de reprobación»; los quince diputados fueron veinticinco en el artículo 55 RPG, por lo demás coincidente, y en el artículo 57 DCC, pero, de manera extraña porque no hubo enmienda (¿se trata de una errata?), en el artículo 57 RPC figuraba ya el número de quince diputados. Artículo 87 PRC y RCD: «1) El escrutinio por bolas servirá para cualquier votación en que se califiquen los actos o conducta de alguna persona o cuando las Cortes lo acuerden por la mayoría de los Diputados presentes. / 2) Para verificar esta clase de votación, cada Diputado, al acercarse a la Mesa, recibirá del Presidente una bola blanca y otra negra, y depositará en la urna destinada al efecto la bola blanca si aprueba y la negra si reprobaba, poniendo en otra urna separada la bola sobrante. / 3) Los Secretarios llevarán lista exacta de



sente salvara su voto sin motivación –incluida en el primer reglamento provisional– los reglamentos posteriores permitieron la adhesión al acuerdo del diputado ausente<sup>62</sup>.

El reglamento de 1934 añadió algunas precisiones técnicas en relación con la aprobación definitiva de la ley mediante la votación de todos los artículos –a la que podía seguir una corrección de estilo por parte de la Comisión dictaminadora–. Por una parte, advertía de que el cómputo de diputados en la votación debía tener en cuenta las abstenciones de los presentes<sup>63</sup>. Por otra parte, excluía la explicación individual del voto y otorgaba un tiempo máximo de diez minutos a un representante de cada minoría<sup>64</sup>. Por último, establecía un quórum de doscientos diputados<sup>65</sup>, y una votación favorable de su mayoría para la adop-

---

votantes. / 4) El Presidente y los Secretarios contarán las bolas, y uno de éstos publicará la votación»; uno los antiguos artículos 58 y 59 RPG y 59 y 60 DCC y RPC. Artículo 89 PRC y RCD: «Cuando ocurriere empate en alguna votación ordinaria, se repetirá. Si resultare nuevo empate, se volverá a votar en la sesión próxima, y si también entonces hubiere empate, se entenderá desechado el dictamen, artículo o proposición de que se trate»; mantiene los términos del artículo 60 RPG y 61 DCC y RPC.

<sup>62</sup> Artículo 61 RPG: «1) Todo Diputado que se halle presente en una votación que no sea secreta, puede salvar su voto, sin motivarlo, en el acta de la sesión inmediata. / 2) Podrán adherirse a las resoluciones de la Cámara todos los Diputados, aun cuando no se hallen presentes al tiempo de tomarlas; esta adhesión no podrá modificar en ningún caso el acuerdo adoptado». El segundo párrafo constituye el artículo 62 DCC y RPC y el artículo 90 PRC y RCD (leídos y aprobados sin discusión, *ibidem*).

<sup>63</sup> Artículo 88 PRC y RCD: «Para el cómputo de los Diputados que hayan tomado parte en una votación, se tendrán en cuenta los que encontrándose presentes, se hubieren abstenido» (leído y aprobado sin discusión: DSC, núm. 122, 15 de noviembre de 1934, p. 4.776).

<sup>64</sup> Artículo 92 PRC y RCD: «No se admitirá la explicación individual del voto. A lo sumo podrá hacerlo un representante de cada minoría interesada después de verificada la votación, y sólo por plazo máximo de diez minutos». Tras su lectura, aprobado sin debate (DSC, núm. 122, 15 de noviembre de 1934, p. 4.792).

<sup>65</sup> En vez de doscientos diputados, la mitad más uno postulaba la enmienda del diputado Lamonedá (DSC, apéndice 15 al núm. 109), ausente en la Cámara. Y la mayoría absoluta, la enmienda de Luis Puig de la Bellacasa (DSC, apéndice 4.º al núm. 120), en cuya defensa intervino Juan Ventosa Calvell, que criticó «el abuso de una mayoría convencional y ficticia» («ni siquiera se preceptúa la presencia real y efectiva de los 200 Diputados, sino que se computan entre los 200 Diputados los 15 que son necesarios para pedir el quórum para la votación definitiva de los proyectos de ley»), y añoró la constitucionalización (la de 1876) de su criterio, como también expresaron después los diputados Landáburu, Royo Villanova y Chapaprieta (quien entendía arbitrario el número de doscientos frente a futuros cambios en la ley electoral). Gil Robles (respaldado después por Goicoechea) replicó fundamentando la falta de previsión constitucional en los cambios del parlamentarismo –«la división de los partidos modernos» y el fin de los turnantes, la desaparición de las «mayorías compactas, homogéneas y suficientes»– y el tenor del proyecto en la evitación de que algún «grupo, relativamente reducido (...) cotice una posición en el momento en que se necesite el ‘quorum’, para arrojar toda su fuerza a favor de determinadas reivindicaciones»; este último argumento no convenció a Ventosa: «yo le digo a S. S. que cuando un Gobierno, con todos los recursos de que dispone, anunciándolo incluso anticipadamente, no cuenta con la energía y autoridad necesaria para conseguir reunir en presencia, aquí, en las Cortes, la mitad más uno de los Diputados, no tiene derecho a seguir gobernando. (...) Pero si se trata de un grupo pequeño, que intente cotizar sus ventajas, sus intereses, sus preferencias, incluso ideológicas, en detrimento de los altos intereses nacionales, eso no lo podrá conseguir más que por la complicidad de la mitad de la Cámara». Para resolver si se tomaba en consideración la enmienda se pidió

ción del acuerdo, en el caso de que lo hubieran solicitado por escrito quince diputados<sup>66</sup>, y no obstante por supuesto otras normas singulares de naturaleza legal o constitucional<sup>67</sup>.

Así las cosas, toda la tramitación que acaba de ser relatada, para con los proyectos de ley presentados por el Gobierno<sup>68</sup>, era de aplicación a las proposiciones de ley presentadas por los diputados<sup>69</sup>. Lo declararon el segundo reglamento provisional de 1931 y el reglamento de 1934, tanto a propósito de la formulación cuanto del procedimiento sucesivo a la toma en consideración<sup>70</sup>. Este planteamiento de las proposiciones de ley, se diría de segundo

---

votación nominal, que arrojó el resultado de 136 votos contra 25 a favor de desecharla (DSC, núm. 122, 15 de noviembre de 1934, pp. 4.776-4.782, 4.791-4.792).

<sup>66</sup> Artículo 91.1 PRC y RCD: «La aprobación definitiva de una ley, después de votados todos sus artículos y de efectuada por la Comisión dictaminadora, si lo estima necesario, la oportuna corrección de estilo, se llevará a cabo en cualquiera de las formas que regula el art. 82. Si lo solicitaren por escrito 15 Diputados, será necesario, para la validez del acuerdo, que se halle presente un mínimo de 200 Diputados, y que la mayoría de éstos emita voto favorable. Para el cómputo de los 200 Diputados se tendrá en cuenta a todos los que hubieren solicitado esta votación, considerándoseles, si no hubieren emitido el voto, como abstenidos».

<sup>67</sup> Así, el artículo 19 de la Constitución rezaba: «El Estado podrá fijar, por medio de una ley, aquellas bases a que habrán de ajustarse las disposiciones legislativas de las regiones autónomas, cuando así lo exigiera la armonía entre los intereses locales y el interés general de la República. Corresponde al Tribunal de Garantías Constitucionales la apreciación previa de esta necesidad. / Para la aprobación de esta ley se necesitará el voto favorable de las dos terceras partes de los Diputados que integren las Cortes. / En las materias reguladas por una ley de Bases de la República las regiones podrán estatuir lo pertinente, por ley o por ordenanza»; obedece a una reforma del artículo 18 PC, que añadía disposiciones «reglamentarias» a las legislativas en el primer párrafo, carecía del segundo y en el tercero establecía un plazo entre no inferior a seis meses ni superior a un año para las leyes u ordenanzas cuya capacidad de dictado, si no ejercida, revertía a las Cortes. La redacción final pertenece al dictamen de 24 de septiembre de 1931 (DSCC, apéndice 7.º al núm. 44) y se aprobó sin discusión (DSCC, núm. 45, 25 de septiembre de 1931, p. 1.248). Para ROYO VILLANOVA, *La Constitución*, op. cit., pp. 75-76, el artículo «contiene un precepto verdaderamente exótico en nuestro país, y desde el punto de vista de la técnica jurídica, bien puede afirmarse que es la confirmación del eclecticismo doctrinal a que responde la Constitución», y la intervención del Tribunal Constitucional, «cuya función jurisdiccional se compadece muy poco con esta intervención que pudiéramos llamar prelegislativa», resulta «notoriamente absurda». En cuanto al párrafo segundo, PÉREZ SERRANO, *La Constitución*, op. cit., p. 105, juzgaba su exigencia «descomunal», que «hará imposible la aprobación de la Ley».

<sup>68</sup> Si el lector quiere presenciar la aplicación de una gran parte de los mecanismos y resortes técnicos de la tramitación legislativa que han sido expuestos, no sólo desde el punto de vista de su utilización pacífica, sino también en la polémica sobre su correcta interpretación y delimitación y posibilidades técnicas, para colmo en el seno de una discusión políticamente viva y acalorada, y con el telón de fondo de la tradición histórica institucional en jaque, queda recomendado el debate sobre la constitucionalización del Consejo de Estado, en DSCC, núm. 72, 11 de noviembre de 1931, pp. 2.235-2.252.

<sup>69</sup> Decía PÉREZ SERRANO, *Tratado*, op. cit., p. 790: «En cuanto a las proposiciones de Ley, se discute si la iniciativa corresponde propiamente al parlamentario o a la Cámara en sí, sosteniendo los que defienden esta última opinión que no hay propiamente proposición de Ley hasta que la Asamblea no se ha pronunciado siquiera provisionalmente acerca de su utilidad acordando la toma en consideración».

<sup>70</sup> Artículo 68 DCC y RPC: «Estas proposiciones deberán estar formuladas como los proyectos del Gobierno»; pero el artículo 76 DCC y RPC remitía para proyectos y proposiciones a

grado<sup>71</sup>, denotaba una concepción de la facultad legislativa al servicio del Gobierno que terminó por reflejarse en el marcial ritmo pautado a la génesis del tracto proposicional y en ciertos retoques reglamentarios. En efecto, el reglamento provisional prescribía que el Presidente pasara la proposición, firmada por al menos siete diputados, a la Comisión oportuna, para que resolviera inmediatamente sobre la autorización de la lectura de aquélla, que habría de tener lugar en sesión pública del Congreso seguida de la exposición de sus fundamentos por uno de los autores; sin debate, la Cámara resolvía a favor o en contra de su toma en consideración, y en el primer caso se daba traslado de la proposición a la Comisión correspondiente<sup>72</sup>. Aquí terminaban las especialidades de la proposición de ley. Pues bien, el reglamento de 1934, que conservó el límite mínimo de siete firmas y fijó un máximo de catorce, estableció cómo, entregada la proposición a la Mesa, ésta daría cuenta al ministro del ramo para que manifestara en ocho días su criterio respecto de la toma en

---

la tramitación del proyecto constitucional, conforme a la luz irradiada por el interés principal del reglamento: «En la discusión de los proyectos y proposiciones de ley regirán las mismas normas establecidas (leído y aprobado sin discusión: DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 46). Artículo 65 PRC y RCD: «Las proposiciones de ley que hicieren los Diputados deberán formularse como los proyectos del Gobierno (...)»; y artículo 67.2 PRC y RCD: «Desde el momento que es tomada en consideración una proposición de ley, seguirá la misma tramitación que los proyectos formulados por el Gobierno» (lo que implicaba el plazo de dos meses para que la Comisión dictaminase una proposición, como Gil Robles aclaró al diputado Del Río: DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, p. 4.696).

<sup>71</sup> PÉREZ SERRANO, *Tratado*, op. cit., p. 790: «Pero lo mismo en los Países de régimen parlamentario (...) que en los totalitarios (...) es el Ministerio el que acapara toda la tarea legislativa: su mayor responsabilidad, la consciencia de su misión, el influjo sobre la Cámara, el exceso de labor que sobre ésta pesa y hasta la mejor preparación técnica de sus iniciativas otorgan primacía indiscutible a los proyectos de Ley. Las proposiciones, muchas veces de sabor localista marcado y casi siempre propensas al radicalismo estéril, a utopismos o soluciones sectarias, y aun en ocasiones a turbios manejos, apenas logran cauce si no es que el Gobierno condesciende a ampararlas».

<sup>72</sup> Artículo 67 DCC y RPC: «Las proposiciones de ley que hicieren los Diputados, deberán ser firmadas por sus autores y entregadas al Presidente» (leído y aprobado sin discusión: DSCC, núm. 3, 18 de julio de 1931, p. 46). Artículo 69 RPC: «Ninguna proposición de ley podrá estar firmada por menos de siete Diputados»; en el artículo 69 DCC se decía «menos», por errata que detectó el diputado Blanco: DSCC, *ibidem*, p. 47). Artículo 70 DCC y RPC: «El Presidente pasará inmediatamente a la Comisión que corresponda las proposiciones de ley que se le presenten»; artículo 71: «La Comisión respectiva resolverá en su reunión inmediata si autoriza o no la lectura de la proposición» (ambos leídos y aprobados sin discusión: *ibidem*, p. 47). Artículo 72: «Basta que una Comisión autorice la lectura, para que ésta se verifique en sesión pública del Congreso, incluyendo al efecto la proposición entre los asuntos señalados al Orden del día»; el diputado Baeza Medina pretendió fijar un término de ocho días, pero Alonso de Armiño defendió la conveniencia de dejar a la Mesa y al Gobierno «libertad bastante para regular el orden del día de los debates» (*ibidem*). Artículo 73: «Uno de los autores de la proposición podrá exponer de palabra los motivos y fundamentos de ella en seguida de su lectura»; artículo 74: «Verificada esta exposición de motivos, o renunciando a ella el autor o autores de la proposición, se preguntará a las Cortes si la toma en consideración o no. Para esta resolución no se permitirá debate alguno»; artículo 75: «Tomada en consideración una proposición de ley, pasará a la respectiva Comisión permanente, a menos que las Cortes acuerden, en la forma establecida en el art. 66, que se nombre una Comisión especial» (todos leídos y aprobados sin discusión, *ibidem*).

consideración; con su respuesta o sin ella, la Comisión autorizaría o no en treinta días<sup>73</sup> la lectura de la proposición<sup>74</sup>, de acuerdo con las reglas referidas mas con la diferencia de un tiempo de quince minutos máximo ordenado para la exposición oral de la motivación de la iniciativa<sup>75</sup>; hasta el momento de la toma en consideración, el autor de la proposición podía retirarla<sup>76</sup>. Finalmente, el reglamento añadió que la Mesa debía rechazar de plano<sup>77</sup> toda proposición que implicara aumento de gastos o disminución de ingresos del Tesoro si no contaba con el voto favorable de la mayoría absoluta del Congreso<sup>78</sup>. Un régimen de la proposición de ley en el que la Constitución había subsumido la iniciativa legislativa popular –de un quince por ciento mínimo del cuerpo electoral– sobre la que nada añadieron, pues se remitía a ley especial (que no fue), los reglamentos parlamentarios<sup>79</sup>.

La ley –que fue proyecto o proposición– aprobada definitivamente mediante la votación de su articulado quedaba, por lo tanto, sancionada por las Cortes. Entonces, la ley sancionada debía ser enviada al Presidente de la República en un ejemplar duplicado firmado por el Presidente del Congreso y dos secretarios. Conforme al mandato constitucional, la jefatura del Estado contaba con

<sup>73</sup> Este plazo no figuraba en el artículo 65 PRC, y fue incorporado a propuesta del diputado Del Río (DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, pp. 4.695-4.696).

<sup>74</sup> Artículo 65 RCD: «1) Las proposiciones de ley que hicieren los Diputados deberán formularse como los proyectos del Gobierno e ir firmadas por siete de aquéllos como mínimo y por 14 como máximo, salvo lo dispuesto en el art. 68 de este Reglamento. / 2) Una vez firmadas, se entregarán a la Mesa, y la Presidencia dará cuenta de las mismas al Ministro correspondiente, para que manifieste su criterio respecto a la toma en consideración. / 3) Recibida respuesta del Ministro, y en todo caso sin ella, cuando no llegare en ocho días, se dará cuenta a la Comisión correspondiente para que autorice o no la lectura de la proposición, en el plazo máximo de treinta días».

<sup>75</sup> Artículo 66 PRC y RCD: «1) Si la Comisión autoriza dicha lectura, se incluirá el asunto entre los señalados en el Orden del día, y uno de los autores podrá exponer de palabra, durante el plazo máximo de quince minutos, los motivos y fundamentos de la iniciativa. / 2) Expuestos los motivos o habiendo renunciado a ello los autores de la proposición, se preguntará a las Cortes si la toman en consideración o no. Para esta resolución no se permitirá debate alguno»; y artículo 67.1: «Tomada en consideración la proposición de ley, pasará de nuevo a la Comisión permanente respectiva, a menos que las Cortes acuerden, en la forma establecida en el art. 48, que se nombre una Comisión especial». Leídos y aprobados sin discusión (DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, p. 4.696).

<sup>76</sup> Artículo 77.3 PRC y RCD: «El autor de una proposición podrá retirarla antes de que el Congreso la haya tomado en consideración».

<sup>77</sup> Recordando la normativa del reglamento provisional respecto de las enmiendas en las discusiones de los dictámenes: cf. el artículo 44.5 DCC y RPC.

<sup>78</sup> Artículo 68 PRC y RCD: «La Mesa rechazará de plano las proposiciones que entreñen un aumento de gastos o minoración de ingresos para el Tesoro, sobre los consignados en Presupuestos, a menos que estén suscritas por el número de Diputados que se exige para las enmiendas reguladas en el art. 108 de la Constitución» (leído y aprobado sin discusión: DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, p. 4.696).

<sup>79</sup> Artículo 66, párrafos tercero y cuarto, de la Constitución: «El pueblo podrá asimismo, ejerciendo el derecho de iniciativa, presentar a las Cortes una proposición de ley siempre que lo pida, por lo menos, el 15 por 100 de los electores. / Una ley especial regulará el procedimiento y las garantías del «referéndum» y de la iniciativa popular». No figuraba este precepto en el PC.

quince días para proceder a la promulgación de la ley<sup>80</sup> (competencia del Presidente de las Cortes en el caso de la ley del Presupuesto general del Estado<sup>81</sup>), devolviendo –de acuerdo con el reglamento de 1934– uno de los ejemplares<sup>82</sup>. Dicho esto, el reglamento distinguía entre dos tipos de leyes:

a) Leyes votadas con carácter de urgencia. De acuerdo con la Constitución, la urgencia debía haber sido declarada, con un quórum de doscientos diputados, por las dos terceras partes de los votos nominalmente emitidos en el Congreso<sup>83</sup>, y anotada al final del mensaje de elevación de la ley sancionada al Presidente de la República<sup>84</sup>. En tal caso, éste debía promulgarla inmediatamente<sup>85</sup>.

b) Leyes votadas sin carácter de urgencia. La Constitución otorga al Presidente de la República la facultad de pedir al Congreso mediante un mensaje razonado, antes de la promulgación de la ley, su sometimiento a una nueva deliberación. Esto implica el retorno de la ley a la Comisión que dictaminó sobre ella a efectos de la elaboración de un dictamen suplementario sobre el que se abrirá una nueva discusión, con los turnos ordinarios de totalidad pero un debate sobre artículos concentrado en las materias objeto de reparo. Si como resultado de esta discusión la ley es aprobada, en votación nominal<sup>86</sup>, por una

---

<sup>80</sup> El artículo 82 PC se convirtió, con meros retoques de redacción, en el definitivo artículo 83 de la Constitución, cuyo párrafo primero establecía: «El Presidente promulgará las leyes sancionadas por el Congreso, dentro del plazo de quince días, contados desde aquel en que la sanción le hubiere sido oficialmente comunicada».

<sup>81</sup> El artículo 110 de la Constitución decía: «El Presupuesto general será ejecutivo por el solo voto de las Cortes, y no requerirá, para su vigencia, la promulgación del jefe del Estado» (el artículo 106 PC sólo presentaba la variante del término «parlamento» por «Cortes»). Congruentemente, el artículo 35 RCD señalaba: «Incumbe privativamente al Presidente de las Cortes, con arreglo al art. 110 de la Constitución, promulgar y publicar, una vez aprobado, el Presupuesto general del Estado» (leído y aprobado sin discusión: DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, p. 4.686). ROYO VILLANOVA, *La Constitución*, op. cit., pp. 315-316, no entendía la «desconfianza» o «desatención» hacia el Presidente de la República que este artículo implicaba, habida cuenta de cómo el Jefe del Estado necesita el refrendo del Gobierno para todos sus actos.

<sup>82</sup> Artículo 108 PRC y RCD: «1) Las leyes sancionadas por las Cortes se enviarán al Presidente de la República en ejemplar duplicado, y que firmarán el Presidente y dos Secretarios. / 2) El Jefe del Estado devolverá uno de dichos ejemplares dentro de los quince días naturales siguientes a aquél en que la ley sancionada se le enviara». Leído y aprobado (también los párrafos siguientes) sin discusión (DSC, núm. 123, 15 de noviembre de 1934, p. 4.835).

<sup>83</sup> Artículo 91.2 PRC y RCD: «Cuando se quiera declarar la urgencia del proyecto con arreglo al art. 83 de la Constitución, será necesario la adopción del acuerdo en votación nominal, el mismo quórum de presencia que determina el párrafo anterior y el voto favorable de dos terceras partes de los presentes».

<sup>84</sup> Artículo 108.3 PRC y RCD: «Cuando la ley se haya votado con carácter de urgencia, se hará constar así al final del mensaje en que su texto se eleve a la Presidencia de la República».

<sup>85</sup> Artículo 83, párrafo segundo, de la Constitución (82, párrafo segundo, PC, con corrección de estilo): «Si la ley se declara urgente por las dos terceras partes de los votos emitidos por el Congreso, el Presidente procederá a su inmediata promulgación».

<sup>86</sup> Artículo 108 PRC y RCD: «4) Si el Jefe del Estado devolviera con el mensaje razonado de que habla la Constitución en su artículo 83, alguna ley de las remitidas a su firma, se dará cuenta a la Cámara, volverá a entender en el asunto la misma Comisión que lo dictaminara y sobre el dictamen suplementario que ella formule cabrá nueva discusión. / 5) Se abrirán los turnos

mayoría de dos tercios de los votos emitidos, la jefatura del Estado adquiere la obligación de proceder a la promulgación<sup>87</sup>. Durante la discusión del proyecto constitucional el diputado Antonio Royo Villanova presentó una enmienda en defensa de la supresión del precepto, por entender que consagraba un derecho de veto suspensivo «que puede ser absoluto»<sup>88</sup>, y el diputado Jaime Carner Romeu otra que ofrecía al Presidente de la República la alternativa, tras la segunda discusión, de bien promulgar la ley, bien hacer al pueblo la propuesta de su anulación<sup>89</sup>. Ambas, de signo opuesto en la tensión entre Legislativo y Ejecutivo, fueron rechazadas.

---

ordinarios sobre totalidad. La discusión sobre el articulado se limitará a las materias que hayan sido objeto de los reparos formulados. / 6) La votación será nominal y su resultado se comunicará al Presidente de la República».

<sup>87</sup> Artículo 83, párrafo tercero, de la Constitución (82, párrafos tercero y cuarto, PC, con corrección de estilo): «Antes de promulgar las leyes no declaradas urgentes, el Presidente podrá pedir al Congreso, en mensaje razonado, que las someta a nueva deliberación. Si volvieran a ser aprobadas por una mayoría de dos tercios de votantes, el Presidente quedará obligado a promulgarlas». Escuchemos a PÉREZ SERRANO, *La Constitución*, op. cit., pp. 271-272: «Poniendo un ejemplo, resultará: Diputados en el ejercicio del cargo, 466. Quórum indispensable para aprobar la Ley, 234. Mayoría necesaria para invalidar el veto o acordar la urgencia, 156. Parece realmente poco».

<sup>88</sup> La enmienda estaba firmada el 28 de octubre de 1931 en el Palacio de las Cortes por Royo Villanova, Fernández Castillejo, Rogelio Pérez, Ayats, Roldán, Gusano y Juarros: «Los Diputados que suscriben, creyendo que un Presidente de República no puede tener más atribuciones que un rey constitucional, y recordando que en nuestro país jamás ejerció la Corona ningún género de veto suspensivo en relación con las leyes votadas en Cortes, tienen el honor de proponer la siguiente enmienda al art. 82 del proyecto de Constitución: / 'En el art. 82 se suprimirá el apartado tercero'» (DSCC, apéndice 1.º al núm. 64). En el Congreso, Royo expuso cómo le parecía el Parlamento «menos temible que el Gobierno», y explicaba cómo el veto suspensivo del Presidente de la República podía devenir absoluto en la práctica con estas palabras: «Yo invito a los Sres. Diputados a que recuerden cuántas veces en las votaciones de estas Cortes (en todas, no sólo en las efectuadas hoy) la mayoría ha doblado los votos de la minoría; y si pensáis en lo difícil que es que la mayoría doble los votos de la minoría, ¿vais a votar el veto absoluto del Presidente, que es lo más antidemocrático, lo más antiliberal y, sobre todo, lo más antiparlamentario?». Villanueva creía necesario el veto: «si hubiésemos establecido un sistema bicameral, entonces el Senado sería la Cámara vetante, como habíamos propuesto nosotros, pero en el sistema unicameral, el Presidente de la República ha de tener esa atribución de veto, que no es un veto absoluto sino suspensivo»; y aclaró a Madariaga, a propósito de la posible colisión del precepto con el artículo 83.1 PC y 84.1 de la Constitución («Serán nulos y sin fuerza alguna de obligar los actos y mandatos del Presidente que no estén refrendados por un Ministro»), que ese veto era «facultad exclusiva» del Presidente y no tenía que ir refrendado por el Gobierno (DSCC, núm. 68, 4 de noviembre de 1931, pp. 2.121-2.123).

<sup>89</sup> La enmienda estaba firmada el 4 de noviembre de 1931 en el Palacio del Congreso por Carner, Layret, Corominas, Palet, Lluhí, Aragay y Selvas: «Si la ley volviese a ser aprobada por una mayoría de dos tercios de partes de votantes, el Presidente deberá promulgarla o propondrá al pueblo su anulación con arreglo al procedimiento establecido por la ley». En el Congreso, Jaime Carner mostró su prevención frente a los errores de la Cámara insalvables sin un veto garantista: «Yo os digo, Sres. Diputados: nosotros estamos elaborando una Constitución con una Cámara única, como la Constitución alemana, sin Consejo de Estado, sin más garantías para el contrapeso del Poder que las garantías del Presidente (...) yo creo que, tal como está redactado este artículo, el veto del Presidente es ilusorio y el 'referéndum' no tiene ninguna realidad. ¿Sabéis por qué? Sencillamente, porque dice el segundo párrafo de este artículo que estamos examinando, y cuya supresión pido, lo siguiente (...) ¿Y creéis, Sres. Diputados, que es posible que en una Constitu-

El veto suspensivo del Presidente de la República suponía un verdadero corolario para un diseño del Congreso marcado por la circulación de la sangre legislativa desde el Poder ejecutivo hacia el Legislativo. En el Legislativo se producía el parto, y un embarazo mas de gestación sobrepujante gubernamental. Esto no empece la verdadera naturaleza parlamentaria de las Cortes, pero sin duda matiza un parlamentarismo que encuentra ordinariamente el a priori de la acción gubernamental, y que reduce su propia iniciativa –como la popular– a figura complementaria y sustantivamente residual y procedimentalmente adjetiva.

Esta fortaleza del Ejecutivo en lides legislativas se remata con la posibilidad que la Constitución ofrece de que el Congreso autorice al Gobierno para que legisle por decreto, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, sobre las materias reservadas a la competencia del Poder legislativo. Es verdad que inmediatamente restan señalados los límites de la legislación por decreto: nunca tendrá carácter general y deberá ajustarse a las bases que el Congreso haya establecido para la materia regulada, al margen de la típica condición presupuestaria de no producir aumento de gasto. Como garantía de que estos límites son respetados, el Congreso podría reclamar el conocimiento de los decretos del Gobierno para enjuiciar si cumplen la adaptación debida a las bases parlamentarias<sup>90</sup>. Fue una normativa aprobada con general asentimiento

---

ción en que la única garantía contra un error o contra un apasionamiento de la Cámara es el veto presidencial, éste pueda eliminarse y burlarse mediante una declaración de urgencia votada por un número insignificante de Diputados que represente las dos terceras partes? Yo os digo, Sres. Diputados, que si no suprimís este artículo de la ley constitucional, el veto será una ilusión, no será jamás una realidad política y dejaréis a la Cámara única sin garantía alguna». El referéndum popular que proponía el diputado buscaba el aumento del poder presidencial –de la mano del pueblo que en definitiva «es el soberano y nosotros no somos más que sus representantes»– evitando el uso del «recurso extremo de la disolución» de la Cámara. Es interesante la respuesta de Villanueva: «El decir que las leyes urgentes tienen que estar sujetas al veto, es tanto como decir que la Cámara, en ningún momento, podrá establecer las leyes de urgencia, porque si han de estar sujetas al veto del Presidente de la República y después el Presidente puede someterlas al ‘referéndum’ del pueblo, esos trámites equivalen a que transcurran dos o tres meses sin que se puedan aplicar esas leyes, y claro que las de urgencia no pueden tener ese carácter, y ningún Parlamento puede justificar su actuación en la elaboración de tales leyes. / Pero, además, hay otra razón fundamental, y es la siguiente: si nosotros establecemos el doble veto, uno para el Presidente de la República y otro para el pueblo, en el caso de que la Cámara, otra vez, por mayoría de votos, acordase no haber lugar a lo que el Presidente de la República pretende, pudiera darse lugar a que el pueblo se pusiera del lado del Presidente y, por tanto, en contra del Parlamento, o a que el pueblo se pusiera al lado del Parlamento y en contra del Presidente de la República. En el primer caso, tendría que venir, ‘ipso facto’, la disolución del Parlamento, y en el segundo, la destitución del Presidente de la República, puesto que éste no contaba ni con el asentimiento del Parlamento, ni con el del pueblo» (DSC, núm. 68, 4 de noviembre de 1931, pp. 2.123-2.124).

<sup>90</sup> Artículo 61 de la Constitución y 60 PC: «El Congreso podrá autorizar al Gobierno para que éste legisle por decreto, acordado en Consejo de Ministros, sobre materias reservadas a la competencia del Poder legislativo. / Estas autorizaciones no podrán tener carácter general, y los decretos dictados en virtud de las mismas se ajustarán estrictamente a las bases establecidas por el Congreso para cada materia concreta. / El Congreso podrá reclamar el conocimiento de los decretos así dictados, para enjuiciar sobre su adaptación a las bases establecidas por él. / En ningún caso podrá autorizarse, en esta forma, aumento alguno de gastos».

en las Cortes, a pesar de la presentación de una enmienda en pro de la supresión del artículo que a la postre no fue defendida<sup>91</sup>.

Es muy posible que las reticencias hacia la naturaleza de los decretos legislativos optaran por plantearse a propósito de unos artículos más polémicos del proyecto de Constitución, que permitían al Presidente del Gobierno, a propuesta y con el acuerdo unánime de éste<sup>92</sup>, legislar por decreto sobre materias de la competencia del Congreso siempre «en los casos excepcionales que requieran urgente decisión, o cuando así lo demande la defensa de la República». Ahora no se trataba de «autorizaciones legislativas» sino de «decretos-leyes expedidos por el Presidente de la República»<sup>93</sup>. La habilitación constitucional del decreto ley se vinculaba a la situación de que el Congreso no estuviera reunido, pero también a la de que, aun estándolo, las «circunstancias apremiantes» impidieran el cumplimiento de la tramitación legislativa ordinaria; se entendían los decretos así aprobados por el Gobierno provisionales, con una vigencia limitada al tiempo que tardarse el Congreso en legislar sobre el particular<sup>94</sup>, lo cual resultaba en definitiva una falsa provisionalidad, por la abierta indeterminación del momento de su muerte. Prueba del riesgo de desparlamentarización que entrañaba el precepto es que se acompañaba de la facultad del Congreso o de su comisión permanente de decretar la anulación de tales decretos cuando «vulnerasen los fundamentos del orden constitucional republicano o el legítimo funcionamiento de los órganos de la Constitución»<sup>95</sup>. Una garantía

<sup>91</sup> Se trata de la enmienda del diputado Amadeo Aragay, firmada también por Dolcet, Franco, Ventosa, Layret, Puig y Ferrater y Nogués, presentada en efecto para la supresión del artículo (DSCC, apéndice 13 al núm. 47), aunque nadie la defendió en el Congreso, por lo que se consideró retirada, aprobándose el artículo por asentimiento (DSCC, núm. 64, 28 de octubre de 1931, p. 1.980).

<sup>92</sup> La enmienda de Publio Suárez Uriarte (DSCC, apéndice 2.º al núm. 65) intentó eliminar la exigencia de unanimidad del acuerdo del Gobierno, al considerarla inherente a éste. Botella se negó, porque supondría debilitar las garantías frente a los decretos-leyes, y precisamente porque la voluntad del Gobierno debía expresarse de manera homogénea (DSCC, núm. 67, 3 de noviembre de 1931, pp. 2.101-2.102).

<sup>93</sup> Como muy bien expuso Alcalá-Zamora, «la diferencia substancial entre decretos-leyes expedidos por el Presidente de la República y autorizaciones legislativas para que pueda dictarlos está en esto: en el primer caso, la facultad es propia del Presidente, no necesita que se la transmita el Parlamento; en el segundo, si el Parlamento no quiere delegar, la potestad no surge jamás en el Presidente» (DSCC, núm. 67, 3 de noviembre de 1931, p. 2.099).

<sup>94</sup> Artículo 78 PC: «El Presidente, a propuesta y por acuerdo unánime del Gobierno, podrá estatuir por Decreto sobre materias reservadas a la competencia del Parlamento, en los casos excepcionales que requieran urgente decisión, o cuando así lo demande la defensa de la República y no esté reunido el Congreso o si, a pesar de estarlo, las circunstancias apremiantes no permiten esperar al cumplimiento del trámite normal. / Los Decretos así dictados tendrán sólo carácter provisional, y su vigencia estará limitada al tiempo que tarde el Congreso en resolver o legislar sobre la materia».

<sup>95</sup> Artículo 79 PC: «Si los Decretos dictados en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior vulnerasen los fundamentos del orden constitucional republicano o el legítimo funcionamiento de los órganos de la Constitución, el Congreso o la Comisión Permanente, cuando aquél no esté reunido, podrán decretar su inmediata anulación». La enmienda firmada en el Palacio del Congreso el 24 de octubre de 1931 por Suárez Uriarte, Ortega y Gasset, González Uña, Azcárate, Rico Avello, Gil y Gil y Giner de los Ríos (DSCC, apéndice 2.º al núm. 65) propuso facultar a la comi-



ciertamente extraña si se considera cómo la normativa parte precisamente de una situación de excepcionalidad y de una quiebra el funcionamiento orgánico constitucional. El diputado Juan Botella Asensi juzgó, efectivamente, «un verdadero peligro para el orden de la República» estas disposiciones, aunque se dio por satisfecho con la redacción definitiva de un solo artículo<sup>96</sup> constitucional<sup>97</sup>, definitivamente aprobado, que exigirá al decreto del Presidente del Gobierno no sólo propuesta y acuerdo unánime de éste, sino también la aprobación de las dos terceras partes de la Diputación permanente de las Cortes<sup>98</sup>, estatuyendo así un filtro de índole parlamentaria; por lo demás, eliminaba las ambiguas y tautológicas «circunstancias apremiantes» dislocadoras de la tramitación ordinaria como causa de decretos gubernamentales, si bien mantenía aquella provisionalidad abierta que recogía el proyecto<sup>99</sup>. El precepto salió adelante en votación nominal<sup>100</sup>, tras una serie de intervenciones, la de Alfonso García Valdecasas en defensa del dictamen primitivo<sup>101</sup>, otra satisfecha con la

---

sión permanente, en los casos expuestos por el artículo 79, para convocar al Parlamento suspenso o para denunciar los decretos al Tribunal de Garantías Constitucionales si el Congreso se encontrara disuelto.

<sup>96</sup> El artículo 79 PC fue suprimido (DSCC, núm. 68, 3 de noviembre de 1931, p. 2.104).

<sup>97</sup> En su intervención se comprueba cómo el artículo 79 había sido elaborado como contrapeso del artículo 78: «el peligro era tan evidente, que la misma ponencia que había redactado el art. 78 redactó a continuación el 79 (...) Era el peligro de tal modo evidente, que estaba en la conciencia de los mismos redactores de este artículo, y ha llegado a la conciencia de la misma Comisión (...)» (DSCC, núm. 67, 3 de noviembre de 1931, p. 2.098).

<sup>98</sup> A ello se referirá el artículo 32.2 PRC y RCD 1934: «Será necesaria, en todo caso, la aprobación de dos terceras partes de la Diputación permanente, para estatuir por Decreto sobre materias reservadas a la competencia de las Cortes en los casos excepcionales y de urgente decisión a que se refiere en su art. 80 la Constitución de la República». Leído y aprobado sin discusión: DSC, núm. 120, 13 de noviembre de 1934, p. 4.686.

<sup>99</sup> Artículo 80 de la Constitución: «Cuando no se halle reunido el Congreso, el Presidente, a propuesta y por acuerdo unánime del Gobierno y con la aprobación de los dos tercios de la Diputación Permanente, podrá estatuir por decreto sobre materias reservadas a la competencia de las Cortes, en los casos excepcionales que requieran urgente decisión, o cuando lo demande la defensa de la República. / Los decretos así dictados tendrán sólo carácter provisional, y su vigencia estará limitada al tiempo que tarde el Congreso en resolver o legislar sobre la materia». Como apunta ROYO VILLANOVA, *La Constitución*, op. cit., p. 244, el artículo 151 del Código penal de 1932 establecía: «Incurrirán en la pena de extrañamiento en sus grados medio y máximo el Presidente de la República y los ministros: (...) 5.º Cuando legislasen por Decreto fuera de los casos de urgencia previstos en el art. 80 de la Constitución o sin las condiciones en él establecidas».

<sup>100</sup> 109 votos contra 28 (DSCC, núm. 68, 3 de noviembre de 1931, p. 2.104).

<sup>101</sup> Lo justificaba en que la comisión permanente cuya voluntad se añade al acuerdo del Gobierno «actúa cuando las Cortes están disueltas y representa a un Parlamento ya disuelto; disuelto precisamente por existir contra él la presunción de que no representa ya la voluntad nacional. (...) Yo sé que esta Cámara tiene extraordinariamente exaltado el prurito democrático y que experimenta una gran desconfianza contra todo lo que sea fortalecimiento de Poderes que pudieran, en un determinado momento, estar en pugna con lo que parece representación más genuina de esta voluntad nacional; pero esto no es una cosa rigurosamente segura; no es rigurosamente seguro el que un Parlamento sea en cada momento y siempre el mejor intérprete de la voluntad de una nación y, por el contrario, sí es una cosa rigurosamente cierta que existe una tendencia en el Parlamento a que se diluya el sentido de la responsabilidad. (...) Una dictadura parlamentaria puede ser tan peligrosa y nociva, y quizá menos orientada que una dictadura de tipo personal» (DSCC, núm. 67, 3 de noviembre de 1931, pp. 2.098-2.099).

nueva redacción<sup>102</sup>, pero también otras síntomas de persistentes desconfianzas, como la de Niceto Alcalá-Zamora<sup>103</sup>, o la ominosa de José Antonio Balbontín que descubría en el artículo la sombra acechante de una «dictadura republicana»<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> Una enmienda propuso eliminar la posibilidad de que materias reservadas a la competencia parlamentaria fueran objeto de decreto, con la supresión entonces –como si fuere por compensación– del artículo del proyecto que protegía de los decretos al orden constitucional republicano, pero se retiró por entenderse asumida en la reforma. Es la firmada por Cornide, Caamaño, Blanco Rajoy Espada, Rodríguez Castelao, Villar Ponte, Otero Pedrayo, Pita Romero y Portela, en el Palacio del Congreso el 23 de septiembre de 1931 (DSCC, apéndice 8.º al núm. 43). Cornide consideró que «la nueva redacción del artículo recoge por completo la enmienda» (DSCC, núm. 67, 3 de noviembre de 1931, p. 2.099).

<sup>103</sup> Alcalá-Zamora defendió la autorización legislativa del Congreso para que el Presidente de la República decretase como instrumento preferible a los decretos-leyes. «Establecido sin limitaciones el albedrío del Presidente podrá mermar las libertades de los ciudadanos, absorber funciones del Poder legislativo, quebrantar y trastornar el orden jurídico establecido y crear situaciones difícilmente rectificables por la fuerza definitiva del hecho consumado, en las cuales se crean intereses fortísimos o se administren favores, represalias o persecuciones. En cambio, con la fórmula que nosotros contraponemos sería siempre el poder legislativo el que entendiera si podía o no delegar sus facultades, de delegarlas con fijación estricta de plazo, con limitación de materia y con declaración expresa de entenderse situaciones jurídicas rectificables por el mero albedrío del Parlamento las que hubieran creado los decretos del Presidente». La unanimidad del acuerdo del Consejo de Ministros le parecía garantía endeble, por la fácil sustitución del ministro disidente, y la aprobación de la Diputación permanente necesitada de concretar en cuanto a si su objeto es el texto mismo del decreto o su mera autorización. Botella replica que la cuestión es propia del debate del artículo 60 PC, pero Alcalá-Zamora entiende no pudo en aquel momento «acoplarse la contraposición de este texto a aquél» supuesto que «allí examinamos la potestad del Parlamento, como cedente, para delegar; aquí regulamos la autoridad del Presidente, como cesionario, para ejercer la potestad» (DSCC, núm. 67, 3 de noviembre de 1931, pp. 2.099-2.101).

<sup>104</sup> «Digo que (...) la Constitución que estáis elaborando –que estamos elaborando, si queréis– es por naturaleza, efímera, como toda transacción entre fuerzas hostiles, radicalmente hostiles, que no pueden mantenerse demasiado tiempo en armonía. Todo hace prever que de un momento a otro va a estallar en España, estallará tarde o temprano, depende del arte del Gobierno, una lucha violenta entre las fuerzas reaccionarias y las fuerzas de la Revolución. (...) acabo de oír, no hace más de diez minutos, de labios de una persona autorizadísima, que se está fraguando en la sombra una dictadura republicana, como única solución a los conflictos que la República tiene encima. Y esto es algo más que un rumor, esto es una posibilidad que tampoco puede desecharse en absoluto ningún demócrata que se preocupe por el porvenir de nuestra República, porque es evidente que en la situación en que nos encontramos en este instante crítico, habiéndose indispuesto la República, como era inevitable, con la derecha capitalista; habiéndose indispuesto también –y esto hubiera podido ser evitado– con la organización obrera de extrema izquierda, la República está en este momento vacilante y puede inclinarse hacia la derecha para buscar su fuerza en la reacción, o puede inclinarse hacia la izquierda para reconquistar el cariño del pueblo, el entusiasmo popular del 14 de Abril, que, evidentemente, se ha entibiado. Hay, pues, el peligro de una dictadura republicana (...) No será con mi voto ni podía serlo siquiera con mi silencio, porque la vergüenza más indecorosa que podría caer sobre la República sería que consintiéramos todos, que diéramos el menor pretexto, repito, para que esa dictadura republicana fuese posible. (...) Más facultades al Presidente, más facultades al Poder ejecutivo, nunca; ya se le han dado bastantes. Tampoco ese artículo 60 se habría aprobado con mi silencio. Al amparo de ese artículo –vuelvo a decirlo– se han realizado ya actos de tipo dictatorial y hemos pasado por días que nos recordaron amargamente los tiempos de Primo de Rivera. Más facultades al Poder ejecutivo, no. En España, en la España republicana, no puede legislar más que el Parlamento; bueno o malo, es él nuestra única garantía. (...) Y repito que si ese artículo se aprueba, se dará lugar a una posible

De lo que no se ocupó el reglamento de 1934 –ni por supuesto ninguno de los reglamentos provisionales de 1931– fue de dedicar algunas palabras a la publicación de la ley: en la aprobación, sanción y promulgación –tales son los conceptos reflejados en la normativa analizada– terminaba el recorrido por la tramitación legislativa. Y no puede tratarse de un silencio inadvertido, porque los acuerdos adoptados en orden a una hipotética revisión constitucional, y la promulgación definitiva de la reforma por el Presidente de la Cámara, bien se establecía fueran insertos en la *Gaceta de Madrid*<sup>105</sup>. Por lo tanto, seguía vigente el Código civil y su regla de que la obligatoriedad de las leyes comenzara, en defecto de previsión singular, a los veinte días de su promulgación, entendiendo «hecha» la promulgación<sup>106</sup> el día en el que terminase la inserción del texto legal en la *Gaceta*<sup>107</sup>. Pero siempre en el entendimiento de que la prescripción del Código civil no produce una práctica automática de publicación, sino dependiente del impulso de las autoridades administrativas<sup>108</sup>: son continuas las órdenes ministeriales y circulares que establecen la publicación de textos normativos (leyes, decretos, órdenes, circulares...) en la *Gaceta*, y ofrecen la impresión de que el Código civil hubiera pergeñado una norma dispositiva reforzada (acaso por la propia amplitud evanescente de su empleo del término

---

dictadura, y los que lo votéis seréis responsables de esa dictadura y de lo que, como consecuencia de ella, en España ocurra; porque sabedlo bien, no sé si hay o no fuerza organizada, pero os aseguro, porque me consta por una experiencia personal íntima, que hay en este momento unos cuantos hombres de buena fe –no importa el número–, hay unos cuantos hombres honrados en España que estamos dispuestos a morir en la calle antes que tolerar la indignidad de una dictadura republicana. Y he terminado» (DSCC, núm. 67, 3 de noviembre de 1931, pp. 2.102-2.103).

<sup>105</sup> Artículos 134.1 RCD: «El acuerdo votado por la Cámara será puesto en conocimiento del Presidente de la República, y se insertará en el *Diario de las Sesiones* y en la *Gaceta de Madrid*»; y 135.3: «El texto de la reforma aprobada y el texto refundido de la Constitución se promulgarán por el Presidente de la Cámara, ordenando directamente su inserción en el *Gaceta de Madrid*».

<sup>106</sup> Así se confunden «lastimosamente» promulgación y publicación, como advierte PÉREZ SERRANO, *Tratado*, op. cit., p. 802.

<sup>107</sup> Artículo 1.º del Código civil (*Código civil. Edición oficial reformada*, Madrid, imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1889): «Las leyes obligarán en la Península, Islas adyacentes, Canarias y territorios de África sujetos á la legislación peninsular, á los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa. / Se entiende hecha la promulgación el día en que termine la inserción de la ley en la *Gaceta*».

<sup>108</sup> Los ejemplos son innumerables y basta la remisión a un recorrido incluso superficial por los contenidos de la *Gaceta* en los años republicanos. Pero a veces es una ley la que está en el origen del mandato de publicación. Así, por ejemplo, la ley de 30 de diciembre de 1931, publicada en la *Gaceta de Madrid*, núm. 8, 8 de enero de 1932, pp. 210-211, decretada y sancionada por las Cortes, disponía un artículo único por el que «Se aprueban y ratifican con fuerza de ley desde el momento de su publicación los siguientes Decretos, expedidos por el Ministerio de Justicia (...)». Y sigue, efectivamente, una batería de decretos normativos que, mediante publicación directa, hubieran entrado en vigor, pero que han sido cubiertos por una ley que los ratifica a partir de la publicación que consuma, publicada a su vez la cobertura de esta ley. Parece necesaria, pues, la práctica de un vehículo intermedio que manda la publicación. Otro ejemplo es la ley de 1 de agosto de 1935 que estatuyó la publicación, en un término de tres meses, de una edición oficial de la ley de reforma agraria, en efecto publicada al cabo por decreto del Ministerio de Agricultura, Industria y Comercio (*Gaceta de Madrid*, núm. 323, 19 de noviembre de 1935, pp. 1.378-1.379).

ley, más allá de precisiones normativas rigurosamente técnicas) en vez de una norma imperativa que rigiera de oficio para condicionar o dar sentido, publicando, a la promulgación de la ley<sup>109</sup>. Ahora bien, una vez publicadas las normas, la *Gaceta* se convertía en un campo abonado para el procedimiento de difusión, certeza y seguridad normativa que incluía, obviamente, las rectificaciones de los textos deficientemente publicados<sup>110</sup>. Y no hay duda de que, aunque no pueda esperarse una labor absoluta de control y plenitud publicitaria con estos mimbres, y al margen de otros instrumentos<sup>111</sup>, como la edición oficial en Madrid de la *Colección Legislativa de España* —que siguió incorporando un material normativo identificado en su pluralidad tipológica por el título de la «parte primera», a saber, «Legislación y disposiciones de la Administración Central. Comprende las leyes, códigos, decretos, reglamentos, instrucciones, órdenes, circulares y resoluciones de interés general»— o los *boletines oficiales* de los ministerios —no ajenos a tropiezos en la eficacia de la perseguida publicidad de las disposiciones<sup>112</sup>— la *Gaceta de Madrid* se constituyó en referencia de conocimiento normativo<sup>113</sup> y definitivamente, como reزارá su título, en el *Diario Oficial de la República*.

<sup>109</sup> En este sentido, y por lo que afecta al propio contenido de este trabajo, no deja de ser llamativo que el primer reglamento provisional de 1931, aprobado por decreto, esté publicado en la *Gaceta*, mientras el segundo reglamento provisional queda publicado en las actas del *Diario de Sesiones de las Cortes*, y el reglamento de 1934 no figura ni en uno ni en otro lugar (salvo error por mi parte) siendo objeto de publicación autónoma (sólo el proyecto aparece en el *Diario*). Indudablemente, estos dos últimos reglamentos son aprobados conforme a la tramitación propia de una ley. ¿Por qué hurtan el cuerpo a la *Gaceta*?

<sup>110</sup> A modo de ejemplo, por su importancia, puede verse la rectificación o subsanación de erratas, fechada a 3 de julio de 1933, del texto de la ley del Tribunal de Garantías Constitucionales publicada en la *Gaceta de Madrid* de 30 de junio (*Gaceta de Madrid*, núm. 191, 10 de julio de 1933, pp. 228-229).

<sup>111</sup> Acudiendo de nuevo a las palabras de PÉREZ SERRANO, *Tratado*, op. cit., p. 802, «en el momento actual cabe acudir a procedimientos más eficaces para la publicación: así, v. gr., nadie discutirá honradamente que la Prensa periódica y aun la radiotelefonía se han utilizado de hecho (y con fruto) para ‘publicar’ válidamente disposiciones (pese a escrúpulos de nuestra jurisprudencia administrativa, que a veces discutió la obligatoriedad de Reales Ordenes telegráficas)».

<sup>112</sup> El proyecto de decreto de 10 de diciembre de 1931 firmado por el Presidente del Gobierno (*Gaceta de Madrid*, núm. 345, 11 de diciembre de 1931, p. 1617) establecía la suspensión de la publicación del *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, ordenando la remisión de todos los decretos y órdenes del Ministerio de Justicia a la *Gaceta de Madrid*, con la siguiente argumentación: «El Boletín Oficial del Ministerio de Justicia fue creado con el fin principal de que las disposiciones ministeriales de toda clase, y especialmente las que afectaran al personal de la Administración de Justicia, llegasen lo más pronto posible a conocimiento de los interesados: pero al publicarse dicho *Boletín* tres veces al mes solamente, se vió el perjuicio que acarrearía el que no apareciesen dichas disposiciones en la *Gaceta*, por lo que hubo que remitir a la misma, para su inserción, toda disposición emanada de este Ministerio cuya publicación inmediata fuese necesaria. Como por otra parte el presupuesto carece de consignación para los gastos de publicación, se han de sufragar éstos con el producto de las suscripciones voluntarias, y habiéndose comprobado que éstas no cubren los más indispensables, no parece oportuno recargar el presupuesto de este Departamento con la cantidad que sería precisa para la publicación del *Boletín Oficial del Ministerio*».

<sup>113</sup> Evidentemente. No obstante, un detalle de su utilidad: la orden del Ministerio de Agricultura, Industria y Comercio de 21 de enero de 1932 se preocupaba por que la *Gaceta de Madrid*, y las estadísticas y publicaciones de carácter económico editadas por los distintos Departamentos

## II. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN LAS CORTES DEL NUEVO ESTADO

El advenimiento del Nuevo Estado bajo la férula del Caudillo y Generalísimo de los Ejércitos plasma, todavía en la «organización embrionaria» del tiempo de guerra, un principio a quemarropa y sin embargo basilar, operativo por defecto y persistente en lo sucesivo<sup>114</sup> como barro moldeador o subterráneo de toda institución legiferante sobrevenida. Se trata de la atribución al Jefe del Estado de la potestad suprema de dictar normas jurídicas de carácter general, con una deliberación a priori del Consejo de Ministros según la ley de 30 de enero de 1938<sup>115</sup> que por ley de 8 de agosto de 1939 tan sólo será, si la urgencia lo requiere, conocimiento a posteriori<sup>116</sup>.

En este cimiento del régimen jurídico-político, con su concentración compacta y unipersonal de normatividad, nada apunta a un parlamentarismo que se esfumó, pero cuya máquina habrá de reaparecer años después, siempre embriada por los atalajes técnicos del poder del Mando, con la ley de creación de las Cortes Españolas de 17 de julio de 1942<sup>117</sup>. No se tratará entonces tan sólo de que la arquitectura del Legislativo se ponga en marcha mediante una información dispuesta a ser procesada en orden fundamentalmente a escayolar legislativamente una acción de gobierno... Pese a la inyección de proyectos del Ejecutivo a partir de la cual actúan prevalentemente las Cortes en el constitu-

---

ministeriales y dependencias de la Administración pública, fueran enviados gratuitamente a los consejeros y agregados comerciales de España y Cámaras Oficiales Españolas de comercio en el extranjero (*Gaceta de Madrid*, núm. 38, 7 de febrero de 1932, pp. 981-982).

<sup>114</sup> Así lo demuestra la Ley Orgánica del Estado 1/1967 de 10 de enero (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 9, 11 de enero de 1967, pp. 466-477) (= LOE), cuya disposición transitoria primera, II, reza: «Las atribuciones concedidas al Jefe del Estado por las Leyes de treinta de enero de mil novecientos treinta y ocho y de ocho de agosto de mil novecientos treinta y nueve (...) subsistirán y mantendrán su vigencia hasta que se produzca el supuesto al que se refiere el párrafo anterior», a saber, la sucesión en la Jefatura del Estado.

<sup>115</sup> Artículo 17, párrafos 1.º y 2.º, de la ley de 30 de enero de 1938 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 467, 31 de enero de 1938, pp. 54-55): «Al Jefe del Estado, que asumió todos los Poderes en virtud del Decreto de la Junta de Defensa Nacional de 29 de septiembre de 1936, corresponde la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general. / Las disposiciones y resoluciones del Jefe del Estado, previa deliberación del Gobierno, y a propuesta del Ministro del ramo, adoptarán la forma de Leyes cuando afecten a la estructura orgánica del Estado o constituyan las normas principales del ordenamiento jurídico del país, y Decretos en los demás casos».

<sup>116</sup> Artículo 7.º de la ley de 8 de agosto de 1939 «modificando la organización de la Administración Central del Estado establecida por las de 30 de enero y 29 de diciembre de 1938» (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 221, 9 de agosto de 1939, pp. 4.326-4.327): «Correspondiendo al Jefe del Estado la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general, conforme al artículo décimoséptimo de la Ley de treinta de enero de mil novecientos treinta y ocho, y redicando en él de modo permanente las funciones de gobierno, sus disposiciones y resoluciones, adopten la forma de Leyes o de Decretos, podrán dictarse aunque no vayan precedidas de la deliberación del Consejo de Ministros, cuando razones de urgencia así lo aconsejen, si bien en tales casos el Jefe del Estado dará después conocimiento a aquél de tales disposiciones o resoluciones».

<sup>117</sup> *Boletín Oficial del Estado*, núm. 200, 19 de julio de 1942, pp. 5.301-5.303 (= LCE).

cionalismo español, la institucionalización de éstas como una máquina de discusión –en el sentido de delimitación paulatina y crítica de contenidos legislativos y de enfrentamiento doxológico en el seno de un sistema de grupos y fracciones políticas– preserva una cierta y propia lógica de poder en la Cámara. Lo que en el Nuevo Estado cambia sustantivamente se localiza en la concepción de las Cortes ya no como Poder legislativo sino en calidad de «órgano de participación» del pueblo, al fin no Legislativo predicativamente sino órgano con la misión de la preparación y elaboración de las leyes siempre «sin perjuicio de la sanción que corresponde al Jefe del Estado»<sup>118</sup>. Lo que en el Nuevo Estado cambia sustantivamente es la cobertura del diálogo entre Ejecutivo y tal Minuslegislativo: la propia naturaleza corporativa de las Cortes<sup>119</sup> desembarazada de un sistema de representación del pluralismo político<sup>120</sup> –como demues-

<sup>118</sup> Artículo 1.º LCE: «Las Cortes son el órgano superior de participación del pueblo español en las tareas del Estado. Es misión principal de las Cortes la preparación y elaboración de las Leyes, sin perjuicio de la sanción que corresponde al Jefe del Estado».

<sup>119</sup> En este sentido, las siguientes palabras del Presidente de las Cortes, en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* (= BOCE), núm. 579, 21 de diciembre de 1957, pp. 12.023-12.024: «Pues bien, señores, en estas circunstancias, las más difíciles para un Estado que acababa de nacer, en medio de una guerra mundial, que amenazaba nuestras propias fronteras, Franco, el odioso dictador, víctima de una nueva leyenda negra, convoca al pueblo español a participar en las tareas más soberanas del Estado: crea las Cortes y se estatuye un Reglamento, el más amplio, el más generoso, el más democrático que podía ser dentro de las posibilidades de un Régimen nuevo y de una legítima y naciente democracia. / Esta fue nuestra partida de bautismo. Pero no bastaba crear las Cortes, había que hacerlas vivir. El Parlamento viejo no nos servía: fruto del partidismo, responsable principal de la terrible tragedia que acabábamos de padecer, llevaba en su frente, como Caín, el signo de la reprobación nacional. Nuestras Cortes tradicionales, aun respetado esencialmente su sentido corporativo, tampoco se avenían fácilmente a la complejidad de un mundo totalmente diverso, acuciado constantemente por la magnitud de esos grandes problemas sociales que constituyen la preocupación y la médula de las sociedades modernas. Había que inventarlo todo o casi todo. No bastaba haber creado las Cortes, era preciso hacerlas practicables con un Reglamento adecuado a las circunstancias. (...) Mas el Reglamento, todo Reglamento, ha de atender no sólo a las exigencias del tiempo; es menester, además, que se acomode a la naturaleza de las instituciones. Somos unas Cortes corporativas, y el Reglamento ha de atender, necesariamente, a la colaboración de todos los estamentos –valga la palabra–, de todos los sectores que componen la vida nacional (...) Y ésta es, señores, la gran ventaja, la gran ventaja de estas Cortes corporativas sobre el viejo partidismo político».

<sup>120</sup> El Presidente de las Cortes, en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* (= BOCE), núm. 579, 21 de diciembre de 1957, p. 12.027) señalaba la relación entre la unidad ideológica y la paz del trabajo en Cortes (rezaba el artículo 2.II LOE: «El sistema institucional del Estado español responde a los principios de unidad de poder y coordinación de funciones»): «Quiere decir esto, señores Procuradores, que si amamos de veras a la democracia, hemos de proceder con la precisa cautela en los preceptos de nuestro Reglamento. ¡Votos particulares, enmiendas, discusión, libertad del voto, interpelaciones orales, turnos en contra, bienvenidos sean cuando no tengan otro faro que el del bien común! ¡Reformas del Reglamento! Las que queráis, mientras quepan dentro de las Leyes fundamentales y sirvan para la mayor perfectibilidad de la ley. ¡Ah!, pero Parlamentos alborotados y alborotadores, herramienta de hacer daño como los llamaba Costa, mayorías bastardas, partidos políticos sin otro ideal que la posesión del Poder, mentiras del sufragio, humillaciones de la Autoridad en trato indecoroso con los fautores de la rebeldía de la hora, promotores de la revolución del día siguiente, el parlamentarismo con todos sus males y la tragedia en perspectiva, ¡no, y mil veces no!, porque sería mucho peor que el haberlo padecido, la torpeza de resucitarlo, con daño de la Patria y para calvario de las generaciones futuras». Con

tra el contraste aun superficial entre el *Diario de Sesiones de las Cortes* y el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*— y la disolución de la discusión política en el simple esfuerzo de la precisión técnica normativa al servicio de un Movimiento. Esto no quiere decir que más allá de la naturaleza —y de la composición— de las Cortes no se aprecien diferencias entre el parlamentarismo democrático y el parlamentarismo totalitario; este último no se resiste a hacer sentir, en el funcionamiento de la Cámara, una más profunda fiscalización del Ejecutivo, unos más constantes condicionamientos gubernativos. Así que el Caudillaje impone su vigilancia a los resortes parlamentarios, para hacer sentir el poder del Mando, y el funcionamiento de la Cámara se ordena al servicio del poder aupresente de la Jefatura. Ahora bien, conforme avance, el Nuevo Estado optará por conceder visos de institucionalización propia a las Cortes, evidentemente no como poder separado, pero sí como un engranaje no tan ávido de fiscalización, de interferencias: una suerte de normalización que dota de realidad institucional a la máquina hasta ahora *en pruebas*. El asentamiento del poder político del Caudillaje es el que permitirá esa deriva<sup>121</sup>, plasmada en sucesivas reformas. Así el Reglamento provisional de las Cortes Españolas

---

estas palabras tienen que ver preceptos como el artículo 62.2 RCE, que prohíbe «toda clase de interrupciones», o el artículo 67.3 que permite llamar al orden al procurador que profiere «palabras en cualquier sentido ofensivas para el respeto debido a la Cámara o al Régimen» (el artículo 70.3 del «Proyecto de Reglamento de las Cortes Españolas», en BOCE, núm. 570, 11 de noviembre de 1957, pp. 11.619-11.632 [= PRCE] también si «peligrosas, malsonantes»).

<sup>121</sup> El procurador Adolfo Díaz Ambrona justificaba la reforma de 1957 con unas palabras que identificaban siempre al Gobierno como recolector de sugerencias y verdadero eje del cambio, indicando finalidades pragmáticas y no sustantivas (BOCE, núm. 579, 21 de diciembre de 1957, pp. 12.017-12.018): «La labor legislativa que en estos quince años han realizado las Cortes, y a cuya labor ha hecho alusión, en diversas ocasiones, su Presidente, pone de relieve que ese Reglamento provisional de 1943 fué un verdadero acierto, toda vez que ha sido el cauce procesal por el que se han desarrollado y han sido convertidos en Ley gran número de proyectos que han pasado por las Cortes. / Pero es lo cierto que los cinco períodos legislativos que próximamente van a cerrarse, han proporcionado una experiencia que aconseja la conveniencia de modificarlo. En la sesión que celebraban las Cortes en el mes de julio pasado, el señor Ministro Subsecretario de la Presidencia, cuando defendía el dictamen referente a la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, anunciaba al Pleno de las Cortes, que el Gobierno, recogiendo sugerencias recibidas de algunos Procuradores, tenía en estudio y daba su conformidad a una reforma de aquel Reglamento provisional, que persiguiera estas dos finalidades: primera, hacer más ágil la acción de las Cortes; y segunda, facilitar, y por ello hacer más fecundas, las relaciones entre las Cortes y el Gobierno». El reglamento de Cortes, decía Manuel FRAGA IRIBARNE, «Los privilegios de los procuradores y el nuevo Reglamento de las Cortes Españolas», en *Revista de Estudios Políticos*, 99 (1958), pp. 61-68, en el desarrollo de la explicación de su naturaleza jurídica, pp. 61-68, no es una «ley constitucional» sino un «acuerdo entre las propias Cortes y el Gobierno». Más lejos había vaticinado Sabino ÁLVAREZ GENDÍN, *Las Cortes españolas*, Oviedo, 1947, pp. 61-62: «¿Pueden las Cortes sin el Poder del Caudillo dictar leyes? Ya hemos dicho que en el preámbulo de la ley que crea las Cortes españolas se dice que continuará en la Jefatura del Estado la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general, pero lo interpretamos en cuanto que es un órgano copartícipe del poder legislador, o como se dice en el mismo preámbulo de colaboración en aquella función. / El Caudillo, y Jefe del Estado que recibió los supremos poderes de la Junta de Defensa al surgir el Movimiento (...) va cediendo sus prerrogativas, va autolimitándose (...). Pero, como podrá comprobarse al contemplar el perfil técnico de la sanción, disposición y dación de la ley, siempre en las manos del Caudillo, son las citadas meras apuestas doctrinales.

aprobado por ley de 5 de enero de 1943<sup>122</sup> experimentará las modificaciones introducidas por la de 17 de julio de 1946<sup>123</sup>, hasta la aprobación del definitivo Reglamento de las Cortes Españolas de 26 de diciembre de 1957<sup>124</sup>, que será afectado por la Ley Orgánica del Estado 1/1967 de 10 de enero y objeto de la Reforma de 22 de julio de 1967<sup>125</sup>.

Las Cortes, de acuerdo con la regulación de su ley de 1942, funcionarían en pleno y por comisiones, y el Gobierno se hacía de algún modo presente en la activación de su funcionamiento bajo ambas fórmulas. Por una parte, las comisiones resultaban fijadas –así como el orden del día– por el Presidente de las Cortes, pero de acuerdo con el Gobierno<sup>126</sup>. Así lo recogió también el reglamento provisional, que incluía por supuesto las comisiones especiales además de las ordinarias; la audiencia de una de éstas, especialmente importante por su composición –miembros del Gobierno, de la Junta Política, del Consejo Nacional, procuradores, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado...<sup>127</sup>– y con el título de Comisión Permanente, fue sumada al acuerdo del

<sup>122</sup> *Boletín Oficial del Estado*, núm. 8, 9 de enero de 1943, pp. 255-261 (= RPCE).

<sup>123</sup> *Boletín Oficial del Estado*, núm. 199, 18 de julio de 1946, pp. 5.655-5.656 (= LMRC). Así quedan expuestos sus motivos: «Trátase más bien de algunas adiciones aclaratorias que, impuestas por la práctica, conviene traducirlas a fórmula escrita sin necesidad de esperar a la promulgación del Reglamento definitivo, que, según la disposición adicional primera de la Ley, ha de acometerse de acuerdo entre las Cortes y el Gobierno. Y corresponden, por otra parte, al propósito de éste de facilitar todos los medios necesarios para que a su conocimiento lleguen los dictados de la verdadera opinión nacional, cuyo órgano más autorizado son las mismas Cortes, representación auténtica de todos los sectores de la Nación». En el curso de la reforma, «El Sr. Obispo de Madrid-Alcalá y el General Vigón así como el Sr. González Bueno se manifestaron conformes con el criterio sustentado por la Presidencia, que aceptado por la Comisión sólo fue objeto de algunas observaciones por parte de los Sres. Castiella, partidario de una mayor publicidad de las Comisiones y D. Dionisio Martín que propugnó la conveniencia de su periodicidad. El Sr. Presidente contestó a los mismos exponiendo las dificultades prácticas y ofreciendo tener en consideración las dichas observaciones en cuanto lo permitan las exigencias reglamentarias» (*Archivo del Congreso de los Diputados*, Serie General, legajo 2394, número 1 [= ACD, SG, 2394-1]). La Comisión Especial designada para estudiar las modificaciones del Reglamento, según el acta de 5 de julio de 1946, estaba formada, bajo la presidencia de Esteban Bilbao, por Leopoldo Eijo y Garay, Eduardo Callejo, Pedro González Bueno, Federico Mayo, Fernando Camacho, Dionisio Martín, Fernando María Castiella, Manuel Martínez de Tena y los componentes de la Mesa (*ibidem*).

<sup>124</sup> *Boletín Oficial del Estado*, núm. 324, 28 de diciembre de 1957, pp. 1.436-1.442 (= RCE). Su texto coincide con el «Dictamen del Reglamento de las Cortes Españolas», en BOCE, núm. 576, 11 de diciembre de 1957, pp. 11.881-11.894. La Comisión Especial para el Estudio del Reglamento de Cortes estuvo formada, bajo la presidencia de Esteban Bilbao Eguía, por José Félix de Lequerica, Mariano Ossorio Arévalo, Tomás Romojaro Sánchez, Antonio Pagoaga y Pagoaga, Rodrigo Vivar Téllez, José Fernández Villaverde, Blas Tello y Fernández-Caballero, José Ibáñez Martín, Fidel Dávila Arrondo, Adolfo Díaz Ambrona, José García Hernández, Leopoldo Eijo y Garay, Luis Alarcón de la Lastra, Pedro González Bueno, Emilio Lamo de Espinosa y José Luis Corral Saiz (ACD, SG, 2394-1).

<sup>125</sup> *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175, 24 de julio de 1967, pp. 10.456-10.459 (= RRCE).

<sup>126</sup> Artículo 8.º LCE: «Las Cortes funcionarán en pleno y por Comisiones. Las Comisiones las fija y nombra el Presidente de las Cortes, de acuerdo con el Gobierno. Igualmente fija, de acuerdo con él, el orden del día, tanto del Pleno como de las Comisiones».

<sup>127</sup> La composición de la Comisión Permanente experimentó modificaciones. Artículo 18 RPCE: «La Comisión permanente estará formada por dos miembros del Gobierno, dos de la Junta Política, dos del Consejo Nacional, dos Procuradores de Sindicatos, uno de Ayuntamientos y uno



Gobierno en el reglamento de 1957: y la audiencia se convirtió en propuesta, en la reforma de 1967<sup>128</sup>. El Presidente de las Cortes, además, remite los proyectos de ley, que el Gobierno envía, a la comisión correspondiente<sup>129</sup>: existe en la ley de Cortes un conjunto de comisiones ordinarias a las que el Presidente de las Cortes puede añadir, de acuerdo una vez más con el Gobierno, comisiones especiales<sup>130</sup>, de la misma forma que tiene la facultad de atribuir el des-

---

de nombramiento directo; el Presidente del Tribunal Supremo, el del Consejo de Estado y un Secretario de las Cortes». Artículo 24 PRCE: «La Comisión Permanente estará formada por dos miembros del Gobierno, el Presidente del Consejo de Estado, el del Tribunal Supremo de Justicia, dos Procuradores pertenecientes a la representación Sindical, dos de la Municipal y Provincial, dos del Consejo Nacional, uno de los comprendidos en los apartados f) y g) del artículo 2.º de la Ley de Cortes, uno de los comprendidos en el apartado h) de dicho artículo, uno de los de nombramiento directo y un Secretario de Cortes». Artículo 21 RCE: «La Comisión Permanente estará formada por dos miembros del Gobierno, el Presidente del Consejo de Estado, el del Tribunal Supremo de Justicia, el del Consejo Supremo de Justicia Militar, con dos miembros de la Junta Política, dos del Consejo Nacional, un Procurador de los comprendidos en los apartados f) y g) del artículo segundo de la Ley de Cortes, uno de los comprendidos en el apartado h) de dicho artículo, dos pertenecientes a la representación sindical, dos de las Corporaciones locales, uno de los de nombramiento directo y un Secretario de las Cortes» (el aumento de miembros se debe a enmiendas de Jorge Jordana Fuentes y José Manuel Mateu de Ros, según explica Díaz Ambrona: BOCE, núm. 579, 21 de diciembre de 1957, p. 12.019. La enmienda de Jordana Fuentes es aceptada en parte, según indicación manuscrita sobre un anterior signo de rechazo, porque se reduce en uno la propuesta de tres procuradores de la representación sindical; el tercio sindical proponía, junto a la inclusión de la representación de la Junta Política, la enmienda de Mateu de Ros; ambas están firmadas a 25 de noviembre de 1957 [ACD, SG, 2394-1]). RRCE (artículo 21): «Uno. La Comisión Permanente estará formada por el Presidente de las Cortes, que la presidirá; por dos miembros del Gobierno; por los Presidentes del Consejo Supremo de Justicia Militar, del Tribunal de Cuentas del Reino y del Consejo de Economía Nacional; dos miembros de la Comisión Permanente del Consejo Nacional, elegidos por ésta; dos Consejeros nacionales elegidos por el Pleno del Consejo Nacional entre sus miembros; dos Procuradores elegidos por cada uno de los grupos de Procuradores comprendidos en los apartados d), e) y f) del artículo segundo de la Ley de Cortes; uno elegido por los Procuradores incluidos en los apartados g) y h) de dicho artículo; uno por cada uno de los grupos de Procuradores que figuran en los apartados i) y j) del mismo artículo, y por un Secretario de las Cortes, designado por el Presidente, que actuará como Secretario de la Comisión».

<sup>128</sup> Artículo 11 RPCE: «Corresponde al Presidente de las Cortes: (...) c) Fijar y nombrar, de acuerdo con el Gobierno, las Comisiones a que se refiere el artículo dieciséis de este Reglamento, y las especiales previstas en el párrafo segundo del artículo quince de la Ley de creación de las Cortes». Artículo 14 RCE: «2.º Fijar y nombrar, oída la Comisión Permanente y de acuerdo con el Gobierno, las Comisiones a que se refiere el artículo 19 de este Reglamento y las especiales previstas en el párrafo segundo del artículo 15 de la Ley de Creación de las Cortes». RRCE incluía en efecto la variante «a propuesta de la Comisión Permanente».

<sup>129</sup> Artículos 11 RPCE, 16.7 PRC y 14.7.º RCE: «Corresponde al Presidente de las Cortes: (...) g) Remitir a las Comisiones los proyectos de Ley enviados por el Gobierno».

<sup>130</sup> Artículo 16 RPCE: «Se constituirán las siguientes Comisiones: / Uno.- Comisión Permanente. / Dos.- La especial a que se refiere el artículo doce de la Ley. / Tres.- Leyes fundamentales. / Cuatro.- Tratados. / Cinco.- Gobernación. / Seis.- Justicia. / Siete.- Defensa Nacional. / Ocho.- Hacienda. / Nueve.- Presupuestos. / Diez.- Educación Nacional. / Once.- Industria y Comercio. / Doce.- Obras Públicas. / Trece.- Agricultura. / Catorce.- Trabajo. / Además de las anteriormente enumeradas y las de Gobierno interior y Corrección de estilo, el Presidente, de acuerdo con el Gobierno, podrá crear las Comisiones especiales que estime necesarias». Sin haber realizado el cambio de Tratados por Asuntos Exteriores, e incluyendo en la relación las de Gobierno Interior y Corrección de Estilo, el artículo 22 PRC, bien es cierto que con otro orden, se iden-

pacho de asuntos que no son de competencia expresamente prevista, a cualquiera de las comisiones ordinarias <sup>131</sup>.

Por otra parte, la reunión del Pleno obedecía a la materia legal examinada –una serie de problemas de mayor trascendencia política, jurídica o social–, si bien la relación de materias legalmente prevista para atraer su competencia se cerraba con la posibilidad de que el Gobierno –directamente o mediante la propuesta de una comisión– sometiera al Pleno cualquier otro examen de ley <sup>132</sup>. Ahora bien, la dualidad de Pleno y comisiones operaba como un refuerzo consistente en el primero y nunca como una eventual anulación de las segundas, porque los proyectos de ley que había que someter al Pleno debían ser propuestos por y obtener con carácter previo un informe de la comisión relativa a la materia <sup>133</sup>. El funcionamiento limitado a comisiones se extendía a todas las disposiciones que requiriesen fuerza de ley (mas no se encontrasen incluidas, obviamente, en el catálogo de materias que exigían Pleno). Cuándo se requiere fuerza de ley es un interrogante resuelto por dos posibles vías. Una, ambigua, la determinación de tal exigencia por ley futura. Otra, el requerimiento por

---

tífica con el definitivo artículo 19 RCE: «1. Se constituirán las siguientes Comisiones: / 1.ª Permanente. / 2.ª De competencia legislativa, creada por el artículo de la Ley de Cortes. / 3.ª De Leyes fundamentales y Presidencia del Gobierno. / 4.ª Asuntos Exteriores. / 5.ª Justicia. / 6.ª Defensa Nacional. / 7.ª Hacienda. / 8.ª Presupuestos. / 9.ª Gobernación. / 10. Obras Públicas. / 11. Educación Nacional. / 12. Industria. / 13. Agricultura. / 14. Trabajo. / 15. Comercio. / 16. Información y Turismo. / 17. Vivienda. / 2. Además de las anteriormente enumeradas y de las de Gobierno Interior de las Cortes y de Corrección de Estilo, el Presidente, oída la Comisión Permanente, podrá crear las Comisiones especiales que estime necesarias». La RRCE, amén de alguna corrección de estilo (así, se elimina la numeración), precisa el artículo 12 en la mención de LCE, incluye las comisiones de Gobierno Interior de las Cortes y de Corrección en el listado y convierte la audiencia de la Comisión Permanente en propuesta para la creación de las comisiones especiales por el Presidente de las Cortes.

<sup>131</sup> Artículos 12 RPCE, 17 PRC y 15 RCE: «El Presidente de las Cortes podrá confiar a la Comisión que estime conveniente el despacho de aquellos asuntos que no sean de la competencia expresa de ninguna de ellas».

<sup>132</sup> Artículo 9.º LCE: «Las Cortes se reúnen en Pleno para el examen de las Leyes que requieran esta competencia y, además, siempre que sean convocadas por el Presidente, de acuerdo con el Gobierno». Artículo 10: «Las Cortes conocerán, en Pleno, de los actos o Leyes que tengan por objeto alguna de las materias siguientes: / a) Los presupuestos ordinarios y extraordinarios del Estado. / b) Las grandes operaciones de carácter económico y financiero. / c) El establecimiento o reforma del régimen tributario. / d) La ordenación bancaria y monetaria. / e) La intervención económica de los Sindicatos y cuantas medidas legislativas afecten, en grado trascendental, a la Economía de la Nación. / f) Leyes básicas de regulación de la adquisición y pérdida de la nacionalidad española y de los deberes y derechos de los españoles. / g) La ordenación político-jurídica de las instituciones del Estado. / h) Las bases del régimen local. / i) Las bases del Derecho Civil, Mercantil, Social, Penal y Procesal. / j) Las bases de la Organización judicial y de la Administración pública. / k) Las bases para la ordenación agraria, mercantil e industrial. / l) Los Planes nacionales de enseñanza. / m) Las demás Leyes que el Gobierno por sí o a propuesta de la Comisión correspondiente, decida someter al Pleno de las Cortes. / Igualmente el Gobierno podrá someter al Pleno materias o acuerdos que no tengan carácter de Ley». Rodrigo FERNÁNDEZ CARVAJAL, «La potestad normativa de las Leyes Fundamentales de España», en *Revista de Estudios Políticos*, 169-170 (1970), pp. 68-70, entendía este precepto como la formulación de una «reserva de ley».

<sup>133</sup> Artículo 11 LCE: «Los proyectos de Ley que hayan de someterse al Pleno pasarán previamente a informe y propuesta de las Comisiones correspondientes».

parte del Gobierno, *motu proprio* o a petición del Presidente de las Cortes, de un dictamen a una comisión compuesta por éste último, el del Consejo de Estado y el del Tribunal Supremo, un ministro, un miembro de la Junta Política y un procurador-letrado en Cortes<sup>134</sup>. En definitiva, la ley, tanto en el funcionamiento en pleno –previo informe y propuesta de la comisión– cuanto en el funcionamiento por comisiones, depende de una valoración material que se sujeta a determinaciones ordenadas o controladas –una ley *fundamental*, una ley futura (que será dispuesta y aprobada por el Jefe del Estado<sup>135</sup>), una comisión de muy alto grado político– desde la más alta instancia.

Las procuradores que componen las comisiones reglamentariamente previstas, cuyo quórum se concretaba en la mitad más uno<sup>136</sup>, habían de ser nombrados por el Presidente de las Cortes de acuerdo con el Gobierno, y según la reforma del reglamento de 1957 a propuesta de la Comisión Permanente, cuyos miembros podían asistir con voz y voto a cualquier comisión desde el reglamento provisional. El reglamento de 1957, además de limitar la validez de tal voto en ciertos supuestos, estableció entre veinticinco y cincuenta el número de procuradores integrantes de cada comisión y los principios de representación del corporativismo de la Cámara y de inalterabilidad en el curso de la legislatura<sup>137</sup>. Los ministros y sus delegados podían asimismo asistir, con voz pero sin

---

<sup>134</sup> Artículo 12 LCE: «Son de la competencia de las Comisiones de las Cortes todas las demás disposiciones que no estén comprendidas en el artículo décimo y que deban revestir forma de Ley, bien porque así se establezca en alguna posterior a la presente, o bien porque se dictamine en dicho sentido por una Comisión compuesta por el Presidente de las Cortes, un Ministro designado por el Gobierno, un miembro de la Junta Política, un Procurador en Cortes con título de Letrado, el Presidente del Consejo de Estado y el del Tribunal Supremo de Justicia. Esta Comisión emitirá dictamen a requerimiento del Gobierno, por propia iniciativa de éste o a petición del Presidente de las Cortes». Una enmienda de 25 de noviembre de 1957 al RCE, en relación con el artículo 12 LCE, firmada por Mariano Aniceto Galán, pretendió abrir la instancia a diez procuradores mediante escrito razonado dirigido a su Presidente (ACD, SG, 2394-1).

<sup>135</sup> Como sucede con RPCE, LMRC, RCE, LOE.

<sup>136</sup> Artículos 17 RPCE, 23 PRCE y 20 RCE: «Para que sean válidos los acuerdos de las Comisiones será indispensable la presencia de la mitad, más uno, de sus componentes».

<sup>137</sup> Artículo 21 RPCE: «Las Comisiones establecidas en el artículo dieciséis estarán integradas por los Procuradores que nombre el Presidente, de acuerdo con el Gobierno. / Los miembros de la Comisión permanente podrán asistir, con voz y voto, a cualquiera de las Comisiones». Artículo 25 RCE: «1. Las demás Comisiones establecidas en el artículo 19 estarán formadas por los Procuradores que nombre el Presidente de las Cortes, sin que pueda exceder de cincuenta ni bajar de veinticinco el número de los que componen cada Comisión. En cada una de ellas estarán representados, dentro de lo posible, los diversos grupos que integran la Cámara. Los Procuradores serán adscritos, en principio, a una sola Comisión, pero la Presidencia podrá incluir en más de una a aquellos Procuradores cuyas circunstancias lo aconsejen. / 2. Durante el curso de una legislatura no se harán más alteraciones en la composición de las Comisiones que las requeridas por el movimiento normal de altas y bajas de sus miembros, sin perjuicio de las adscripciones temporales que pueda acordar la Presidencia, para proyectos determinados y en número no superior a cinco que no se computará a los efectos del máximo establecido en el número anterior. / 3. Los miembros de la Comisión Permanente podrán asistir con voz y voto a cualquiera de las Comisiones». La RRCE, al margen de algún cambio de redacción, introdujo la propuesta («acuerdo» en el artículo 28 PRCE) de la Comisión Permanente, la proporcionalidad en la representación de la Comisión y la atención adecuada a «las peticiones de los Procuradores y la especialidad de cada Comisión», la limitación máxima de las adscripciones temporales a diez –y la aseveración de que «Los Procura-

voto, a las comisiones que se ocupasen de asuntos de su competencia, y las propias comisiones podían solicitar la asistencia de un delegado del ministro para ilustración y auxilio de la Comisión<sup>138</sup>.

Pues bien, el proyecto de ley que recibe del Gobierno el Presidente de las Cortes es publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* y pasado a la Comisión correspondiente<sup>139</sup>. Las comisiones –como una suerte de réplica de las propias Cortes– funcionaban en pleno y por Ponencias, designadas éstas por el Presidente de la Comisión, de acuerdo con el Presidente de las Cortes a partir del reglamento de 1957<sup>140</sup>. La Ponencia informa potencialmente sobre dos objetos: el proyecto de ley presentado por el Gobierno –o bien la proposición de ley– y las enmiendas<sup>141</sup> presentadas por los procuradores<sup>142</sup>. El reglamento provisional manifestó una clara inquietud por las enmiendas, a las que requirió ser siempre escritas y razonadas, respecto de la totalidad o el articulado –una sola por procurador–, con un mínimo de veinticinco y diez firmantes respectivamente –sanables si la Ponencia alteraba el objeto total o articular de la enmienda<sup>143</sup>– y ajusta-

---

dores adscritos temporalmente tendrán la consideración de miembros de la respectiva Comisión a todos los efectos»–, así como la no consideración del voto de los miembros de la Comisión Permanente que participasen en Comisiones legislativas «a efectos de lo dispuesto en los artículos veinte, cincuenta y tres y sesenta y cinco de este Reglamento».

<sup>138</sup> Artículo 26 RPCE: «Los Ministros, así como los Subsecretarios, Vicesecretarios de Falange Española Tradicionalista y de las J. O. N. S., Directores Generales y Delegados Nacionales en que los primeros deleguen podrán asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones de las Comisiones en que se traten asuntos de su propia competencia./ Las Comisiones, por conducto del Presidente de las Cortes, podrán solicitar de los respectivos Departamentos ministeriales la asistencia de un Delegado del Ministro, que ilustre y auxilie a la Comisión en sus trabajos». El artículo 33 PRCE citaba como delegados del ministro tan sólo a los subsecretarios y directores generales, pero el artículo 30 RCE, coincidente en el resto con el viejo precepto (criterio de fidelidad propio también de la enmienda de 25 de noviembre de 1957 firmada por Mateu de Ros, que añadía al tenor del artículo del reglamento provisional el concepto de delegación, y que se dice aceptada «en parte» [ACD, SG, 2394-1]), se refería a «los Subsecretarios y Directores generales o personas que ocupen cargos de análoga categoría en que los primeros deleguen».

<sup>139</sup> Artículos 34 RPCE, 37 PRCE y 34 RCE: «Recibido por el Presidente de las Cortes un proyecto de Ley, ordenará inmediatamente su publicación en el 'Boletín Oficial de las Cortes' y su paso a la Comisión correspondiente».

<sup>140</sup> Artículo 27 RPCE: «Las Comisiones funcionarán en Pleno y por Ponencias. Las Ponencias serán designadas por el Presidente de la Comisión». Artículos 34 PRCE y 31 RCE: «Las Comisiones funcionarán en Pleno y por Ponencias. Estas serán designadas, de acuerdo con el Presidente de las Cortes, por el de la Comisión». La inclusión de una referencia a la integración de procuradores sindicales en caso de tratarse asuntos sociales o económicos, propuesta en la enmienda de Roque Pró, de 25 de noviembre de 1957, fue rechazada (ACD, SG, 2394-1).

<sup>141</sup> El derecho de los procuradores a formular enmiendas es recogido como tal en la RRCE, al añadir un punto al artículo 5.º RCE: «Los Procuradores tendrán derecho (...) Segundo.- A formular enmiendas a los proyectos y proposiciones de Ley».

<sup>142</sup> Artículo 28 RPCE: «Es función de la Ponencia, informar sobre los proyectos de ley del Gobierno, así como sobre las enmiendas que hayan sido presentadas por los Procuradores». La añadidura de las proposiciones de ley figura en el artículo 35 PRCE y en el 32 RCE: «Es misión de las Ponencias informar sobre los proyectos y proposiciones de ley, así como sobre las enmiendas que hayan sido presentadas por los Procuradores».

<sup>143</sup> Artículo 31 RPCE: «Las enmiendas para el articulado que a juicio de la Ponencia entrañen modificación esencial del proyecto serán consideradas como enmiendas a la totalidad y

das al plazo de quince días desde la fecha de publicación del proyecto en el *Boletín Oficial de las Cortes* (ampliable a diez días a solicitud de diez procuradores, desde 1957)<sup>144</sup>; las modificaciones de 1946 permitieron que las enmiendas sin las firmas necesarias pudieran ser examinadas por la Ponencia e incorporadas a su dictamen, pero limitada la posibilidad de defensa en el seno de la Comisión<sup>145</sup>. El reglamento definitivo redujo el número de firmas necesarias a diez y cinco, en las enmiendas a la totalidad y al articulado, y suprimió la limitación a una sola por procurador, permitiendo en fin la comunicación escrita a la Ponencia de todo tipo de observaciones<sup>146</sup>. Desde el término del plazo para la presenta-

---

devueltas al primer firmante para que en el improrrogable plazo de cuarenta y ocho horas complete el número de firmas necesario, sin cuyo requisito no podrán ser tomadas en consideración».

<sup>144</sup> Artículo 35 RPCE: «Nombrada la Ponencia que ha de encargarse del estudio del proyecto, conforme a lo prescrito en el artículo veintisiete, los Procuradores, en un plazo máximo de quince días a contar de la fecha de la publicación del proyecto en el «Boletín Oficial de las Cortes», podrán enviar por escrito a la Ponencia las enmiendas que estimen pertinente formular a la totalidad o al articulado del proyecto con las razones y fundamentos que lo aconsejen». Los artículos 38 RPCE y 35 RCE añadían un segundo párrafo: «2. Dicho plazo aparte de la facultad que en todo caso compete a la Presidencia de las Cortes con arreglo al artículo 14, párrafo 16, de este Reglamento se ampliará en diez días más siempre que lo solicitaren diez Procuradores, salvo en casos de urgencia apreciados por el Presidente». La posibilidad de solicitud razonada por diez procuradores para la ampliación en diez días del plazo figuraba en la enmienda de 25 de noviembre de 1957 firmada por Antonio José Hernández Navarro; sin necesidad de solicitud, la *sugerencia* de 25 de noviembre de 1957 firmada por Adolfo Rodríguez Jurado defendía directamente la ampliación en diez días del plazo puesto que «frecuentemente, queda, de hecho, acortado, por recibir los Procuradores el Boletín Oficial con dos o tres días de retraso respecto a la fecha de publicación, y el natural descuento de los días no laborables, sino porque también es frecuente que en un mismo Boletín Oficial se inserten varios proyectos de ley, con lo cual resulta que siendo común para todos ellos el mismo plazo de quince días, en realidad solo queden disponibles para cada proyecto de ley muy pocos días de estudio» (ACD, SG, 2394-1).

<sup>145</sup> Artículo 29 RPCE: «Las enmiendas deberán ser escritas y razonadas y podrán referirse a la totalidad o al articulado». Artículo 30 RPCE: «Las enmiendas no serán tomadas en consideración si no han sido presentadas dentro de plazo y firmadas por un número de Procuradores que no sea inferior a veinticinco para las de totalidad y a diez para las del articulado. / Los Procuradores no podrán presentar más que una sola enmienda para la totalidad o a cada artículo». LMRC añade este último párrafo: «Las enmiendas que no lleven el número de firmas exigidas en este artículo podrán ser examinadas sin embargo por la Ponencia e incorporadas, si lo estimara conveniente, a su dictamen, pero no darán derecho a los firmantes a su defensa en el seno de la Comisión, a no ser que el Presidente de ésta, previo informe de la ponencia, lo estimare necesario para la mejor dilucidación de la materia controvertida».

<sup>146</sup> Artículo 36 RCE: «1. Cualquier Procurador podrá presentar enmiendas a la totalidad o al articulado de los proyectos de Ley. Para que las enmiendas sean examinadas por la Ponencia serán requisitos indispensables: que se formulen razonadamente y por escrito; que sean firmadas por diez Procuradores como mínimo, si se trata de enmiendas a la totalidad o por cinco si al articulado, y que se presenten dentro de plazo. / Cualquier Procurador puede dirigirse por escrito a la Ponencia para exponer todas cuantas observaciones estime procedentes sobre la totalidad o el articulado de los proyectos». En el artículo 39 RPCE todavía figura la limitación a una sola enmienda por procurador (Roque Pró, en su rechazada enmienda de 25 de noviembre de 1957, había propuesto que un procurador no pudiera suscribir «como primer firmante más que una sola enmienda a la totalidad o para cada artículo»: ACD, SG, 2394-1), y la exposición de observaciones se calificaba «unipersonal» (una enmienda postuló la unipersonalidad en la firma de las propias enmiendas, lo que fue considerado «abrir un ancho campo a toda posible obstrucción», según el BOCE, núm. 579, 21 de diciembre de 1957, p. 12.026; debe tratarse de la rechazada enmienda

ción de las enmiendas, la Ponencia contaba con ocho días, según el reglamento provisional, y quince prorrogables, según el definitivo, para emitir informe<sup>147</sup>.

Elaborado el informe de la Ponencia sobre el proyecto de ley, se entrega con las enmiendas<sup>148</sup> al Presidente de la Comisión<sup>149</sup>, quien lo pone en conocimiento del Presidente de las Cortes para fijar, de acuerdo con el Gobierno, el día del sometimiento al Pleno de la Comisión<sup>150</sup>. La reunión del Pleno comienza con la lectura del informe y de las enmiendas rechazadas<sup>151</sup>; un firmante de éstas puede ampliar por escrito, ora de palabra durante no más de treinta o quince minutos prorrogables (enmiendas a la totalidad o al articulado), ora por

---

firmada por Filgueira el 22 de noviembre, así fundamentada: «Estimamos que en el proceso de elaboración de la ley, disciplina que constituye el cometido esencial de las Cortes, no debe desdenarse sino estimularse la aportación de toda suerte de pareceres y que, en lugar de limitarse su llegada a la Ponencia y Comisiones encargadas de dictaminar cualquier proyecto, proceda dar las mayores facilidades para que, fuere cual fuere la suerte reservada a las enmiendas, estas puedan formularse, lo que se conseguiría permitiendo pura y simplemente a todo Procurador que formule a la totalidad o al articulado, cuantas enmiendas estime pertinentes, sin exigir que su firma vaya acompañada de otras, requisito este que la práctica ha señalado no opera como freno en la presentación de enmiendas» [ACD, SG, 2394-1]. En una *sugerencia* de 28 de noviembre de 1957, Alberto Martín Artajo decía: «Encontrándose razonable que para la presentación de enmiendas a la totalidad se exija una firma colectiva –cuyo número, por cierto, rebaja acertadamente el Proyecto de veinticinco a diez–, puesto que, prácticamente, tales enmiendas suponen la presentación de un contraproyecto, se juzga, sin embargo, improcedente exigir firma colectiva –aunque se haya rebajado su número a cinco– para la formulación de enmiendas parciales al articulado, puesto que toda colaboración en este punto, aunque sea individual, debe ser aceptada y puede haber razones para eludir la recogida de firmas, operación siempre expuesta a maniobras» (*ibidem*).

<sup>147</sup> Artículo 36 RPCE: «Terminado el plazo para la presentación de enmiendas, la Ponencia emitirá informe en el término de ocho días». El artículo 40 PRCE fija diez días prorrogables. Artículo 37 RCE: «Terminado el plazo para la presentación de enmiendas, la Ponencia emitirá informe en el término de quince días, prorrogable por el Presidente de las Cortes».

<sup>148</sup> Los procuradores de la Comisión quedarán enterados de las enmiendas, por exposición en los artículos 39 RPCE y 43 RPCE: «Tres días antes de la reunión del Pleno de la Comisión, el informe de la Ponencia quedará expuesto a disposición de los Procuradores firmantes de enmiendas en la Secretaría de las Cortes»; a la que se añade una remisión personal (conforme parcialmente a las enmiendas de Rodríguez Jurado y García Ribes [de 25 de noviembre de 1957, en ACD, SG, 2394-1]: BOCE, núm. 579, 21 de diciembre de 1957, p. 12.020) en el artículo 40.2 RCE: «El Presidente de la Comisión remitirá a los Vocales de la misma el informe de la Ponencia y copia de las enmiendas presentadas. Dicho informe se remitirá también a los primeros firmantes de las mismas».

<sup>149</sup> Artículos 37 RPCE y 41 PRCE: «El informe, junto con las enmiendas aprobadas y rechazadas, será entregado al Presidente de la Comisión»; pero el artículo 38 RCE se refiere sólo a las «enmiendas admitidas».

<sup>150</sup> Artículo 38 RPCE: «El Presidente de la Comisión pondrá el informe de la Ponencia en conocimiento del de las Cortes, quien, de acuerdo con el Gobierno, señalará la fecha y el orden del día del Pleno de la Comisión». En los artículos 42 PRCE y 39 RCE desaparece el acuerdo del Gobierno: «El Presidente de la Comisión trasladará el informe de la Ponencia al Presidente de las Cortes, quien señalará la fecha y el orden del día del Pleno de la Comisión»; que reaparece en la RRCE limitada su necesidad al orden del día.

<sup>151</sup> Artículos 40 RPCE y 44 PRCE: «Reunido el Pleno de la Comisión, el Presidente abrirá las deliberaciones. El Secretario de la Comisión dará lectura al informe de la Ponencia y a las enmiendas rechazadas. Acto seguido se procederá a la audiencia de los firmantes de ellas». Con algún cambio de redacción («enmiendas no admitidas», «audiencia de los primeros firmantes») mantiene la norma el artículo 41 RCE.

escrito, su razonamiento<sup>152</sup>. Una vez defendidas las enmiendas, la deliberación de la Comisión prosigue exclusivamente entre los vocales<sup>153</sup>. En el plazo de cinco días, el Pleno de la Comisión dictamina sobre el informe de la Ponencia por mayoría de votos<sup>154</sup>, admitiéndose la formulación de votos particulares<sup>155</sup>.

Ahora bien, si tal es el curso ordinario de la tramitación de un proyecto de ley, hasta el dictamen de la Comisión que es remitido por su Presidente al de las Cortes, los reglamentos establecieron quebraduras o cambios de ritmo procedimentales al servicio de una mayor fiscalización del producto legislativo:

1.º Cuando el dictamen emitido por la Comisión tiene por objeto un proyecto de ley que no se identifica con la serie de materias enumeradas expresa-

---

<sup>152</sup> Este régimen de las enmiendas queda asentado en el artículo 42 RCE: «1. El primer firmante de cada enmienda no admitida por la Ponencia tendrá derecho a ampliar, oralmente o por escrito, ante el Pleno de la Comisión, las razones alegadas en el escrito de enmienda. Esta facultad podrá ser delegada por escrito dirigido al Presidente de la Comisión en cualquiera de los firmantes. El uso de la palabra no podrá exceder de treinta minutos para las enmiendas a la totalidad y de quince para las que lo sean al articulado. / 2. Cuando se trate de enmiendas a diversos artículos que hayan de ser defendidas por un mismo Procurador, éste las defenderá conjuntamente, en cuyo caso su intervención no podrá exceder del tiempo señalado para la defensa de las enmiendas a la totalidad. / 3. El Presidente de la Comisión podrá ampliar el tiempo de las intervenciones de los Procuradores a petición de éstos y cuando, a su juicio, la importancia del asunto lo requiera. / 4. Se entenderán como enmiendas, a los efectos de discusión, las propuestas de los miembros de la Comisión que, por consecuencia del debate, supongan la supresión de determinadas palabras del dictamen, su sustitución por otras o la introducción de adiciones en su texto. En todo caso, el nuevo texto propuesto deberá entregarse en el acto y por escrito a la Presidencia». El artículo 41 RPCE se identificaba con el primer párrafo, si bien el tiempo máximo para la defensa de la enmienda al articulado era de diez minutos; la LMRC introdujo el párrafo segundo, con la condición de que «el Presidente de la Comisión no disponga lo contrario» que mantenía el artículo 45 PRCE. En éste, por lo demás coincidente con RCE, la prórroga del párrafo tercero no podía exceder de diez minutos.

<sup>153</sup> Artículo 42 RPCE: «Terminada la defensa de las enmiendas, la deliberación continuará sólo entre los miembros de la Comisión, sin perjuicio de lo establecido en los artículos veintiuno, párrafo segundo, y veintiséis de este Reglamento». Artículos 46 PRCE y 43 RCE: «Terminada la defensa de las enmiendas, la deliberación continuará entre los miembros de la Comisión y, en su caso, las personas previstas en los artículos 25, párrafo 3.º, y 20 de este Reglamento».

<sup>154</sup> Artículo 43 RPCE: «Cerrada la deliberación por el Presidente, la Comisión tomará los acuerdos por mayoría de votos. Los miembros de la Comisión que discrepen de los acuerdos del Pleno podrán formular por escrito y razonadamente, a los efectos de su constancia en los posteriores trámites, votos particulares. En el plazo de cinco días, el Pleno de la Comisión redactará dictamen definitivo y lo elevará al Presidente de las Cortes». La primera oración se mantiene en el artículo 47 PRCE, que añadía dos párrafos finalmente desaparecidos: «2. Cuando una enmienda rechaza por la ponencia, hubiere propugnado la sustitución o supresión de algunos de los artículos del Proyecto de Ley, el dictamen de la ponencia se votará en forma disyuntiva, votándose primero la propuesta de supresión del artículo o la redacción dada al mismo según la enmienda. / 3. Si fueran varias las enmiendas a un mismo párrafo de un artículo, el orden de votación se establecerá por el Presidente, anteponiendo las que más se separen del dictamen de la ponencia». La segunda y la tercera oración se convierten en el artículo 49 PRCE. El artículo 44 RCE se identifica con el artículo 43 RPCE pero no califica el dictamen como «definitivo», y la segunda oración de éste forma ahora el artículo 46 RCE.

<sup>155</sup> Artículo 33 RPCE: «Cada Comisión en Pleno dictaminará sobre los informes que les sometan las Ponencias». Artículos 36.1 PRCE y 33.1 RCE: «Cada Comisión en Pleno discutirá y dictaminará, por mayoría de votos, sobre los proyectos de ley a la vista del informe que les sometan las Ponencias».

mente por la ley de Cortes, el Presidente de las Cortes puede acordar su sometimiento a la ratificación de la Comisión Permanente, que modifica cuanto considere oportuno, de lo que se da cuenta al Pleno de las Cortes. Se trata de una interferencia que desaparece con el reglamento de 1957<sup>156</sup>.

2.º La convalidación de una norma de rango inferior por disposición con forma de ley debe obedecer a la declaración de *necesidad de ley* dictaminada por una Comisión especial a requerimiento del Gobierno por petición del Presidente de las Cortes interesada desde la Comisión competente. Se sigue la suspensión de la aplicación de la norma de rango inferior y la presentación por el Gobierno de un proyecto de ley según los cauces ordinarios, pero si el proyecto de ley no es presentado –y caben entonces proposiciones de ley– lo cierto es que la disposición inferior en trance queda derogada<sup>157</sup>.

3.º Cabe la devolución del dictamen –con enmiendas y votos particulares– a la Comisión por parte del Presidente de las Cortes, previo informe de la Comisión Permanente<sup>158</sup>. He aquí una especie de veto que reproduce el propio del Gobierno consistente en la retirada de los proyectos de ley, en cualquier estado de la tramitación hasta la asunción por el Pleno de las Cortes<sup>159</sup>.

<sup>156</sup> Artículo 46 RPCE: «Las disposiciones que, sin estar comprendidas en el artículo décimo de la Ley de diecisiete de julio de mil novecientos cuarenta y dos, deban revestir forma de Ley, a tenor de lo dispuesto en el artículo doce de la misma, serán enviadas por el Presidente de las Cortes a la Comisión correspondiente como proyecto de Ley del Gobierno. / La Comisión emitirá dictamen en la forma prevenida en el presente Reglamento. Dicho dictamen podrá ser sometido, si el Presidente de las Cortes lo acordara, a la ratificación de la Comisión Permanente, la cual podrá introducir en el mismo las modificaciones que estime procedentes antes de ser remitido al Gobierno por el Presidente de las Cortes. De su contenido se dará cuenta en sesión del Pleno de las Cortes». El artículo 49 RCE mantiene sólo el párrafo primero (pero en vez de sus últimas palabras, «como proyecto de Ley, dando cuenta al Gobierno»); el segundo párrafo todavía figuraba en el artículo 52 PRCE, pero ya sin la intervención de la Comisión Permanente.

<sup>157</sup> Artículos 53 PRCE y 50 RCE: «1. En la materia de su respectiva competencia las Comisiones podrán instar al Presidente de las Cortes para que, haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 12 de la Ley de Creación de las Cortes, pida al Gobierno que se requiera el dictamen de la Comisión Especial prevista en el mencionado artículo acerca de la forma de Ley que deba, en su caso, revestir determinada disposición si hubiere sido promulgada como norma de rango inferior. / 2. Requerido el dictamen de dicha Comisión, se emitirá de acuerdo con lo dispuesto en los artículos anteriores y en el plazo de un mes. Se publicará en el ‘Boletín Oficial de las Cortes’ y caso de ser favorable a la tesis de que es necesaria una Ley, quedará en suspenso la aplicación de la disposición, y el Gobierno presentará un proyecto de Ley regulando la misma materia. De no hacerlo quedará sin vigencia la disposición y abierto el camino a la presentación de proposiciones de Ley sobre el mismo asunto». La RRCE concretó la Comisión Especial en Comisión de Competencia legislativa y puso en manos de la Comisión Permanente la petición al Gobierno del dictamen de aquélla.

<sup>158</sup> Artículos 44 RPCE, 50 PRCE y 47 RCE: «El Presidente de las Cortes, previo informe de la Comisión Permanente, podrá devolver al de la Comisión el dictamen de la misma, con las enmiendas y votos particulares, para ampliación, aclaración o mejor estudio de alguno de sus extremos». Artículos 19.c) RPCE, 25.5 PRCE y 22.5.ª RCE: «Corresponde a la Comisión permanente: (...) c) Informar, a requerimiento del Presidente de las Cortes, sobre la devolución a la Comisión del dictamen emitido por ésta para su ampliación, aclaración o mejor estudio».

<sup>159</sup> Artículo 48 RPCE: «El Gobierno podrá retirar los proyectos de Ley, cualquiera que sea el estado de tramitación en que se hallen, hasta el momento de la aprobación definitiva del dictamen por el Pleno de las Cortes». La LMRC redactaba: «El Gobierno podrá retirar los proyectos



4.º El Presidente de las Cortes siempre puede reducir o ampliar los plazos reglamentarios por causa de urgencia, importancia o extensión de los proyectos o proposiciones de ley <sup>160</sup>.

5.º La modificación sustancial del proyecto de ley por parte del dictamen de la Comisión –a juicio del Gobierno– lo transfigura en proposición de ley <sup>161</sup>.

La proposición de ley está sujeta a los trámites procedimentales propios del proyecto de ley, aunque exige un mínimo de cincuenta firmas de procuradores y su toma en consideración debe ser dictaminada por la Comisión Permanente <sup>162</sup> en orden a la subsiguiente publicación y examen en comisión <sup>163</sup> –amén de los requisitos materiales y formales singulares de una proposición de

---

de Ley, cualquiera que sea el estado de tramitación en que se hallan, hasta el momento en que se haya de dar cuenta al Pleno de las Cortes del dictamen de la Comisión o de su votación definitiva, cuando ésta fuere necesaria»; como mantienen los artículos 55 RPCE y 52 RCE.

<sup>160</sup> Ciertamente, los artículos 11.º RPCE, 16.16 RPCE y 14.16 RCE atribuían al Presidente de las Cortes la facultad de «Reducir o ampliar los plazos señalados en este Reglamento para la tramitación de los proyectos o proposiciones de Ley por razones de urgencia, o cuando la importancia o extensión de los proyectos o proposiciones así lo requieran». La enmienda de 25 de noviembre de 1957 de Luis Gómez de Aranda atribuía la competencia, en acuerdo con el Presidente, a la Comisión Permanente (ACD, SG, 2394-1).

<sup>161</sup> Artículo 45 RPCE: «Cuando el acuerdo de la Comisión modifique sustancialmente el proyecto de Ley quedará convertido en proposición de Ley y seguirá los trámites señalados para las mismas». Son los artículos 51 RPCE y 48 RCE los que introducen el «juicio del Gobierno». Fueron rechazadas dos enmiendas, de 25 de noviembre de 1957, una de Jordana Fuentes y otra de Antonio José Hernández Navarro, que pidieron la supresión del artículo.

<sup>162</sup> Artículos 49 RPCE y 56 RPCE: «Las proposiciones de Ley de los Procuradores se formularán, de acuerdo con el artículo quince de la Ley, como los proyectos del Gobierno, y no serán admitidas si no fueren firmadas por un número de Procuradores que no sea inferior a cincuenta». Artículo 50 RPCE: «La presentación se hará a la Mesa de las Cortes, que la remitirá a la Comisión Permanente para que decida sobre la toma en consideración»; el artículo 57 RPCE empero estableció: «La presentación se hará al Presidente de las Cortes, que la remitirá a la Comisión Permanente para que informe sobre la toma en consideración, previa defensa ante la misma de la proposición de Ley por su primer firmante». Esta última garantía no cuajó en el artículo 55 RCE, que sin embargo fijaba un límite temporal al dictamen de la Comisión Permanente: «1. Los Procuradores podrán hacer uso de la facultad de presentar proposiciones de Ley mediante escrito dirigido a la Presidencia de las Cortes, con las firmas de cincuenta o más Procuradores. / 2. En este caso, la Comisión Permanente deliberará sobre si procede o no la toma en consideración. Su dictamen será publicado en el término de un mes» (se recoge así la enmienda de 25 de noviembre de 1957 firmada por Miguel García Saez: ACD, SG, 2394-1).

<sup>163</sup> Artículo 19.a) RPCE, 25.1 PRCE y 22.1.ª RCE: «Corresponde a la Comisión permanente: / a) Conocer y dictaminar previamente sobre la toma en consideración de las proposiciones de Ley que se presenten de acuerdo con el artículo quince, párrafo primero de la Ley; la RRCE utilizó distinta terminología, más ceñida al derecho del procurador que referenciada en la comisión en la que la propuesta nace: «Uno. Resolver sobre la toma en consideración de las exposiciones que formulen los Procuradores, conforme a lo previsto en el apartado sexto número dos del artículo quinto de este Reglamento». Al Presidente de las Cortes le corresponde, según los artículos 11.n) RPCE, 16.15 RPCE y 14.15 RCE: «Ordenar la publicación en el 'Boletín Oficial de las Cortes' de los proyectos de Ley que el Gobierno envíe, así como de las proposiciones de Ley que, tomadas en consideración por la Comisión Permanente, hayan de ser objeto de dictamen por la Comisión respectiva».

ley de carácter financiero <sup>164</sup>-. En la ley de Cortes la proposición de ley se había planteado como una facultad generada en el seno de las comisiones legislativas <sup>165</sup>, para cuyo ejercicio el reglamento de 1957 exigiría suscripción de un número de miembros superior a la tercera parte <sup>166</sup>, pero añadiendo la novedad conceptual de valorar la presentación de una proposición de ley como un verdadero derecho del procurador <sup>167</sup>, sin perjuicio del mantenimiento de su operatividad siempre minusvalorada –así se reconocía descarnadamente en la enmienda de Antonio José Hernández Navarro <sup>168</sup>– y técnicamente subordinada

<sup>164</sup> Artículo 32 RPCE: «Toda proposición de Ley o enmiendas a la misma, así como a los proyectos de Ley que entrañen aumentos de gastos o disminución de ingresos, no podrá tramitarse sin la previa autorización del Gobierno». Artículo 59.2 RCE: «Toda proposición de Ley o enmienda de un proyecto o proposición que entrañe aumento de gastos o disminución de ingresos necesitará la conformidad del Gobierno para ser tramitada. La Presidencia de las Cortes la remitirá inmediatamente a la del Gobierno, que deberá dar respuesta razonada en el plazo de un mes. Transcurrido dicho plazo se entenderá que el silencio del Gobierno expresa conformidad». Así también había rezado el artículo 62.2 RPCE, que permitía la prórroga por otro mes a petición del ministro de Hacienda. La RRCE introdujo el siguiente cambio: «Dos. Las enmiendas al proyecto de ley de Presupuestos que supongan aumento de crédito en algún concepto, únicamente podrán ser admitidas a trámite si llevara la firma de veinticinco Procuradores y en la propia enmienda se propone una baja de igual cuantía en otro concepto de la misma sección y capítulo. La aprobación de la enmienda por la Comisión de Presupuestos requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros que la componen, cualquiera que sea el número de asistentes a las sesiones en que tales enmiendas se examinen». Es el RCE el que inaugura la regulación singular y concentrada, en su título VIII, «De las disposiciones especiales relativas a la ley de Presupuestos y a los proyectos y proposiciones de carácter económico». Además, el artículo 54.II LOE establece: «Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, sólo el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento de los gastos públicos o disminución de los ingresos, y toda proposición de ley, o enmienda a un proyecto, o proposición de ley que entrañe aumento de gastos o disminución de ingresos, necesitará la conformidad del Gobierno para su tramitación».

<sup>165</sup> Artículo 15, párrafo primero, LCE: «Además del examen y elevación del proyecto de Ley del Gobierno, las Comisiones legislativas podrán someter proposiciones de Ley al Presidente de las Cortes, a quien corresponde, de acuerdo con el Gobierno, su inclusión en el Orden del Día».

<sup>166</sup> Artículo 53 RCE: «En la esfera de su respectiva competencia, las Comisiones podrán someter al Presidente de las Cortes, en los términos prevenidos en el artículo 15 de la Ley de Cortes, proposiciones de Ley. Estas serán debatidas en el seno de la Comisión previa propuesta debidamente inscrita en el orden del día y suscrita por un número de miembros de la Comisión superior a la tercera parte del total». Recoge en su primera oración la enmienda de 25 de noviembre de 1957 de Miguel García Saez, aunque se trata en realidad de una de las dos exclusivas modificaciones que el Gobierno hizo, cuando se le comunicó, el 7 de diciembre de 1957, el dictamen de la Comisión Especial para el Estudio del Reglamento de las Cortes (ACD, SG, 2394-1).

<sup>167</sup> Artículo 5.º RCE: «Los Procuradores tendrán derecho, dentro de los términos de este reglamento: / 1.º A presentar proposiciones de ley».

<sup>168</sup> Firmada el 25 de noviembre de 1957, dice así: «La realidad es, que la redacción de estos artículos figurada en el Proyecto, apenas modifica el trámite establecido para las proposiciones de Ley en el Reglamento provisional vigente que, a nuestro juicio, ha impedido, prácticamente de manera absoluta, que prosperasen o fuesen promulgadas proposiciones de Ley, durante los quince años de funcionamiento de las Cortes». Planteaba entonces la inclusión del siguiente precepto: «Cuando la propuesta de Ley pueda suponer la modificación, derogación, o promulgación de una Ley con rango de Ley Fundamental del Estado, se requerirá la firma de cien Procuradores, como mínimo». Y a continuación concretaba su regulación preferida en tres artículos: «La presentación se hará al Presidente quien, en término de cinco días, la remitirá a la Comisión Permanente, para

al proyecto de ley<sup>169</sup> tal y como demuestra la asimilación entre la proposición de ley surgida en Comisión y la petición o propuesta de la Comisión al Gobierno para la remisión a Cortes de un proyecto de ley<sup>170</sup>.

El Presidente de las Cortes, que ha recibido el dictamen de la Comisión sobre el proyecto o la proposición de ley, convocaba el Pleno de las Cortes, cuya obligatoriedad sólo regía para las materias de necesaria regulación legislativa establecidas expresamente por la ley de Cortes<sup>171</sup>. No era forzosa la asistencia de un número determinado de procuradores para constituir el Pleno,

---

que informe sobre su toma en consideración en término de quince días, previa defensa ante la misma, de la proposición de Ley por su primer firmante. / La proposición de Ley, con el informe de la Comisión Permanente sobre su toma en consideración, será remitida por el Presidente, en término de cinco días, a la Comisión legislativa ordinaria que corresponda, o a la especial que nombre en igual término, atendiendo a la materia que pretenda regular la proposición de Ley, la cual, en término de quince días decidirá sobre su toma en consideración»; «Si la Comisión decidiese tomar en consideración la proposición de Ley, se seguirá el trámite establecido para los Proyectos de Ley, caso contrario, se publicará en el Boletín Oficial de las Cortes, la decisión denegatoria en forma de acuerdo razonado»; «Dictaminada por la Comisión legislativa la proposición de Ley, el dictamen se elevará al Presidente, a los efectos del Artículo 15 de la Ley de Cortes, para su inclusión, a ser posible, en el orden del día del primer Pleno ordinario que se convoque, o en el siguiente» (ACD, SG, 2394-1).

<sup>169</sup> Artículos 52 RPCE y 59 PRCE: «Una vez pasada la proposición a la Comisión correspondiente, se ajustará a los mismos trámites y plazos que los proyectos de Ley». Artículos 51 RPCE y 58 PRCE: «Las proposiciones tomadas en consideración serán elevadas al Gobierno a los efectos del artículo quince de la Ley de diecisiete de julio de mil novecientos cuarenta y dos». Artículo 56 RCE: «Las proposiciones de Ley reguladas en los artículos 53 y 55, una vez acordada su toma en consideración, serán incluídas, de acuerdo con el Gobierno, en el orden del día de la Comisión correspondiente o de una Comisión Especial, y su tramitación ulterior será la misma que la de los proyectos de Ley» (la aprobada enmienda de García Saez, de 25 de noviembre, no remitía la tramitación a la propia del proyecto de ley: ACD, SG, 2394-1).

<sup>170</sup> Artículo 54 RCE: «1. Las Comisiones podrán, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 15 de la Ley de Cortes, formular peticiones y propuestas al Gobierno para que remita a las Cortes un proyecto de Ley regulando una materia de la respectiva competencia de aquéllas. / 2. El procedimiento será el mismo indicado en el artículo anterior».

<sup>171</sup> Artículo 53 RPCE: «El Pleno de las Cortes se reunirá cuando el Presidente lo convoque. / La reunión del mismo sólo será obligatoria para conocer de los actos o Leyes especificados en el artículo décimo de la Ley de diecisiete de julio de mil novecientos cuarenta y dos, sin perjuicio de su convocatoria cuando el Gobierno lo estime procedente. / La convocatoria se publicará en el 'Boletín Oficial de las Cortes' y en el del Estado». Los artículos 65 RPCE y 61 RCE introducen la convocatoria imperativa y algunos supuestos de convocatoria obligatoria para formalización legal en los párrafos primero y segundo, sin alterar el tercero: «1. El Pleno de las Cortes se reunirá preceptivamente dos veces por lo menos en el primer semestre y otra al final del año, y, además, cuando el Presidente lo convoque, y celebrará el número de sesiones necesarias en cada convocatoria para despachar los dictámenes y asuntos pendientes. / 2. La reunión del mismo será obligatoria en los casos previstos en los artículos 8 y 14 de la Ley de Sucesión, y para la aprobación de los actos o Leyes especificados en el artículo 10 de la Ley de Cortes, sin perjuicio de su convocatoria por el Presidente cuando el Gobierno lo estime procedente. La RRCE distingue en el primer párrafo la convocatoria del Presidente «bien por propia iniciativa, bien a instancia razonada de la quinta parte de los Procuradores que constituyan la Cámara». El párrafo tercero tenía relación con los artículos 55 RPCE y 67 PRCE: «Desde el mismo día de la publicación de la convocatoria quedarán en la Secretaría de las Cortes, a disposición de los Procuradores, los dictámenes de la Comisión que hayan de ser sometidos al Pleno»; así también el artículo 63 RCE que en efecto añade «sin perjuicio de su publicación obligatoria en el Boletín Oficial de las Cortes».

hasta que el reglamento de 1957 estatuyó el de doscientos<sup>172</sup>. También este reglamento rompió con la falta de publicidad de las sesiones plenarias<sup>173</sup> –e hizo hincapié en la publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes* de los proyectos, proposiciones, enmiendas, votos particulares, dictámenes, etc.<sup>174</sup>–.

Tras la lectura del dictamen, el Presidente de la Comisión o un delegado exponía en el Pleno los fundamentos, las enmiendas y votos particulares rechazados junto a las razones de sus defensas. Hecho esto, la propuesta de la Comisión se sometía a la aprobación del Pleno, mediante votación ordinaria –sentados los procuradores favorables y en pie los contrarios– o votación nominal –a petición de veinte o más procuradores– mas siempre con obligación de voto

<sup>172</sup> Artículo 54 RPCE: «El Pleno quedará constituido cualquiera que sea el número de los Procuradores asistentes». Artículos 66.1 PRCE y 62.1 RCE: «El Pleno quedará constituido cuando asistan a la sesión por lo menos doscientos Procuradores».

<sup>173</sup> Artículo 57 RPCE: «Las sesiones plenarias no serán públicas, a no ser que lo disponga el Presidente de las Cortes, de acuerdo con el Gobierno». El RCE incluye un título XI «De la publicidad de los trabajos de las Cortes». El artículo 77 RCE reza: «1. Las sesiones plenarias de las Cortes serán públicas, a no ser que, a petición razonada del Gobierno o de un mínimo de veinte Procuradores, se acuerde en cada caso lo contrario, según lo dispuesto en el artículo catorce, párrafo quinto. Si la necesidad de evitar la publicidad surgiese como derivación inesperada en el curso de una sesión, el Presidente podrá proponer al Pleno, y éste acordarlo, que prosiga la sesión a puerta cerrada. / 2. En el salón de sesiones existirá una tribuna para los representantes de la Prensa nacional y extranjera especialmente acreditados ante las Cortes, que podrán publicar reseñas de las intervenciones. / 3. Los espectadores guardarán silencio, así como el mayor respeto y compostura, sin tomar parte alguna en las discusiones por demostraciones de ningún género. Los que perturben de cualquier modo el orden serán expulsados de las tribunas, y si la falta fuese de mayor importancia, se tomará la providencia que fuera menester, deteniéndolos en caso necesario y entregándolos a las autoridades competentes». Esta apertura favorable a la función pública del parlamentarismo –siempre de acuerdo con el «respeto y compostura» diríase *antiliberal*– iba más allá incluso del PRCE, cuyo artículo 81 reducía a siete el número de procuradores (cuarenta y cinco exigía la enmienda de 19 de noviembre de 1957, aceptada en parte, de Carlos María Rodríguez de Valcárcel: BOCE, núm. 579, 21 de diciembre de 1957, p. 12.021, y ACD, SG, 2394-1), que podían pedir la *clandestinidad*. Si bien el Presidente de las Cortes dijo (BOCE, núm. 579, 21 de diciembre de 1957, p. 12.025): «Aquí, señores Procuradores, nada se hizo en la clandestinidad. Y yo me atrevo, a riesgo de desafiar alguna maliciosa sonrisa, a decir que en ningún Parlamento, ni en Monarquía ni en República, tuvo el país un conocimiento tan detallado de la labor legislativa como en cuantos proyectos aprobaron las Cortes Españolas. Luz y taquígrafos los tuvimos siempre. ¿Se quiere mayor publicidad? ¡Bienvenida sea!, pero que conste, señores, que a nosotros nos importa más la luz de la verdad y la taquígrafía de la historia».

<sup>174</sup> Artículo 79 RCE: «1. El 'Boletín Oficial de las Cortes' publicará todos los anuncios y convocatorias, las altas y bajas en la lista de Procuradores; los proyectos y proposiciones de ley, las enmiendas y votos particulares que hayan obtenido el número de votos señalado en el artículo sesenta y cinco, los dictámenes de las Comisiones y del Pleno y los textos aprobados por éste; los ruegos y preguntas de los Procuradores y las respuestas a los mismos, cuando no fueren de carácter reservado, a tenor de lo previsto en el artículo setenta y seis, y el texto literal de las sesiones plenarias públicas de las Cortes, con todas las intervenciones y acuerdos recaídos. Publicará asimismo cualesquiera otros textos requeridos por algún precepto del presente Reglamento y los demás que ordene la Presidencia. / 2. La venta y suscripción del 'Boletín Oficial de las Cortes' será libre y su contenido podrá ser reproducido libremente»; mantiene el tenor del artículo 83 RPCE, aunque desaparece la publicación de los informes de las ponencias. Artículos 82 PRCE y 78 RCE: «Se tomarán literalmente las intervenciones y acuerdos del Pleno para su constancia en el Boletín Oficial de las Cortes».

para todo procurador. En 1946 se facultó al Presidente de las Cortes para dispensar total o parcialmente de la lectura (no requerida expresamente) del dictamen ya publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes*; además, en el caso del voto particular suscrito por más de la cuarta parte de los miembros de la Comisión, cabía la autorización de la lectura del voto previa a la defensa del dictamen<sup>175</sup>, lo que el reglamento de 1957, en una línea favorecedora de una cierta discusión parlamentaria –incluidas las enmiendas– convirtió en un uso de la palabra para la exposición de las razones contrarias a la aprobación del dictamen, y la reforma de 1967 en defensa propiamente de votos particulares y enmiendas con apoyo suficiente ahora si superior a la quinta parte (en vez de a

---

<sup>175</sup> Artículo 56 RPCE: «Reunido el Pleno, un Secretario dará lectura del acta de la sesión anterior, de aquellas comunicaciones que el Gobierno dirija a las Cortes para su conocimiento, de los dictámenes de que deba darse cuenta a las mismas según los artículos cuarenta y seis y cuarenta y siete, y del dictamen del proyecto o proposición de Ley que se ha de someter al Pleno. / Acto seguido, la Comisión correspondiente dará cuenta, por su Presidente o miembro en el que delegue, de los fundamentos del dictamen, así como de las enmiendas y votos particulares rechazados y de las razones en ellos expuestas por los Procuradores, en justificación de la enmienda o voto particular. / Terminada la exposición de cada Ponencia, las propuestas de la Comisión a que se refiere el artículo décimo se someterán a la aprobación del Pleno. En los casos en que sea necesaria la votación, ésta podrá ser ordinaria o nominal. / En la votación ordinaria quedarán sentados los que aprueben y se levantarán los que no aprueben. / Para la votación nominal los Procuradores dirán sus nombres por el orden en que se hallen sentados y añadirán ‘sí’ o ‘no’. Inmediatamente uno de los Secretarios anunciará el resultado de las votaciones, y a continuación el Presidente proclamará el acuerdo. / En estos casos, todo Procurador tendrá obligación de votar, y ninguno de ellos podrá salir del salón hasta que se haya hecho el recuento de votos». LMRC, que no se refiere al Secretario en el primer párrafo, añade estos párrafos segundo y tercero: «El Presidente podrá dispensar total o parcialmente de la lectura de los dictámenes, cuando por su extensión o complejidad pueda originar indebido retraso en el despacho del orden del día, siempre que tales dictámenes hayan sido previamente publicados en el «Boletín Oficial de las Cortes» y en el caso de que su lectura no sea requerida expresamente por alguno de los Procuradores asistentes. / Cuando se hubiere presentado voto particular al dictamen de la Comisión y dicho voto fuera suscrito por un número de vocales superior al de la cuarta parte de sus componentes, podrá el Presidente autorizar la lectura del voto con anterioridad a la defensa del dictamen. Dicha lectura podrá hacerse por el primer firmante del voto». Así se expresa el artículo 64 RCE: «1. Reunido el Pleno, se dará lectura al acta de la sesión anterior, a las comunicaciones que el Gobierno dirija a las Cortes para su conocimiento, a los dictámenes que deba darse cuenta a las mismas según el artículo cuarenta y nueve y figuren en el orden del día y a los dictámenes de los proyectos de Ley que se hayan de someter a la aprobación del Pleno. / 2. El Presidente podrá someter a la decisión de las Cortes que se prescinda de la lectura total o parcial de los dictámenes que se hayan de votar cuando por su extensión puedan originar retraso en el despacho del orden del día» (como el artículo 68 PRCE, que añade al final del párrafo segundo: «y siempre que tales dictámenes hayan sido previamente publicados en el ‘Boletín Oficial de las Cortes’ antes de la convocatoria del Pleno»). Los artículos 73 PRCE y 69 RCE recogieron el criterio de forzar la votación nominal siempre que fuera pedida por al menos veinte procuradores, y con el método de llamamiento por el secretario; tras la obligatoriedad del voto, en su párrafo sexto, insertaron un sistema de control y garantía del voto: «Todo Procurador tendrá obligación de votar, y ninguno de ellos podrá salir del salón de sesiones hasta que se haya hecho el recuento de votos. En caso de duda se volverá a realizar el cómputo por el Secretario, con la colaboración de dos Procuradores, uno de los que votaron a favor y otro de los que lo hicieron en contra. Cuando se trate de votación nominal será leída de nuevo la lista de los votantes en pro y en contra, corrigiéndose cualquier error que fuera reclamado por el interesado»; en la RRCE los procuradores colaboradores son el de mayor y el de menor edad de los asistentes.

la cuarta) de los miembros de la Comisión<sup>176</sup>. El Presidente de las Cortes marcaría el tiempo de las intervenciones, nunca inferiores a veinte minutos<sup>177</sup>, y los ministros del Gobierno tendrían derecho a participar en cualquier instante<sup>178</sup>. Lógicamente, en el caso de la defensa de enmiendas o votos particulares su votación –regulada por menudo en 1967<sup>179</sup>–precedería a la de la propuesta

<sup>176</sup> Artículo 65 RCE: «1. Acto seguido podrá hacer uso de la palabra para exponer y defender las razones que se opongan a la aprobación del dictamen de cada proyecto de Ley un miembro de la Comisión designado en cada caso por los primeros firmantes de enmiendas rechazadas y de votos particulares que hubieren obtenido unas y otros un número de votos superior a la cuarta parte de los Procuradores que integren la Comisión. / 2. Dicho Procurador será elegido por los primeros firmantes de las enmiendas rechazadas y de los votos particulares en votación ante el Presidente de la Comisión, en la que cada uno de ellos tendrá tantos votos como Procuradores suscriban la enmienda o el voto particular. Su nombre será comunicado al Presidente de las Cortes antes de la convocatoria del Pleno para su inclusión en el orden del día» (el uso de la palabra era simplemente «en representación de los firmantes de las enmiendas rechazadas y de los votos particulares formulados» en el artículo 69 PRCE). Sobre este avance del «turno en contra», que colmaba una «laguna en nuestro Reglamento», se explayó Díaz Ambrona (BOCE, núm. 579, 21 de diciembre de 1957, p. 12.026); la rechazada enmienda de García Saez, a 25 de noviembre de 1957, había incluido la posibilidad de que el procurador elegido se excusara de la defensa «sin más que aducir ser contrario a su propio criterio», eligiéndose en tal caso un segundo procurador defensor (ACD, SG, 2394-1). RRCE: «Uno. Acto seguido podrán hacer uso de la palabra para exponer y defender sus enmiendas o votos particulares los primeros firmantes de unas u otros que, habiendo sido rechazados por la Comisión, hubieran obtenido un número de votos superior a la quinta parte de los Procuradores que integren aquélla. Sus nombres serán comunicados al Presidente de las Cortes antes de la convocatoria del Pleno para su inclusión en el orden del día. / Dos. Los primeros firmantes podrán solicitar, por escrito, del Presidente de las Cortes, que la exposición y defensa se efectúe por cualquiera de los firmantes de las referidas enmiendas o votos particulares, resolviendo el Presidente lo que a su juicio proceda». La «quinta parte» aparecía ya en la rechazada enmienda de Rafael Díaz Llanos, de 23 de noviembre de 1957, que defendía además la multiplicidad de procuradores designados cuando las enmiendas no fueran idénticas (ACD, SG, 2394-1). Artículos 71 PRCE y 66 RCE: «Una vez defendidas las enmiendas y votos particulares en la forma preceptuada en el artículo sesenta y cinco, la Comisión correspondiente dará cuenta por su Presidente o miembro en quien éste delegue de los fundamentos del dictamen, así como de las razones justificativas de no haberse admitido aquéllas».

<sup>177</sup> Artículos 70.1 PRCE y 67.1 RCE: «El Presidente dirigirá los debates y fijará el tiempo de duración de cada intervención, sin que este límite pueda ser en ningún caso inferior a veinte minutos, pudiendo ampliar el concedido cuando la importancia del asunto lo requiera».

<sup>178</sup> Artículos 72 PRCE y 68 RCE: «Los Ministros tendrán derecho a hacer uso de la palabra en cualquier momento, previa la venia del Presidente».

<sup>179</sup> RRCE en relación con el artículo 69: «Uno. Terminada la exposición de cada dictamen, si no se hubieren defendido ante el Pleno enmiendas o votos particulares, se someterá a votación la propuesta de la Comisión. / Dos. a) Defendidos ante el Pleno enmiendas o votos particulares de los referidos en el artículo sesenta y cinco, se votarán éstos en primer lugar. / b) Si afectaren a la totalidad y obtuvieren el voto favorable del Pleno, queda rechazado el dictamen de la Comisión, devolviéndose a la misma el expediente, a los efectos procedentes. / c) Si afectaren al articulado y se rechazaran, se someterá a la aprobación del Pleno el dictamen de la Comisión. / d) Si afectaren al articulado y siendo admitidos no implicasen repercusiones innovadoras en otros artículos del dictamen o en la sistemática del mismo, se someterá a la aprobación del Pleno el resto del dictamen de la Comisión. / e) En el supuesto de que las enmiendas o votos particulares defendidos ante el Pleno fuesen admitidos por éste y tal circunstancia implicara la necesidad de introducir modificaciones en el articulado o en la estructura sistemática del dictamen, se devolverá éste a la Comisión correspondiente para que proceda a incorporar el texto o textos aprobados y efectuar las correcciones necesarias en el resto de los artículos, sometiéndose el nuevo dictamen de la Comi-

de la Comisión, cuya adopción había de producirse en fin mediante acuerdo por mayoría simple de los procuradores presentes<sup>180</sup>. En cualquier caso, los atisbos de una cierta discusión en la Cámara quedan en abortos parlamentarios del Pleno –el Pleno como *escenario* total de paz y antiliberal– pues el «proceso deliberante», como dijo Luis Sánchez Agesta en una *sugerencia*, no tenía lugar en él, sino en las comisiones<sup>181</sup>, cuyo fuego pudo asimismo quedar muy bien sepultado<sup>182</sup>.

Aprobada la propuesta de la Comisión, el Presidente de las Cortes remitía el proyecto o la proposición de ley al Gobierno, para la aprobación por el Jefe del Estado<sup>183</sup>, a quien corresponde la sanción de las leyes<sup>184</sup>. Por lo tanto, la ley sale

---

sión al próximo Pleno». (En su momento fue rechazada la enmienda de Luis Gómez de Aranda, firmada el 25 de noviembre de 1957, que respondía al siguiente tenor: «1. Terminada la exposición y defensa de cada dictamen, si no hubieran sido defendidos ante el Pleno votos particulares ó enmiendas a la totalidad ó al articulado, se someterá a la aprobación del Pleno, constituido en la forma determinada por el artículo 66, la propuesta de la Comisión. / 2. De haberse defendido ante el Pleno enmiendas ó votos particulares a la totalidad, se someterán éstos a la aprobación del Pleno en primer lugar, y si las enmiendas ó votos particulares defendidos ante el Pleno solo lo hubieran sido á alguno de los artículos, la propuesta de la Comisión será sometida a la aprobación del Pleno artículo por artículo, siempre que lo solicitasen del Presidente veinte o mas Procuradores»: ACD, SG, 2394-1.)

<sup>180</sup> Así en la RRCE, artículo 69.3-8, que mantiene los métodos de votación ordinaria o nominal y permite que pueda también el Gobierno pedir la segunda, respecto de la cual el secreto (la votación secreta se hace por papeletas o por bolas) está excluido en materia legislativa.

<sup>181</sup> La *sugerencia*, de 21 de noviembre de 1957 se refería a esa función deliberativa de las comisiones, que no del Pleno, en varias ocasiones: «Conviene reglamentar la deliberación en las Comisiones y permitir el acceso de representantes de la Prensa aún a riesgo de que sus debates pierdan un poco el carácter íntimo de diálogo que es peculiar a su trabajo. La razón es que el único proceso deliberante se dá en las Comisiones, y por consiguiente es necesario llevar a esta deliberación un mínimo de garantías propio del debate que debe preceder a un acuerdo»; «Debe permitirse que se incorporen a las deliberaciones de la Comisión los Procuradores que hayan presentado enmiendas. La dificultad estriba, como es natural, en que los enmendantes en principio entrañan una oposición al proyecto, y podría darse el caso de que por esa vía se obtuviera el número necesario de Procuradores para desecharlo. Pero esta observación no tiene consistencia si se limita el número de Procuradores que pueden adscribirse y es oída la Ponencia, para que los adscritos sean aquellos que representen una serie discrepancia digna de ser oída en la Comisión. En la práctica se hace así en muchas Comisiones, porque parece natural que quienes han demostrado interés por un proyecto sean oídos en la deliberación. / No es posible parcelar rigurosamente las Cortes en Comisiones, cuando en éstas se dá el único proceso deliberante. Oír a un Procurador que ha defendido una enmienda y expulsarlo del local parece incluso reñido con las normas de cortesía» (ACD, SG, 2394-1).

<sup>182</sup> Aunque en ocasiones las actas reflejan la tensión de las discusiones (así puede constatar-se en el proceso de elaboración del Fuero de los Españoles, por poner un ejemplo), lo cierto es que las sesiones de la Comisión Especial para Estudio del Reglamento de las Cortes (días 2, 3 y 9 de diciembre de 1957) son lacónicas y frías: se exponen las enmiendas, se leen los artículos, se rectifican o aprueban, pero brilla por su ausencia la reproducción de debates técnicos o políticos (ACD, SG, 2394-1).

<sup>183</sup> Artículo 16 LCE: «El Presidente de las Cortes remitirá el proyecto de Ley, elaborado por las mismas, al Gobierno para ser sometido a la aprobación del Jefe del Estado». Los artículos 11.h), 16.8 PRCE y 14.8.º RCE dicen que corresponde al Presidente de las Cortes «Elevar al Gobierno los proyectos y proposiciones de Ley elaborados por las Cortes».

<sup>184</sup> Artículo 1.º LCE: «Es misión principal de las Cortes la preparación y elaboración de las Leyes, sin perjuicio de la sanción que corresponde al Jefe del Estado».

de las Cortes incubada, pero todavía proyecto o proposición, con calidad de propuesta aprobada, votada como embrión maduro que sólo el Jefe del Estado aprueba, dispone, sanciona y da como cuerpo alumbrado<sup>185</sup>, con lo que comulga un sustancial y radical derecho de veto, consistente en la posible devolución de las normas legales a las Cortes para «nuevo estudio»<sup>186</sup>. La ley será ley, en fin, por obra y gracia del Caudillo, ley una vez ley que será colocada en el *Boletín Oficial del Estado*<sup>187</sup> bajo el rótulo «Jefatura del Estado», mas dispuesta y firmada por el mero nombre propio, sin investidura, de Francisco Franco.

Este cierre redondo para la maquinaria supervisora y controladora y a la postre sancionadora o frustradora del Caudillaje corrobora un poder único y nuez que, más allá, y por la ley de Cortes, contaba con un instrumento sustraído en rigor al diálogo entre Cortes y Ejecutivo, sin sombra siquiera reglamentaria, justificado en «razones de urgencia» y llamado decreto-ley. La regulación de cómo el Gobierno puede utilizarlo afecta a la raíz misma del orden legislativo<sup>188</sup>, al punto de partida del ensamblaje que ha sido descrito hasta esta línea, puesto que el precepto en trance admite su promulgación justamente en las materias que la ley de Cortes preservaba como objeto necesario de forma legislativa. Se dará cuenta sin duda de tales decretos-leyes a las Cortes, para su estudio, o para –triste sanación– su elevación a ley<sup>189</sup>, pero entonces aquéllas res-

<sup>185</sup> Juan GASCÓN HERNÁNDEZ, «Problemas actuales del Decreto-ley», en *Revista de Administración Pública*, 15 (1954), pp. 94-95: «Actualmente en España lo normal es que el contenido de la Ley lo fijen las Cortes españolas, aceptando o modificando el proyecto de Ley presentado por el Gobierno; pero el mandato de la Ley es fruto única y exclusivamente de la intervención del Caudillo. (...) En España es, pues, Ley la expresión de la voluntad del Caudillo, sin duda el supremo órgano legislativo. En un proceso de institucionalización del poder, han aparecido las Cortes españolas como órgano que colabora en las tareas legislativas y que asiste al Jefe del Estado en la función de determinar el contenido de la Ley».

<sup>186</sup> Artículo 17 LCE: «El Jefe del Estado podrá devolver las Leyes a las Cortes para nuevo estudio». Artículo 10 LOE: «El Jefe del Estado estará asistido por el Consejo del Reino, para: (...) b) Devolver a las Cortes para nuevo estudio una ley por ellas elaborada».

<sup>187</sup> Una circular de 14 de noviembre de 1938 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 31, 18 de noviembre de 1938, p. 185) firmada en Valladolid por el Gobernador General había recomendado «a los Sres. Gobernadores Civiles de las provincias que todas las disposiciones de carácter general obligatorio que se publiquen en el Boletín Oficial del Estado se copien en el de la provincia tan pronto el mismo llegue a sus manos, cuidándose dichos señores del cumplimiento de aquéllas».

<sup>188</sup> Decía GASCÓN HERNÁNDEZ, «Problemas», op. cit., pp. 102-103 y ss., que el decreto-ley es una «anomalía» y no tiene sentido «cuando el poder legislativo y el ejecutivo aparecen reunidos en una sola persona, y existe unión institucional entre el órgano legislativo y el órgano de Gobierno»; aparece en el Nuevo Estado como «reminiscencia», con carácter de urgencia y provisionalidad más que como «autorización legislativa», sin «aplicación práctica la posibilidad legal de modificación posterior del Decreto-ley por las Cortes».

<sup>189</sup> Empero fue rechazada la enmienda de Antonio José Hernández Navarro que pretendía las Cortes pudieran rectificar decretos-ley sobre materias en las que tal procedimiento no estuviera justificado (BOCE, núm. 579, 21 de diciembre de 1957, p. 12.019); la enmienda, firmada a 26 de noviembre de 1957, proponía la incorporación de un artículo 53 bis: «Dada cuenta a las Cortes por el Gobierno, de un Decreto-Ley promulgado por razones de urgencia, en uso de la facultad que le confiere el Artículo 13 de la Ley Constitutiva de las Cortes Españolas, el Presidente lo enviará a una Comisión Especial, para su dictamen, por el trámite establecido para el estudio y dictamen de los Proyectos de Ley, integrada por miembros de todas las Comisiones ordinarias, sin perjuicio de su plena vigencia. / Emitido dictamen por la Comisión, y sometido a la aprobación del Pleno, si el



ponderarán a una función puramente secundaria, telonera y al servicio del Mando decisor<sup>190</sup>. Un Mando siempre activo, nunca durmiente, como reflejará la Ley Orgánica del Estado de 1967 en la armonía que imanta y acopla el principio de relación entre forma de ley y acuerdo de Cortes, y la avocación de poder normativo a través del Gobierno por el Jefe del Estado<sup>191</sup>. La propia instauración del Consejo del Reino para la asistencia de la Jefatura del Estado ahondará en ese sempiterno alto control político, en esa viva labor de vigilancia cumbreña –atalaya del Caudillo– por que las leyes se acomoden a los principios del Movimiento Nacional y a las Leyes Fundamentales<sup>192</sup>.

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA

---

dictamen aprobado ratificase el Decreto-Ley, éste seguiría en su vigencia con rango de Ley votada en Cortes y, si lo modificara en alguna de sus partes, el texto elaborado por las Cortes, sería elevado al Gobierno para ser sometido a la sanción del Jefe del Estado» (ACD, SG, 2394-1).

<sup>190</sup> Artículo 13 LCE: «En caso de guerra o por razones de urgencia, el Gobierno podrá regular, mediante Decreto-Ley, las materias enunciadas en los artículos diez y doce. Acto continuo de la promulgación del Decreto-Ley se dará cuenta del mismo a las Cortes para su estudio y elevación a Ley con las propuestas de modificación que, en su caso, se estimen necesarias».

<sup>191</sup> Si en la Ley Orgánica del Estado de 1967, por una parte, el Jefe del Estado necesita ley o acuerdo de las Cortes para ocuparse de determinadas materias (artículo 9 LOE: «El Jefe del Estado necesita una ley, o, en su caso, acuerdo o autorización de las Cortes, a los fines siguientes: / a) Ratificar tratados internacionales que afecten a la plena soberanía o a la integridad del territorio español. / b) Declarar la guerra y acordar la paz. / c) Realizar los actos a que hace referencia el artículo doce de la Ley de Sucesión y los que vengan determinados en otros preceptos de las Leyes fundamentales del Reino») de acuerdo con un principio según el cual el Gobierno no puede dictar disposiciones con forma de ley (artículo 52 LOE: «Salvo el caso previsto en el artículo anterior y los comprendidos en el apartado d) del artículo diez de esta Ley y en el trece de la Ley de Cortes, el Gobierno no podrá dictar disposiciones que, de acuerdo con los artículos diez y doce de la Ley de Cortes, deban revestir forma de ley»), lo cierto es que en definitiva las Cortes pueden autorizarle para realizar los actos que requieren la intervención de las Cortes (artículo 50 LOE: «Además de su participación en las tareas legislativas, compete a las Cortes, en relación con el Jefe del Estado: [...] c) Autorizar al Jefe del Estado para realizar aquellos actos que, por Ley fundamental, requieran la intervención de las Cortes») y el Gobierno podrá someter a la sanción del Jefe del Estado normas legales en virtud de la autorización expresa de las Cortes (artículo 51 LOE: «El Gobierno podrá someter a la sanción del Jefe del Estado disposiciones con fuerza de ley con arreglo a las autorizaciones expresas de las Cortes»).

<sup>192</sup> Artículo 23: «Para el cumplimiento de los fines señalados en el artículo veintiuno, el Consejo Nacional tendrá las siguientes atribuciones: / a) Promover la acomodación de las leyes y disposiciones generales a los Principios del Movimiento Nacional y demás Leyes fundamentales del Reino, ejerciendo a este efecto el recurso de contrafuero previsto en el Título X de esta Ley. / b) Sugerir al Gobierno la adopción de cuantas medidas estime convenientes a la mayor efectividad de los Principios del Movimiento y demás Leyes fundamentales del Reino y, en todo caso, conocer e informar, antes de su remisión a las Cortes, cualquier proyecto o modificación de Ley fundamental».



ESTUDIOS



# Los trabajos perdidos: el proyecto recopilador de Lorenzo Galíndez de Carvajal

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Generación y semblanza de un consejero de Castilla: Lorenzo Galíndez de Carvajal.–3. El proyecto de recopilación de las leyes.–4. El proyecto de recopilación de las crónicas.–5. Recapitulación final.

## 1. INTRODUCCIÓN

En estas páginas nos proponemos contribuir al esclarecimiento de alguno de los enigmas que aún sigue encerrando la experiencia recopiladora castellana en el tracto comprendido entre 1504 y 1567, *id est*, entre la fecha en que Isabel I otorgó su codicilo testamentario y el año en que fue promulgada la *Nueva Recopilación de las Leyes destos Reynos*. Se trata de responder a preguntas como quién asumió el encargo expresado por la reina en la conocida cláusula de su codicilo, cómo se llevó a cabo la labor recopiladora, por qué razones esa labor no se vio coronada por el éxito, y si en la Castilla de la primera mitad del siglo XVI pudieron coexistir tendencias dispares a la hora de compilar las leyes regias. Es una tarea que hemos emprendido en compañía de María José María e Izquierdo, quien desde hace algunos años viene ocupándose de las incidencias del proceso recopilador en la Corona de Castilla<sup>1</sup>. Por ahora, nos limitaremos a ofrecer los primeros resultados de la investigación, fundados en el análi-

---

<sup>1</sup> M. J. MARÍA E IZQUIERDO, «El Ordenamiento de Montalvo y la Nueva Recopilación», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 6 (1999), pp. 435-473, *Las fuentes del Ordenamiento de Montalvo*, 2 vols., Madrid, 2004, y «La labor recopiladora durante el reinado de Carlos V: proyecto pendiente», en prensa.

sis de los documentos conservados en la Real Biblioteca del Monasterio de El Escorial.

En noviembre de 1505 Fernando el Católico aseguraba que él y los demás testamentarios de la reina, cumpliendo el mandato del codicilo en el sentido «de que se reduziesen las leyes del fuero e premáticas e ordenamientos en vn cuerpo declarando las dubdosas y quitando las superfluas y las que fueren contra la libertad eclesiástica o que no corçernían al bien público destos Reynos», habían ya proveído en lo tocante a la libertad eclesiástica, y que asimismo darían orden «de nombrar personas que entiendan en reducir e copilar las dichas leyes y ordenanças»<sup>2</sup>. ¿Quién o quiénes recibieron tal encargo? Fue Andrés Marcos Burriel el primero es sostener que la *Gran Colección* encomendada por la reina Isabel en su codicilo «emprendióla el Doctor Galindez de Carvajal»<sup>3</sup>, fundándose en las noticias aportadas por el cuaderno de peticiones de las Cortes de Valladolid de 1544; en la petición 43, los procuradores declararon ser «çertefycados quel dottor caruajal con gran diligencia e cuidado que dello tuuo en muchos años que en ello gastó dexó rrecopiladas y puestas por horden todas las leyes y prematicas destos rreynos y hechos libros dellas», añadiendo que «lo quel dicho dottor dexó así ordenado y hecho esta como conviene y que puso alli mas leyes y prematicas que nadie puede juntar por el cuydado que tuuo de las buscar todas». A continuación suplicaban al Emperador que los libros de Carvajal –en poder de sus hijos– fuesen examinados en el Consejo Real para que se imprimiesen, abonando el reino a sus herederos la suma estimada justa<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Real Cédula de 26 de noviembre de 1505, *apud* C. GARRIGA ACOSTA, «La trama jurídica castellana a comienzos del siglo XVI (Notas y materiales)», en B. GONZÁLEZ ALONSO (Coord.), *Las Cortes y las Leyes de Toro de 1505. Actas del Congreso conmemorativo del V Centenario de la celebración de las Cortes y de la publicación de las Leyes de Toro de 1505. Toro, 7 a 19 de marzo de 2005*, Salamanca, 2006, pp. 299-379, esp. 338-339, n. 103.

<sup>3</sup> A. M. BURRIEL, *Informe sobre la Imperial Ciudad de Toledo al Real, y Supremo Consejo de Castilla, sobre igualacion de Pesos, y Medidas en todos los Reynos, y Señoríos de S. MAG. según las Leyes*, Madrid, MDCCLVIII, ed. facsímil, con un Estudio preliminar de J. COBO ÁVILA, Toledo, 1991, p. xxxiii. Para BURRIEL, la promulgación de la llamada *Nueva Recopilación* no había suplido la falta de la *Gran Colección* del Doctor Carvajal. (*Ibidem*, p. xxxiv.)

<sup>4</sup> «Otro si dezimos que una de las cosas muy ynportantes a la administracion de la justicia y al breue y buen despacho de los pleitos e negocios, es que todas las leyes destos rreynos se copilen e pongan en horden e se ynpriman lo qual vuestra magestad a suplicacion destos sus rreynos lo mando hazer y dizen questa ya para se concluir y acavar pero somos çertefycados quel dottor caruajal con gran diligencia e cuidado que dello tuuo en muchos años que en ello gastó dexó rrecopiladas y puestas por horden todas las leyes y prematicas destos rreynos y hechos libros dellas y pues fue de vuestro consejo y de los reyes catolicos muchos años y del consejo de la camara y tuuo grande espiriencia en los negoçios y fue presona de muchas letras y çiençia y de grande autoridad como es notorio tenemos por cierto que lo quel dicho dottor dexó así ordenado y hecho esta como conviene y que puso alli mas leyes y prematicas que nadie puede juntar por el cuydado que tuuo de las buscar todas y si esto que dexo hecho y hordenado se perdiese no abria persona de tantas calidades que así lo travajase y hordenase y somos çertefycados que sus hijos tienen estos libros por tanto pedimos y Suplicamos a vuestra magestad mande que los dichos libros se trayan ante los del vuestro consejo para que los bean y se ynpriman por quel rreyno pagará a sus herederos todo lo que fuere justo y tasaren y mandaren los de vuestro Real consejo que mereció el dicho doctor por aquel trabajo segund vieren ques la obra.

Aduciendo los mismos argumentos que Burriel –la petición del reino en las Cortes de Valladolid de 1544– Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel atribuyeron asimismo la autoría de la Colección a Carvajal<sup>5</sup>.

Es probable que la *Gran Colección* del Doctor Carvajal a la que se refiere Burriel ya estuviera concluida o, cuando menos, muy adelantada en la década de los años veinte del siglo XVI. En las Cortes de Valladolid de 1523 –a las que por cierto asistió el propio Galíndez en calidad de letrado<sup>6</sup>–, el reino se había hecho eco de la necesidad de una recopilación. ¿O más bien de varias recopilaciones?

Como ha recordado José Antonio Escudero, las Cortes de Valladolid de 1523 reclaman dos géneros de recopilaciones: la de las crónicas e historias y la de las leyes<sup>7</sup>. Pero demorémonos en la lectura del cuaderno de peticiones de 1523: cuando los representantes de las ciudades aluden a la necesidad de recopilar las leyes, desglosan en dos peticiones distintas, la 56 y la 58, «las leyes del Fuero e ordenamientos» y las pragmáticas. Por lo que se refiere a las primeras, declaran que «no estan bien e juntamente compiladas», al tiempo que las recopiladas por Alonso Díaz de Montalvo «estan corrutas e no bien sacadas»; por otra parte, aseguran haber sido informados de que «por mandado de los Reyes catholicos estan las leyes juntadas e copiladas, e sy todas se juntan fielmente como estan en los originales será muy grande fruto y provecho», para suplicar por último al monarca que ordene averiguar «la persona que tiene la dicha copilación fecha, y

---

A esto vos respondemos que todo lo que se a podido hazer hasta agora questo se a fecho y se entiende en ello e que si ellos saven en cuyo poder este que lo declaren y se proveera lo que conenga.»

(Cortes de Valladolid de 1544, pet. 43, en *Córtés de los antiguos Reinos de Leon y de Castilla, publicadas por la Real Academia de la Historia (=CLC)*, V, Madrid, 1903, p. 323).

<sup>5</sup> «(...) según conjeturamos, es la misma (colección) que con tanto acierto trabajó el Doctor Galíndez de Carvajal, como consta de la *Petición* 43 de las Cortes de Valladolid del año de 1544, donde el Reyno, al paso que alaba la utilidad, y ventaja de la referida Colección, se lamenta de su pérdida, y manifiesta los mas vivos deseos de que se encuentre, y publique». (I. JORDÁN DE ASSO y DEL RÍO y M. DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Discurso Preliminar a El Ordenamiento de Leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho. Publicanlo con notas, y un Discurso sobre el estado, y condicion de los judios en España, los Doctores...*, Madrid, MDCCLXXIV, p. xviii).

En similares términos se pronuncia REGUERA VALDELOMAR: «Esta grande Obra la emprendió el Doctor Galíndez de Carvajal, del Consejo y Cámara, persona de mucha literatura, ciencia y experiencia en los negocios. En ella empleó el trabajo de muchos años, recopilando con gran diligencia y cuidado, y poniendo en orden todas las leyes y privilegios de estos Reynos, y formando varios libros que dexó ineditos, y pasaron á poder de sus hijos y herederos, según lo expuso el Reyno en la petición 43. de las Cortes de Valladolid de 1544. suplicando al Emperador mandase traerlos al Consejo, é imprimirlos, y ofreciendo pagar á aquellos lo que fuese justo por el trabajo de su autor». (J. DE LA REGUERA VALDELOMAR, *Historia de las Leyes de Castilla, desde el Reynado de D. Alonso XI. Se manifiesta el origen, progreso y estado de las incorporadas en la Nueva Recopilación*, en *Extracto de Leyes y Autos de la Recopilación. Tomo I. Contiene las Leyes y Autos del Libro Primero. Y la historia de Leyes de Castilla desde el Reynado de D. Alonso XI. Formado por el Lic. D. ....*, Madrid, 1799, pp. 52-53).

<sup>6</sup> Cortes de Valladolid de 1523, en *CLC*, IV, Madrid, 1882, p. 358.

<sup>7</sup> J. A. ESCUDERO, «Sobre la génesis de la Nueva Recopilación», *Anuario de Historia del Derecho Español (=AHDE)*, 73 (2003), pp. 11-33, esp. p. 19.

mande ynprimir el dicho libro e copilacion», después de haber sido sometida al examen y corrección de personas sabias y expertas<sup>8</sup>. Así pues, los procuradores, tras censurar la técnica recopiladora de Montalvo, abogan por una recopilación que respete fielmente el tenor original de los textos normativos<sup>9</sup>. Sin embargo, no deja de sorprender que los procuradores, aun conociendo la existencia de una recopilación ya concluida, encargada tiempo atrás por los Reyes Católicos, ignoren la identidad de su autor, y pidan a Carlos I que mande averiguarla, para que el libro se imprima oficialmente.

En cuanto a las pragmáticas, los procuradores afirman que «está hecha vna copilacion», tácita alusión al *Libro de Bulas y Pragmáticas*. Ahora bien, a pesar de la existencia de una recopilación de pragmáticas, los representantes ciudadanos denuncian que «vnas se guardan y otras no se guardan y los juezes hazen lo que quieren». En consecuencia, suplican al monarca «mande diputar personas que vean las dichas prematicas, y delas que se vsan e deven guardar haga vn hordenamiento de leyes breve, para que aquellas se guarden y lo demas se anule y rreboque»<sup>10</sup>.

Finalmente, las Cortes aseguran que «las ystorias y coronicas y grandes cosas y hazañas hechas por los rreyes de Castilla», se hallaban igualmente compiladas por encargo regio, y piden al monarca que ordene averiguar la

<sup>8</sup> «Iten: por cavsca que las leyes del Fuero e ordenamientos no estan bien e juntamente conpiladas, y las que estan sacadas por hordenamientos de leyes que junto el doctor Montalvo estan corrutas e no bien sacadas, y de esta cavsca los juezes dan varias e diversas sentençias e no se saben las leyes del rreyno por las quales se an de juzgar todos los negoçios e pleytos, e somos ynformados que por mandado de los Reyes catholicos estan las leyes juntadas e conpiladas, e sy todas se juntan fielmente como estan en los originales será muy grande fruto y provecho, a vuestra Alteza humilmente suplicamos mande saber la persona que tiene la dicha copilacion fecha, y mande ynprimir el dicho libro e copilacion, para que con avtoridad de vuestra Magestat, por el dicho libro corregido, se puedan y devan determinar los negoçios, seyendo primeramente visto y examinado por personas sabias y espertas.

A esto vos rrespondemos que está bien e asy se pondrá en obra.»

(Cortes de Valladolid de 1523, pet. 56, en *CLC*, IV, p. 382).

<sup>9</sup> Como ha escrito Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, desde 1523 en adelante, «las Cortes no siempre coincidieron (...) en la técnica o procedimiento deseable para llevarl(a) a cabo (la recopilación), cuestión de evidente trascendencia sobre la que sucesivamente expresaron criterios diferentes». (B. GONZÁLEZ ALONSO, «Nuevas consideraciones sobre el ejercicio de la potestad legislativa en Castilla (1475-1598)» en *AHDE*, 67-I (1997), pp. 693-706, esp. p. 705). Se ha podido hablar así de la concurrencia de dos líneas o tendencias alternativas en torno a la recopilación del Derecho regio: la «reformulación voluntarista de la tradición (...) (y la) fidelidad a la tradición encerrada en sus propios textos». La primera opción, representada por el Ordenamiento de Montalvo, conduciría tras un dilatado proceso a la *Nueva Recopilación* de 1567, mientras que la segunda, defendida por juristas como el Doctor Francisco de Espinosa, podría quizá singularizarse «en la obra perdida del doctor Lorenzo Galíndez de Carvajal». (GARRIGA ACOSTA, «La trama jurídica» cit., pp. 335, 338, 340 y 341).

<sup>10</sup> «Otrosy: de las prematicas que se han fecho en tienpos pasados está fecha vna copilacion, y vnas se guardan y otras no se guardan y los juezes hazen lo que quieren, por las dichas prematicas, y esto es muy gran daño y se pervierte la justia; a vuestra Alteza suplicamos mande diputar personas que vean las dichas prematicas, y delas que se vsan e deven guardar haga vn hordenamiento de leyes breve, para que aquellas se guarden y lo demas se anule y rreboque.

A esto vos rrespondemos que está bien y que asy se porná en obra.»

(Cortes de Valladolid de 1523, pet. 58, en *CLC*, IV, p. 383).



identidad del autor de la compilación, y la mande corregir e imprimir, pues los libros privados existentes no deparaban el conocimiento de la verdad histórica<sup>11</sup>.

Volvamos a la petición 56. Cuando los procuradores aluden a la existencia de una recopilación ya concluida, ¿se referían a la de Carvajal? Según conjeturaban Asso y de Manuel, tal colección «es la misma que con tanto acierto trabajó el Doctor Galíndez de Carvajal»<sup>12</sup>. En una conocida y muy citada nota a pie de página, los eruditos aragoneses añadieron que:

«La Coleccion tan famosa del Doctor Carvajal se puede desde luego conocer por lo que aún existe de ella en el Escorial; donde en la *Let. Z. pl. 2, n. 6*, y *7* se encuentran dos tomos voluminosos de forma mayor que pertenecen á ella, y cuya letra está manifestando, que se escribieron al principio del siglo 16. Empieza por el Ordenamiento de las Cortes de Zamora, que D. Alonso el Sabio celebró en el año 1274, disponiendo el modo de abreviar los pleitos; y conteniendo este primer tomo varios Ordenamientos de Cortes, Peticiones, Ordenanzas, y Leyes particulares, acaba en el quinto Ordenamiento, que D. Alonso el XI dió á Sevilla en 20 de Septiembre era 1384, ó año 1346, á que sigue allí un exemplar mas de las Leyes de Toro. El segundo tomo empieza en el Ordenamiento de D. Juan el II dado por sus Tutores en Diciembre de 1409 sin decir donde, y abrazando casi todo lo que se dispuso sobre la Legislacion en este Reynado: Sigue el de D. Enrique IV hasta la Pragmática de las Palomas, que publicó en Salamanca en 1465, y confirmó en Niebla en 1473. A mas de estos dos tomos hay otro original de Ordenamientos, Pragmáticas, y Quadernos de Peticiones en la misma *Let. Z. plut. 2, num. 1*, hasta el de 1530, el que perteneció indubitablemente á esta Coleccion. Igualmente hay en otros lugares de esta Biblioteca varios residuos de ella (...)»<sup>13</sup>.

Por ende, Asso y de Manuel no sólo identificaban la recopilación de leyes a la que aludían las Cortes de Valladolid de 1523 con la Colección de Carvajal, sino que aseveraban que sus vestigios yacían en tres códices de la Biblioteca de El Escorial<sup>14</sup>. Más adelante volveremos a referirnos a esos tres códices escurialenses.

Gracias a un documento en buena medida inédito, nos es dado conocer unos proyectos recopilatorios castellanos –en su doble vertiente, cronística y legislativa– a la altura de 1521, dos años antes de que las Cortes reunidas en

---

<sup>11</sup> «Asy mismo somos ynformados de que otro tanto se hizo de las ystorias y coronicas y grandes cosas y hazañas hechas por los rreyes de Castilla, de gloriosa memoria, y de las que hizieron en sus tienpos en guerra y en paz, y es bien que se sepa la verdad de las cosas passadas, lo qual no se puede saber por otros libros privados que se lehen; por ende, suplicamos a vuestra Alteza mande saber la persona que tiene hecha la dicha copilacion, y la mande corregir e ynprimir, porque será lectura provechosa y apazible.

A esto vos rrespondemos que está bien, y que asy se porná en obra.»

(Cortes de Valladolid de 1523, pet. 57, en *CLC*, IV, pp. 382-383).

<sup>12</sup> JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Discurso Preliminar* cit., p. xviii.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. ixi, n. 1.

<sup>14</sup> Vid. A. M. GUILARTE ZAPATERO, «Un proyecto para la recopilación de las leyes castellanas en el siglo XVI», en *AHDE*, 23 (1953), pp. 445-465, esp. pp. 452-453.

Valladolid solicitaran la impresión de las recopilaciones. Dicho documento se custodia en el Ms. X.II.7 de la Real Biblioteca del Monasterio de San Lorenzo de El Escorial, en los folios 118-119 v., y fue descrito por Miguélez en su Catálogo de Códices españoles de la Biblioteca escurialense bajo el título «*Proyecto para una copilación y enmienda de las Partidas y Crónicas de España [Autógrafo de Galíndez de Carbajal]*»<sup>15</sup>. Según Miguélez, la autoría del manuscrito podía atribuirse «con bastante probabilidad» a Galíndez de Carbajal<sup>16</sup>, habida cuenta de la advertencia que figura en otro folio del mismo Códice: «Lo que tenía traçado de hazer el doctor Caruajal cerca de la recopilacion de leyes y chronicas de los reynos»<sup>17</sup>.

De la propia lectura del texto se desprenden indicios en favor de la paternidad de Carbajal. En primer lugar, el autor –quien habla en primera persona– no sólo expone su doble designio de recopilar las leyes y las crónicas, sino que también alude a su dedicación al estudio de las Partidas, circunstancias todas ellas que concurren en el jurista e historiador placentino. Por otra parte, el autor anuncia su intención de incluir en el tercer volumen de las Crónicas de España «lo de los Carvajales, en que me tengo de aver tenpladamente remitiendome y que otro lo diga». ¿Nos hallamos ante una referencia al *Memorial de los Carvajales*, cuya autoría se atribuye al propio Galíndez? Parece lo más verosímil. Llegados aquí, se impone la necesidad de dedicar un epígrafe a la biografía de Lorenzo Galíndez de Carbajal.

## 2. GENERACIÓN Y SEMBLANZA DE UN CONSEJERO DE CASTILLA: LORENZO GALÍNDEZ DE CARVAJAL

A la historiografía jurídica ilustrada se debe la principal fuente para el conocimiento de la vida y la obra de Lorenzo Galíndez de Carbajal: nos referimos a la biografía que le consagró Rafael de Floranes Robles y Encinas, señor de Tavaneros, redactada a fines del Setecientos, conservada en el Ms. 11.274 de la Biblioteca Nacional, y no publicada hasta 1852 en la *Colección de Documentos Inéditos para la Historia de España*<sup>18</sup>. Con anterioridad, las únicas noticias

<sup>15</sup> P. MIGUÉLEZ, *Catálogo de los Códices Españoles de la Biblioteca del Escorial*, I, Madrid, 1917, X.II.7, doc. XVII, pp. 222-223.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 223.

<sup>17</sup> He aquí el texto completo de la advertencia: «Algunos papeles de gouierno y particulares del doctor Caruajal.– Carta original de los de la Casa de la moneda de Seuilla al Emp.or cerca de labrar la moneda.– Algunas cosas tocantes a las Comunidades.– Lo que tenía traçado de hazer el doctor Caruajal cerca de la recopilacion de leyes y chronicas de los reynos». (MIGUÉLEZ, *Catálogo cit.*, doc. X, p. 220).

<sup>18</sup> R. de FLORANES, *Vida y obras del Dr. D. Lorenzo Galíndez Carbajal, del Consejo y Cámara de los Señores Reyes Católicos D. Fernando y Doña Isabel, y de Doña Juana y D. Carlos su hija y nieto*, en *Colección de Documentos Inéditos para la Historia de España (=CoDoIn)*, XX, Madrid, 1852, pp. 279-406. Esta obra, pródiga en digresiones histórico-jurídicas, inserta además una biografía del jurista Gregorio López, editor y glosador de las Partidas, proyectada, según declara Floranes, como parte de unas futuras *Vidas de nuestros famosos juriconsultos*.

sobre Carvajal procedían de las breves alusiones autobiográficas contenidas en sus obras<sup>19</sup>, amén de las informaciones –no siempre fidedignas– que deparan los libros de Luis de Salazar y Castro<sup>20</sup>, Nicolás Antonio<sup>21</sup> y Gerardo Ernesto de Franckenau<sup>22</sup>. En el Ochocientos el interés por la figura de Galíndez decrece hasta casi desaparecer. Hay que esperar a mediados del siglo xx para que aparezcan nuevos estudios sobre su vida o su obra: si en 1946 Juan Torres Fontes resumió la *Vida* de Floranes, renovándola en algunos extremos<sup>23</sup>, en fechas más recientes José María Ruiz Povedano se ha ocupado de los oficios y mercedes obtenidos por Carvajal en el Reino de Granada<sup>24</sup>, mientras que Baltasar Cuart Moner ha investigado sus orígenes familiares<sup>25</sup>. Por su parte, José Antonio López Nevot pergeñó una breve semblanza del placentino al ocuparse de las *Allegaciones de derecho del Dr. Carvajal en materia de mayorazgos y confiscación de bienes dellos*, uno de sus numerosos escritos inéditos<sup>26</sup>. Por último, José Vázquez Soto ha dedicado diversos estudios a la labor historiográfica de Carvajal<sup>27</sup>, que han culminado en una documentada monografía de publicación

<sup>19</sup> L. GALÍNDEZ CARVAJAL, *Anales breves del reinado de los Reyes Católicos D. Fernando y Doña Isabel, de gloriosa memoria, que dejó manuscritos el Dr. D...., de su Consejo y Cámara, y de la de los Reyes Doña Juana y D. Carlos, su hija y nieto, Correo mayor de los reinos del Perú etc.*, edición de Rafael DE FLORANES, 1787, en *CoDoIn*, XVIII, Madrid, 1851, pp. 227-422, esp. pp. 252-253.

<sup>20</sup> L. DE SALAZAR Y CASTRO, *Historia genealógica de la casa de Lara*, Madrid, 1636, III, p. 465.

<sup>21</sup> N. ANTONIO, *Bibliotheca Hispana Nova, sive Hispanorum, qui usquam, unquamve scripto aliquid consignaverunt, notitia, eorum operum, et scriptorum tum editorum, tum ineditorum locupletissimum catalogum Authore...* Romae Ex officina Nicolai Angeli Tinassii, MDCLXXII, II, pp. 2 y 3.

<sup>22</sup> G. E. DE FRANCKENAU, *Bibliotheca Hispanica Historico-genealogico-heraldica*, Lipsiae, MDCCXXIV, f. 275.

<sup>23</sup> J. TORRES FONTES, *Estudio sobre la «Crónica de Enrique IV» del Dr. Galíndez de Carvajal*, Murcia, 1946, pp. 21-26.

<sup>24</sup> J. M. RUIZ POVEDANO, «El Doctor Lorenzo Galíndez de Carvajal, hombre de negocios en el Reino de Granada», en *Baetica. Estudios de Arte, Geografía e Historia*, 3 (1980), pp. 167-184.

<sup>25</sup> B. CUART MONER, «La sombra del arcediano. El linaje oculto de Don Lorenzo Galíndez de Carvajal», en *Studia Historica. Historia Moderna*, 15 (1996), pp. 135-178. Vid. asimismo las breves referencias que dedican a Galíndez R. RÍAZA MARTÍNEZ-OSORIO, *Historia de la Literatura jurídica española. Notas de un curso*, Madrid, 1930, y en *Interpretatio. Revista de Historia del Derecho*, 5 (1998), pp. 17-293, esp. pp. 100 y 101, J. BENEYTO PÉREZ, *La ciencia del Derecho en la España de los Reyes Católicos*, Madrid, 1953, p. 13, M. A. VARONA GARCÍA, *La Chancillería de Valladolid en el reinado de los Reyes Católicos*, Valladolid, 1981, esp. pp. 303-304, R. GIBERT, *Ciencia jurídica española*, Granada, 1982, pp. 10 y 11, J. A. ESCUDERO, «Sobre la génesis» cit., pp. 17-18, y la entrada de M. D. M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Galíndez de Carvajal, Lorenzo*, en M. J. PELÁEZ (editor y coordinador), *Diccionario crítico de Juristas Españoles, Portugueses y Latinoamericanos (Hispánicos, Brasileños, Quebequenses y restantes francófonos)*, I, Zaragoza-Barcelona, 2005, p. 336.

<sup>26</sup> J. A. LÓPEZ NEVOT, «Delito de traición e inconfiscabilidad de mayorazgos», en *Las innovaciones en la Historia del Derecho. Actas de las I Jornadas de Historia del Derecho «Ramón Carande»*. Facultad de CC. Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos. Vicálvaro, Madrid, 21-22 de Octubre, 1999, Madrid, 2000, pp. 141-229.

<sup>27</sup> J. VÁZQUEZ SOTO, «Ciertos problemas de autoría y composición de *El Memorial de los Carvajales* (1521)», en *Lemir*, 12 (2008), pp. 39-47; J. VÁZQUEZ SOTO y A. MONTES SALAS, «Notas para una crítica textual de la Crónica de Enrique IV», en *Alcántara*, 68 (2008), pp. 9-20,

reciente, donde, al margen de ampliar nuestros conocimientos sobre la vida del placentino, cataloga su producción historiográfica, jurídica y genealógica<sup>28</sup>.

Lorenzo Galíndez de Carvajal nació, según confesión propia, en Plasencia, el 23 de diciembre de 1472<sup>29</sup>; su padre fue un clérigo, «D. Diego González de Carvajal, arcipreste de Trujillo, arcediano de Coria y canónigo de las Santas Iglesias de Sevilla y Plasencia»<sup>30</sup>, quien, al parecer, obtuvo de los Reyes Católicos la legitimación de Lorenzo<sup>31</sup>. Más impreciso y oscuro resulta el linaje materno. Floranes afirmaba que la madre de Carvajal era «una doncella noble del linaje de los Galíndez de Cáceres»<sup>32</sup>; sin embargo, Cuart Moner ha podido identificarla con «una moza de partido que ofrecía sus servicios en una venta» cercana a Logrosán<sup>33</sup>.

El *cursus honorum* de Galíndez es ejemplar: tras graduarse de licenciado en Salamanca, Universidad donde en 1497 obtiene la Cátedra de Prima de Leyes<sup>34</sup>, Galíndez es nombrado oidor de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid el 22 de mayo de 1499, tomando posesión del oficio el 26 de junio; desempeña el cargo hasta octubre de 1502, año en que será designado consejero de Castilla<sup>35</sup>, a los treinta de su edad. En fechas inmediatamente posteriores debió alcanzar el doctorado, pues en un libramiento por sus servicios como consejero durante el año 1504 figura ya como *Doctor Carvajal*<sup>36</sup>. Un año después intervino junto a los demás consejeros en el *arreglo* de las Leyes de Toro, figurando su firma al pie de la pragmática promulgatoria<sup>37</sup>.

---

y J. VÁZQUEZ SOTO y R. PÉREZ PAREJO, «Testimonios inéditos y perdidos del doctor Galíndez de Carvajal», en *Lemir*, 13 (2009), pp. 33-41.

<sup>28</sup> J. VÁZQUEZ SOTO, *Lorenzo Galíndez de Carvajal. Estudio biobibliográfico para su lectura y su didáctica*, Cáceres, 2009.

<sup>29</sup> «En el año de 72 un día ántes de la víspera de Navidad á las doce horas de la noche nació el que esta suma recopiló en la ciudad de Plasencia». (GALÍNDEZ CARVAJAL, *Anales breves* cit., pp. 252-253).

<sup>30</sup> FLORANES, *Vida y obras* cit., p. 280. Por el contrario, Nicolás Antonio y Franckenau sostenían que el padre de Carvajal era García González de Carvajal, vecino de Trujillo, omitiendo cualquier referencia a su condición eclesiástica. (ANTONIO, *Bibliotheca* cit., p. 2, y FRANCKENAU, *Bibliotheca* cit., f. 275).

<sup>31</sup> Así lo afirma Floranes, quien toma la noticia de Esteban de Garibay. (FLORANES, *Vida y obras* cit., pp. 280-281).

<sup>32</sup> FLORANES, *Vida y obras* cit., p. 280.

<sup>33</sup> Las informaciones practicadas en 1563 sobre la ascendencia de un nieto de Carvajal, Lorenzo de Córdoba y Carvajal, que pretendía ingresar en el Colegio Mayor de Oviedo, en Salamanca, depararon el siguiente resultado: «Estando esta muger en una venta que se dize de Los Nogales entre Guadalupe y la Puente del Arzobispo, avia pasado por ally aquel canonigo de Plasenzia, y que dezían que avía tenido cuenta con ella, y que parió al doctor Carvajal, el qual asy la reconoció por madre, como dicho tiene, poque así se dezía en Guadalupe que la alimentava a ella y a su marido». (CUART MONER, «El linaje oculto» cit., pp. 167-168).

<sup>34</sup> Posteriormente, Carvajal obtuvo sucesivas licencias regias para no residir en la cátedra, percibiendo a cambio una equivalencia. Sabemos también que fue mayoral de la Casa de San Lázaro de Salamanca. (S. DE DIOS, *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Madrid, 1982, pp. 300-301).

<sup>35</sup> VARONA GARCÍA, *La Chancillería* cit., pp. 128 y 304.

<sup>36</sup> RUIZ Povedano, «El Doctor Lorenzo Galíndez de Carvajal» cit., p. 169, n. 15.

<sup>37</sup> FLORANES, *Vida y obras* cit., pp. 352 y 354. *Vid. CLC*, IV, p. 229.

Una vez designado consejero, y gracias a su inmediata relación con los monarcas, Galíndez no cesó de acumular oficios y mercedes, especialmente en los territorios recién incorporados a la Corona; citemos –en enumeración que no pretende ser exhaustiva–, los oficios de regidor perpetuo de Tenerife<sup>38</sup>, veedor de la seda del Reino de Granada (1513)<sup>39</sup>, y Correo Mayor de las Indias (1514)<sup>40</sup>. Según Carvajal, a la muerte del Rey Católico, él y el licenciado Luis Zapata eran «sus relatores y referendarios é de su Consejo de la Cámara, (...), todos del Consejo Real»<sup>41</sup>. Con ellos consultó Fernando sus dudas sobre la gobernación de los reinos de Castilla y Aragón, encargándoles que ordenaran las cláusulas de su testamento, favorable al príncipe Carlos<sup>42</sup>. Carvajal asiste como letrado a las Cortes de Burgos de 1515<sup>43</sup>, Santiago-La Coruña de 1520<sup>44</sup>, Valladolid de 1523<sup>45</sup>, y Toledo de 1525<sup>46</sup>.

En los años siguientes a la derrota de las Comunidades, Carvajal se halla en la cúspide de su carrera: hace ya veinte años que pertenece al Consejo Real, donde su labor ha alcanzado una innegable relevancia, es también consejero de la Cámara<sup>47</sup>, y goza de la confianza del nuevo monarca, el joven Carlos I, a quien ha acompañado a la coronación de Aquisgrán<sup>48</sup>. Carvajal se verá favorecido en el reparto de los bienes confiscados a los comuneros, al obtener una

---

<sup>38</sup> TORRES FONTES, *Estudio* cit., p. 23. Sin perjuicio de haber obtenido otras tres regidurías en Plasencia, su ciudad natal, Sagunto y Salamanca. (Vid. TORRES FONTES, *Estudio* cit., p. 23, y DE DIOS, *El Consejo Real* cit., pp. 299 y 300).

<sup>39</sup> La carta de provisión, suscrita en Valladolid a 4 de septiembre de 1513, fue presentada el 7 de febrero de 1514 en el Ayuntamiento de Granada, y el 26 de marzo, en el de Málaga. (Vid. Archivo Histórico Municipal de Granada, Libro de Actas II, ff. 117v.-119r., y RUIZ POVEDANO, «El Doctor Lorenzo Galíndez de Carvajal» cit., p. 175).

<sup>40</sup> Merced que sería confirmada y ampliada por Carlos I en 1525. (Vid. FLORANES, *Vida y obras* cit., pp. 401-403 y E. SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias. Su historia, organización y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria*, traducción del autor, revisada y actualizada por M. A. GONZÁLEZ MANJARRÉS, I, Madrid, 2003, pp. 46 y 67).

<sup>41</sup> GALÍNDEZ CARVAJAL, *Anales breves* cit., p. 343.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 343 y ss.

<sup>43</sup> DE DIOS, *El Consejo Real* cit., p. 299, y J. CARRETERO ZAMORA, *Introducción y estudio del «Memorial o Registro breve de los Reyes Católicos»*, Segovia, 1992, p. x, nota.

<sup>44</sup> M. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *La España del Emperador Carlos V (1500-1558; 1517-1556)*, tomo XVIII de la *Historia de España dirigida por Ramón Menéndez Pidal*, Madrid, 1966, p. 129, y DE DIOS, *El Consejo Real* cit., p. 299.

<sup>45</sup> CLC, IV, p. 358. Vid. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *La España del Emperador* cit., p. 223.

<sup>46</sup> R. GIBERT, *Historia General del Derecho español*, Madrid, 1981, p. 207.

<sup>47</sup> Hay constancia documental de la pertenencia de Galíndez al Consejo de la Cámara al menos durante los años 1516, 1517, 1519, 1524 y 1525. Vid. P. GAN GIMÉNEZ, *El Consejo Real de Castilla. Tablas cronológicas (1499-1558)*, Granada, 1970, pp. 62-91.

<sup>48</sup> En el *Memorial de los Carvajales* se afirma que después de la coronación de Carlos como Rey de Romanos, celebrada en Aquisgrán el 23 de octubre de 1520, el César concedió a Galíndez, «por lo que allí le sirvió», el privilegio de usar como armas o divisa el águila imperial. (SOTO VÁZQUEZ, *Lorenzo Galíndez de Carvajal* cit., p. 73). Por otra parte, hacia 1522, y por encargo del Emperador, Carvajal redactó un *Informe* sobre los componentes del Consejo Real. (Vid. *Informe que Lorenzo Galíndez Carvajal dio al Emperador Carlos V sobre los que componían el Consejo Real de S. M.*, en *CoDoIn*, I, Madrid, 1842, pp. 122-127, y en N. DÍAZ Y PÉREZ, *Diccionario histórico, bibliográfico, crítico y biográfico de autores extremeños*, I, Madrid, 1884, pp. 288-289).

conservaduría de la Universidad de Salamanca, que antes había pertenecido a Pedro Maldonado<sup>49</sup>. Hay constancia de que durante los años postrimeros de su vida, entre 1525 y 1527, Carvajal ejerció el cargo de consejero de Indias<sup>50</sup>. Se ignora la fecha exacta de su muerte: si Floranes conjeturaba que Carvajal falleció en el retiro placentino antes del mes de julio de 1530<sup>51</sup>, Schäfer adelanta la fecha a diciembre de 1527<sup>52</sup>. Lo cierto es que en la última nómina donde figura como consejero de Castilla, la de 1527, una nota marginal consigna la expresión de *finado*<sup>53</sup>. Sin embargo, Soto Vázquez ubica el fallecimiento entre diciembre de 1527 y los primeros meses de 1528<sup>54</sup>.

El mismo Galíndez declara que asistió al otorgamiento y ordenación del testamento de la reina Isabel<sup>55</sup>. El señor de Tavaneros sugiere la posibilidad de que también concurriera al codicilo<sup>56</sup>. Según ha escrito Soto Vázquez, «su vinculación al testamento le situaba en una situación privilegiada frente al resto de consejeros, circunstancia que venía reforzada por su condición de experto en materias jurídicas e históricas»<sup>57</sup>. Cumpliendo el deseo de la reina reflejado en el codicilo, y presumiblemente por encargo de Fernando el Católico, Galíndez emprendió la doble y ardua tarea en la que le había precedido Alonso Díaz de Montalvo: recopilar las leyes del reino<sup>58</sup>, y preparar una edición de las Partidas<sup>59</sup>. Sin embargo, los trabajos recopilatorios del placentino nunca llegaron a ver la luz bajo letras de molde: según se ha tenido ocasión de comprobar, todavía en 1544 las Cortes solicitaron que fuesen examinados por el Consejo Real para su impresión, sin mayores resultados. No corrió mejor suerte la revisión del texto alfonsino, labor en la que le secundaron el Doctor Francisco de Espi-

<sup>49</sup> DE DIOS, *El Consejo Real* cit., pp. 302 y 303, n. 258.

<sup>50</sup> SCHÄFER, *El Consejo* cit., I, p. 336. Ya en 1511 había intervenido junto a Luis Zapata en la redacción de la Real Provisión que otorgaba jurisdicción civil y criminal a la Casa de Contratación, y, desde 1516, Galíndez actuó asiduamente, junto a otros consejeros de Castilla, en el despacho de los asuntos indianos. (FLORANES, *Vida y obras* cit., p. 351; SCHÄFER, *El Consejo* cit., I, pp. 40, 45, 46 y 50; y TORRES FONTES, *Estudio* cit., p. 22).

<sup>51</sup> En tal fecha Lucio Marineo Sículo acabó de imprimir *Opus de Rebus Hispaniae memorabilibus*, donde formula el elogio de Carvajal, hablando en tiempo pasado. (FLORANES, *Vida y obras* cit., p. 403).

<sup>52</sup> SCHÄFER, *El Consejo* cit., I, p. 336.

<sup>53</sup> GAN GIMÉNEZ, *El Consejo Real* cit., p. 96, n. 2.

<sup>54</sup> SOTO VÁZQUEZ, *Lorenzo Galíndez de Carvajal* cit., p. 77.

<sup>55</sup> GALÍNDEZ CARVAJAL, *Anales breves* cit., p. 246.

<sup>56</sup> FLORANES, *Vida y obras* cit., p. 291.

<sup>57</sup> SOTO VÁZQUEZ, *Lorenzo Galíndez de Carvajal* cit., p. 40.

<sup>58</sup> FLORANES, *Vida y obras*, pp. 306, 307 y 345.

<sup>59</sup> Escribe FLORANES que «el año 1507 ya parece andaba engolfado nuestro Galíndez en la obra de corrección y cotejo de las leyes de las Partidas (...). Pruébese la ocupación de Galíndez en este artículo grave de su empresa el año 1507, por la carta que en 10 de enero de él escribió desde Búrgos al marqués de Villena, asegurándole haber encontrado patentemente la alteración de las Partidas en alguna de las reformas ó ediciones por donde pasaron después de su sabio autor (...)». (*Vida y obras* cit., pp. 309 y 310). La noticia procede de JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Discurso Preliminar* cit., p. iv, n. 2.

Las Cortes de Madrid de 1551 afirmarán que «las leyes de la partida estan con diferentes letras, e así ay en ellas diversos entendimientos, y el doctor Carvajal que fue del vuestro consejo tiene entendido las en menudo (...)». (Cortes de Madrid de 1551, pet. 108, en *CLC*, V, p. 547).

nosa<sup>60</sup> y Gregorio López, y que sólo este último lograría culminar en 1555. Sin embargo, al parecer, en vísperas de la impresión de las Partidas, un hijo de Galíndez de Carvajal<sup>61</sup> se opuso «diciendo que su padre lo había dexado hecho, y aquello se había de imprimir conforme á sus Cédulas, y Privilegios, y al oficio de Refrendario que tuvo, y no lo de Gregorio Lopez»<sup>62</sup>, pretensión que no llegaría a prosperar.

¿Cuál fue la causa de que las dos grandes empresas jurídicas de Galíndez quedaran frustradas? Floranes alude a «las muchas (obras) que á un mismo tiempo traía entre manos, y las ocupaciones superiores de su ministerio»<sup>63</sup>; y, en efecto, el consejero hubo de dedicarse, también por mandado de Fernando el Católico, a la censura e impresión de las crónicas de los reyes de Castilla<sup>64</sup>, llegando a editar en Logroño, en 1517, la de Juan II<sup>65</sup>, acompañada de su *Adición a las Generaciones y semblanzas de los Claros Varones de Castilla* de Fernán Pérez de Guzmán. Por último, y siguiendo en parte un designio propio, nunca dejó de cultivar la literatura genealógica, quizá para contrastar la oscuridad de su ascendencia materna; en ese sentido, se le atribuye la autoría del *Memorial de los Carvajales* y la del *Memorial de los linajes de Trujillo*. Junto a Rodrigo Maldonado de Talavera, Francisco de Vargas y Juan Rodríguez de Fonseca, Lorenzo Galíndez de Carvajal ha sido considerado uno de los «pila-

<sup>60</sup> Vid. J. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, «Un fragmento de la más antigua Historia del Derecho español», en *AHDE*, 14 (1943), pp. 487-500, esp. 498.

<sup>61</sup> Soto Vázquez sostiene que debió ser su primogénito y principal heredero, Diego de Carvajal, quien formuló la protesta. (SOTO VÁZQUEZ, *Lorenzo Galíndez de Carvajal* cit., p. 34). Según Gonzalo Fernández de Oviedo, Diego de Carvajal era «gentil cauallero e le dexo su padre bien de comer, e le hizo mayoradgo». (La cita procede de SOTO VÁZQUEZ, *Lorenzo Galíndez de Carvajal* cit., p. 29).

<sup>62</sup> A. CORNEJO, *Diccionario Historico, y Forense del Derecho Real de España*, por... *Caballero del Orden de Santiago, del Consejo de Su Magestad, y su Alcalde de Casa, y Corte*, I, Madrid, MCCLXXIX, p. 386. Cornejo atribuye el pasaje al Doctor Francisco de Espinosa, aunque Floranes sostenía que más bien debía ser obra de un adicionador de Espinosa. (FLORANES, *Vida y obras* cit., pp. 333-334). Recogen también la noticia F. 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 de D. Alonso el Sabio. Por el Doctor D. ...*, 3ª ed., Madrid, 1845, p. 444, n. 1, TORRES FONTES, *Estudio* cit., p. 22, R. GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, *IV Centenario de Gregorio López, Glosador de Las Partidas*, Cáceres, 1960, p. 50, y A. RUMEU DE ARMAS, «El jurista Gregorio López, Alcalde mayor de Guadalupe, Consejero de Indias y editor de las Partidas», en *AHDE*, 63-64 (1993-1994), pp. 345-449, esp. p. 429.

<sup>63</sup> FLORANES, *Vida y obras* cit., p. 380.

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 357 y ss. Floranes cita los testimonios de Zurita –quien sostenía que Carvajal fue nombrado «censor y juez para enmendar los escritos de los coronistas que fueron de los Reyes D. Juan el II y Don Enrique su hijo»–, Cerdá, Llaguno y Sempere. (*Ibidem*, p. 357).

<sup>65</sup> *Comiença la Cronica del serenissimo rey don Juan el segundo deste nombre impressa en la muy noble e leal ciudad de Logroño: por mandado del catholico rey don Carlos su visnieto: por Arnao guillen de brocar su impressor con priuilegio por su alteza concedido que nadie la imprima venda ni traya de otra parte a estos reynos por spacio de diez años: so la pena en el dicho priuilegio contenida*. Colofón: *Acaba la cronica del rey don Juan el segundo corregida por el doctor Lorenço galindez de carvajal del consejo del muy alto et muy poderoso el rey don Carlos nuestro señor y su relator referendario: cathedratico de prima en el studio de Salamanca. Impressa en la muy noble e leal ciudad de Logroño por mandado de su alteza: por Arnao guillen de brocar su impressor. A. x. dias del mes de Otubre Año de mil. cccccxvij. Deo gratias.*

res fundamentales de la burocracia castellana durante los años de 1474 a 1522»<sup>66</sup>. Pero la intensa actividad pública de Galíndez al servicio de la Monarquía durante los tres reinados en que transcurrió su vida, debió dificultar y finalmente impedir la conclusión o publicación de sus numerosos trabajos. No puede extrañar que a su muerte, acaecida a la edad de cincuenta y cinco años, Carvajal dejara inédita una buena parte de su producción historiográfica y jurídica.

### 3. EL PROYECTO RECOMPILADOR DE LAS LEYES

El documento conservado en el Ms. X.II.7 de la Biblioteca escurialense, y que reproducimos en el Apéndice Documental, aparece fechado en Amberes, a 13 de julio de 1521. Tras invocar la ayuda y el favor divinos, el autor –a quien identificaremos en lo sucesivo como Lorenzo Galíndez de Carvajal– declara que a su regreso a España, se proponía emprender una tarea «de que me parece que ay grande necesidad para la nacion española y para su mayor ennoblecimiento». No deja de sorprender la omisión de cualquier referencia a la existencia de un encargo regio.

Su intención era agrupar en tres volúmenes el heterogéneo orden jurídico castellano, integrado por una constelación de cuerpos normativos de muy distinto origen y naturaleza. Previamente los sometería a un proceso de depuración, fijando el texto auténtico a partir del cotejo con el original, pues, al parecer, tenía en su poder códices antiguos; de ahí que con cierta frecuencia declare su intención de acudir al «pargamino», o al «libro de pargamino viejo» –procedente, según Carvajal, de la cámara de Doña María de Molina– para corregir este o aquel texto.

Por otra parte, Carvajal critica la labor de Alonso Díaz de Montalvo como glosador del Fuero Real, guardando absoluto silencio sobre su tarea como recopilador. Más aún, ni siquiera llega a mencionar la existencia de las *Ordenanzas Reales de Castilla*. Sin embargo, no dudará en integrar en su proyecto las glosas de Montalvo al Fuero Real y a las Partidas, así como su repertorio alfabético (*Secunda Compilatio Legum et Ordinationum Castelle*). Describamos a continuación el proyecto recopilador del placentino.

El primer volumen, titulado *Liber antiquarum legum Hispaniae*, se abriría con el Fuero Juzgo, en sus versiones latina y romanceada. A juicio de Carvajal, la autoridad del Fuero Juzgo se fundaba en ser «el propio y particular derecho con que se regian los spañoles y que les fue speçial mente dado en tienpo de los godos», y en la circunstancia de haber inspirado la redacción del Fuero Castellano, que nuestro autor, siguiendo a Montalvo, identifica con el Fuero Real<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> DE DIOS, *El Consejo Real* cit., p. 301.

<sup>67</sup> Identificación rechazada por el Doctor Espinosa, para quien el Fuero Castellano había sido el otorgado por el conde Sancho García a los castellanos. (Vid. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, «Un fragmento» cit., p. 493; y A. IGLESIA FERREIRÓS, «Fuero de Alvedrio», *Separata*



Su intención era volverlo a examinar, por si fuese necesario corregirlo, incorporando al final aquellas leyes de los reyes de León que estuvieran escritas.

Al Fuero Juzgo seguirían el Fuero de los generosos o nobles de España<sup>68</sup> y el Fuero de Sepúlveda, con las adiciones que se dieron a Cuenca<sup>69</sup>, junto a «la declaracion de las monedas»<sup>70</sup>. A continuación incluiría el Fuero Real, «sacandole como le tengo de pargamyno», acompañado de la glosa latina de Montalvo. Después de proceder a la corrección del Fuero, añadiría a cada una de sus leyes «por manera de autentica» los ordenamientos de los reyes antiguos (¿de León?), «como los tengo en el libro de pargamino viejo», las Leyes de Toro «donde viniere a proposito» y algunas otras de ordenamientos y pragmáticas «por que las tengan en vn libro». Del mismo modo, examinaría las Leyes del Estilo, para seleccionar aquéllas «que fueren buenas». Al final de cada título del Fuero, a modo de repertorio, incorporaría las leyes de Partidas concordantes, «como lo tengo en el libro viejo de pargamino». Igualmente había decidido glosar «algunas leyes mas principales del Fuero que se guardan y el origine y dudas mas comunes dellas, porque Montaluo en esto faltó mucho». Por último insertaría las Leyes del Estilo en su conjunto, «tengan la autoridad que tuvieren».

El resultado sería «vn buen libro corregido y adicionado y no sera grande el volumen, por el qual el que lo tuviere sabra quasi todo lo antiguo despaña y lo mas principal de nuevo». Se le añadiría un repertorio, con la presumible finalidad de facilitar su manejo.

El segundo volumen, titulado *Liber novellarum*, o libro de las leyes nuevas, habría de contener «todos los ordenamientos que se supieren y pudieren aver»<sup>71</sup>. Los ordenamientos serían sometidos a corrección, y al principio de cada uno de ellos figuraría un proemio o prólogo «a toda la cara», y otro breve al frente de cada reinado, acompañado de un sumario, haciendo constar en los de Pedro I «su autoridad y la causa por que no se hallan comunmente todos, que es porque vencio su adversario, el rey don Enrrique». Cada ley se acompañaría de una breve apostilla que remitiera al Derecho común<sup>72</sup>, y se haría un

---

do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra-*Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*, Coimbra, 1983, p. 12).

<sup>68</sup> Montalvo, en sus glosas al Fuero Real, se había referido a la existencia de un *Forus generatorum*; por otra parte, en las glosas al Ordenamiento de Alcalá se menciona un Fuero de Alvedrio «quod concessum est pro Generosis». (Vid. IGLESIA FERREIRÓS, «Fuero de Alvedrio» cit., p. 49). Palacios Rubios, en un pasaje de su *Repetitio rubricae et capituli Per vestras, de donationibus inter virum et uxorem*, publicado en 1503, parece identificar el Fuero de los generosos con el Fuero Viejo de Castilla. (Vid. FLORANES, *Vida y obras* cit., p. 293, n. 1).

<sup>69</sup> Como ha destacado Carlos GARRIGA, en las glosas al Ordenamiento de Alcalá «se invocan los fueros (...) en numerosas ocasiones, y muy especialmente el Fuero de Sepúlveda, probablemente en la versión dada a Cuenca». (GARRIGA ACOSTA, «La trama jurídica» cit., p. 356).

<sup>70</sup> Más adelante se explicará el sentido de tal expresión.

<sup>71</sup> Tal afán omnicompreensivo parece ser el evocado dos décadas después por los procuradores de las Cortes de Valladolid de 1544: «el dicho dottor (Carvajal) (...) puso allí mas leyes y prematicas que nadie puede juntar por el cuydado que tuvo de las buscar todas». (CLC, V, p. 323).

<sup>72</sup> El siguiente texto, atribuido a Carvajal, refleja su actitud frente a la aplicación del *ius commune* en Castilla: «avnque las leyes de los emperadores y de los sabios antiguos en lo que mandan no ligen a los españoles pero la razon dellas a todos ata y ligua porque es vn ser diuino,

repertorio al volumen, añadiendo el de Montalvo –la *Secunda Compilatio Legum et Ordinationum Regni Castelle*–, que se habría de imprimir al final del volumen. A continuación se insertarían las pragmáticas y los cuadernos aprobados, como el de las rentas de alcabalas, la Hermandad, los paños y aquéllos «que pareciere que son leyes generales en aquello que hablan».

Por último –y alterando el orden cronológico–, Carvajal ubicaría «la forma para abreuvar los pleytos que esta en aquel libro (¿el de pergamino?) para que por alli conoscan que no es nuevo aver cuydado en los reyes pasados de dar orden como los pleytos se abreuven y acaben mas presto y avn porque alli ay algunas buenas leyes que pueden seruir para lo deste tiempo, y tambien por que se conosca vna imagen y figura del estado de la casa real y forma despedientes y despachos que en aquel tiempo se tenia». Se trata del Ordenamiento de las Cortes de Zamora de 1274.

El tercer volumen, que en orden era el segundo, se titularía *Media Jurisprudencia* y estaría dedicado a las Partidas; así pues, la revisión del texto alfonsino, emprendida tiempo atrás por Carvajal, se nos revela como un trabajo preparatorio destinado a integrarse en una futura recopilación. Este volumen debía ser muy corregido y adicionado, revisando las glosas de Montalvo y añadiendo copiosas remisiones, que Galíndez tomaría de los autores modernos «y de las cosas que yo tengo recopilado en diversas materias desde que començe a estudiar este libro».

Recapitulando, el vasto programa recopilador de Carvajal, trasunto de la complejidad y pluralismo del orden jurídico castellano, se hallaba configurado del siguiente modo:

1. Primer volumen (*Liber antiquarum legum Hispaniae*):

Fuero Juzgo, en latín y en romance, seguido de las Leyes de los Reyes de León.  
Fuero de los generosos o nobles de España.  
Fuero de Sepúlveda, con las adiciones de Cuenca.  
Declaración de las monedas.  
Fuero Real glosado.  
Leyes del Estilo.

2. Segundo volumen (*Media jurisprudencia*):

Partidas.

---

y por esso en quanto aqui (OA 28.1) se dize que no aviendo ley del reyno se ha de recurrir al rey que determine, se ha de suplir, saluo si no oviere razon natural clara por donde se pueda deçidir la duda, y por esta causa se permitia por las leyes de Madrid que en diuersidad de opiniones de doctores se siguiese la opinion de Bartulo en leyes y de Juan Andres y Abbad en canones como de auctores mas llegados a razon, y no obsta que aquella ley este corregida por la nueva dicion de Toro, porque de la razón della se puede arguir y es de notar que no dize la ley de Alcalá que quando por las leyes del reyno no estouiere determinado la quistion se deue recurrir al rey, porque si esto fuese, ni avia de comer ni beuer ni dormir si las dudas del Consejo y Chançilleries y de todos los otros juzgados del reyno que no estan por las leyes diçididas expressamente las oviese por si de determinar todas». (*Allegaciones de derecho del Dr. Carvajal en materia de mayorazgos y confiscacion de bienes dellos, apud LÓPEZ NEVOT, «Delito de traición» cit., pp. 163-164*).

3. Tercer volumen (*Liber novellarum*):

Ordenamientos de Cortes.

Pragmáticas.

Ordenamiento de las Cortes de Zamora de 1274.

¿Hasta qué punto el programa recopilador pergeñado en 1521 por Lorenzo Galíndez de Carvajal puede identificarse con los supuestos materiales de su Colección custodiados en la Biblioteca de El Escorial?

Recordemos que los tres códices citados por Asso y de Manuel como vestigios de la Colección *non nata* del Doctor Carvajal, se conservan en la Real Biblioteca de El Escorial bajo las signaturas Z.II.1, Z.II.6 y Z.II.7. Tales códices fueron descritos por Julián Zarco Cuevas en su Catálogo de manuscritos castellanos de la Biblioteca escorialense<sup>73</sup>. Con posterioridad, el Ms. Z.II.6 ha sido descrito por Robert A. MacDonald en su edición del *Libro de las Tahurerías*<sup>74</sup> y, en la actualidad, es objeto de pormenorizado estudio por parte de María José María e Izquierdo. Todo ello nos exonera por el momento de entrar en mayores detalles; a los efectos que ahora nos ocupan bastará formular algunas observaciones.

Prestemos atención a Ms. Z.II.6. He aquí su título: *Ordenanças y leyes delos Reyes de Castilla Don Alonso el 10. llamado el sabio, don Sancho el 4º. Don Fernando el 3º. (IV) don Enrrique 2º. don Juan el 1º. don Pedro, don Alonso onceno don Enrrique 4º. y de la reyna doña Juana*. Pues bien, en el folio 248 v. figura una suerte de índice o elenco de textos normativos –que reproducimos en el Apéndice Documental–, sin fecha, pero escrito al parecer por la misma mano que redactó el texto del Ms. X.II.7, cuyo contenido coincide en buena medida con el programa recopilador de 1521. Veámoslo:

1. Fuero Juzgo en latín y en romance.
2. Fuero de albedrío o de hazañas o de los generosos.
3. Fuero de Sepúlveda y Cuenca con las mejoras otorgadas a Cuenca.
4. Fuero Real.
5. Ordenamiento de las Cortes de Zamora de 1274.
6. Ordenamiento de las Tafurerías.
7. Leyes del Estilo.

---

<sup>73</sup> J. ZARCO CUEVAS, *Catálogo de los manuscritos castellanos de la Real Biblioteca de El Escorial dedicado a S. M. el Rey Don Alfonso XIII*, III, Madrid, 1929, pp. 91-94, 110-114 y 114-116, respectivamente.

<sup>74</sup> *Libro de las Tahurerías. A Special Code of Law, Concerning Gambling, Drawn Up by Maestro Roldán at the Command of Alfonso X de Castile. Edited by Robert A. MacDonald*, Madison, 1995, pp. 134-139. Así describían el código los redactores del Prólogo a la edición de la Real Academia de la Historia de los opúsculos legales de Alfonso X: «(El texto del *Ordenamiento de las Tafurerías*) se ha cotejado con otra copia de letra cursiva sacada el año 1517 que se halla en el código número 6, pluteo ij, estante z, del monasterio del Escorial, donde está entre varias ordenanzas y leyes del mismo Rey D. Alfonso, y de algunos de sus sucesores hasta la Reina Doña Juana; pero mezclado todo entre sí sin orden cronológico». (*Opúsculos legales del Rey Don Alfonso el Sabio, publicados y cotejados con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, I, Madrid, 1836, Prólogo, p. xi).

8. Ordenamiento de las Cortes de Valladolid de 1293.
9. Ordenamiento de las Cortes de Valladolid de 1307.
10. Ordenamiento de las Cortes de Burgos de 1309.
11. Declaración de las monedas.
12. Ordenamientos de Alfonso XI y sus sucesores hasta los Reyes Católicos.

Señalemos las diferencias que separan ambos textos. En el elenco de Z.II.6 falta la división en libros que contenía el texto de X.II.7; por otro lado, no se insertan las Partidas y, en cambio, comparece el Ordenamiento de las Tafureñas, ausente del programa recopilador de 1521. El Fuero de los generosos o nobles de España que figuraba en X.II.7 es descrito más prolijamente en Z.II.6 como «Fuero de alvedrio o de hazañas que se dize de los generosos que hizo el rey don Alonso otauo y despues (*sic*) se enmendo por el emperador don Alonso en las Cortes de Najara y despues se anidio y acorto por el rey don Alonso undecimo en las Cortes de Alcalá de Henares»<sup>75</sup>. Por otra parte, la genérica alusión a los Ordenamientos de Cortes contenida en X.II.7, se reemplaza ahora por una relación precisa de tres Ordenamientos identificados por el nombre del monarca, el lugar y la fecha de celebración de las Cortes, seguida de una referencia a los Ordenamientos de Alfonso XI y sus sucesores, hasta llegar al reinado de los Reyes Católicos.

En cuanto a la enigmática *Declaración de las monedas* que figuraba en X.II.7, queda explicitada en otro lugar de Z.II.6: «Declaración de las monedas que corrian en estos Reynos en tienpo del fuero castellano y de los otros fueros»<sup>76</sup>.

Una última observación sobre la autoría de Z.II.6. Julián Zarco advirtió en su día que en el código «varios folios tienen letra del Lic. D. Pedro Ponce de León, luego obispo de Plasencia»<sup>77</sup>. En efecto, de Pedro Ponce de León (1509-1573), obispo de Plasencia entre 1559 y 1573, se conserva, interpolado en Z.II.6, un «traslado de leyes de Castilla fielmente sacados de los ordenamientos de Reyes que las hizieron los quales yo el licenciado Ponçe de Leon vi *propius oculis*»<sup>78</sup>. ¿Cómo se explica la tardía intervención de Ponce de León en un manuscrito que corresponde al primer tercio del siglo XVI? Soto Vázquez ha defendido una hipótesis que, a la espera de testimonios que la confirmen, no sólo explicaría la intervención del obispo de Plasencia, sino que también reforzaría la atribución del texto principal a Galíndez. Según

<sup>75</sup> Descripción que, ordenada cronológicamente, cabría interpretar del siguiente modo: «Fuero de alvedrio o de hazañas que se dize de los generosos que hizo el emperador don Alonso en las Cortes de Najara y despues se enmendo por el rey don Alonso otauo y despues se anidio y acorto por el rey don Alonso undecimo en las Cortes de Alcalá de Henares». La descripción de Ms. Z.II.6 coincide, aunque sólo en parte, con la de Fuero de Alvedrio que ofrece el Doctor Espinosa en *Sobre las leyes y fueros de España*: «La 4ª regla es, que quando se nombre el Fuero de Albedrio, se entiende por el Fuero de los Fijos dalgo que fizo el Rey D. Alonso el 7.º Emperador, cuio contenido está ahora en el titulo 32 del Fuero Nuevo de Alcalá que fizo el Rey D. Alonso el XI». (Vid. IGLESIA FERRREIRÓS, «Fuero de Alvedrio», cit., p. 5).

<sup>76</sup> Real Biblioteca del Monasterio de San Lorenzo de El Escorial, Ms. Z.II.6, f. 49v.

<sup>77</sup> ZARCO CUEVAS, *Catálogo* cit., p. 110.

<sup>78</sup> Real Biblioteca del Monasterio de San Lorenzo de Escorial, Ms. Z.II.6, f. 75r.

Soto Vázquez, «las obras de Galíndez estuvieron en un principio en posesión de los herederos del jurista y (...) posteriormente fueron entregadas o compradas por Ponce de León, quien remitió copias de estas obras al Monasterio de El Escorial»<sup>79</sup>.

#### 4. EL PROYECTO RECOPIADOR DE LAS CRÓNICAS

El segundo propósito de Lorenzo Galíndez de Carvajal era compilar, después de las leyes, las Crónicas de España –identificada con Castilla–, pues «esta todo perdido y confuso». Para ello distribuiría las Crónicas en cinco volúmenes:

El primer volumen se redactaría «tomando la (crónica) que hizo el rey don Alonso (X el Sabio)», y alcanzaría hasta el reinado de Fernando III. El volumen, dividido en cuatro partes, iría precedido de un proemio, al que seguirían el *Epítome* de Lucio Anneo Floro, la enumeración de los veinticuatro reyes míticos de España que cita Annio de Viterbo, y las referencias de Cicerón en *De senectute* y *De amicitia*; por último, insertaría las alusiones a Hispania de Tito Livio y Plinio, y *De antiquitate Hispaniae*, de Elio Antonio de Nebrija, «que yo tengo». Según Carvajal, «esta parte se ha mucho de enmendar quanto fuere posible». El volumen se cerraría con un repertorio.

El segundo volumen comprendería desde el reinado de Alfonso X hasta el de Alfonso XI. Carvajal asegura que «esta (parte) tengo quasi toda bien corregida para se poder imprimir, no queda sino pasar por ella para la adicionar». El volumen se cerraría igualmente con un repertorio.

El tercer volumen abrazaría desde el reinado de Pedro I hasta el de Enrique III, «lo qual quasi todo tengo corregido, tornarlo a rreuer y reportarlo».

El cuarto volumen se hallaría circunscrito al reinado de Juan II, «enmendandolo como lo tengo apuntado, y poniendo las otras coronicas del rey don Juan al fin»; en los *Claros Varones* añadiría sus genealogías, «y si fuere posible el repertorio de todo con el testamento del rey don Juan»<sup>80</sup>.

El quinto volumen se ceñiría al reinado de Enrique IV, «juntas entranbas coronicas»<sup>81</sup>, añadiendo la *Glosa a las coplas de Mingo Revulgo* y el *Libro de los Claros Varones de Castilla* de Fernando de Pulgar, «con algunas adiciones remitiendo a los de Hernan Perez de Guzman». Carvajal dudaba si incluir en este último volumen «lo del Rey y de la Reyna», es decir, el reinado de los Reyes Católicos, «y con esto se acaban las coronicas despaña a la larga en romance».

<sup>79</sup> SOTO VÁZQUEZ, Lorenzo Galíndez de Carvajal cit., p. 177. Vid. asimismo pp. 183-185 y 237.

<sup>80</sup> Tal vez Carvajal se esté refiriendo a su propia edición de la Crónica de Juan II, publicada junto a la *Adición a los Claros Varones de Castilla* de Fernán Pérez de Guzmán. La alusión a las «otras coronicas del rey don Juan», podría entenderse referida a las intervenciones de Pero Carrillo de Albornoz y Lope de Barrientos.

<sup>81</sup> Probable alusión a las de Diego Enríquez del Castillo y Alonso Fernández de Palencia.

Carvajal pretendía también imprimir las crónicas latinas, reuniendo en un volumen las obras de Isidoro de Sevilla, Isidoro el Joven (probable alusión a la *Crónica Mozárabe*, atribuida al Pacense), Lucas, obispo de Tuy (*Chronicon mundi*), Rodrigo Jiménez de Rada (*De Rebus Hispaniae*) «con la adición que tengo», Rodrigo Sánchez de Arévalo (*Compendiosa Historia Hispanica*), los *Paralipomenon Hispaniae libri X* de Joan Margarit, y las crónicas sobre el Cid (*Historia Roderici*) y genealogías, «como lo tengo». En volumen independiente publicaría las *Décadas* de Alonso Fernández de Palencia.

En un tercer volumen se recogerían «honze o doze sumas de diuersos para que cada vno tome lo que mas le pluguiere». El volumen iría acompañado de un repertorio y de la Crónica de Juan Rodríguez de Villafuerte glosada, «con las genealogías que tengo y tienpo que cada rey reyno».

Según ha podido comprobarse, Carvajal se proponía la ambiciosa tarea de compilar, corregir y editar buena parte del acervo historiográfico medieval, castellano y latino, junto a los textos de los historiadores romanos que pudieran interesar al pasado de Hispania. Es probable que esa acumulación de materiales históricos se encaminase a la futura redacción de una proyectada *Historia de Castilla*, a la que alude Ambrosio de Morales en su *Discurso sobre los privilegios*<sup>82</sup>.

## 5. RECAPITULACIÓN FINAL

Gracias a un documento anónimo, fechado en Amberes a 13 de julio de 1521, y hasta ahora inédito en buena medida, conocemos la existencia de un proyecto recopilador dual en curso, comprensivo de las leyes y las crónicas de Castilla, que podría identificarse con los dos géneros de recopilaciones cuya impresión oficial reclamaron las Cortes de Valladolid de 1523. Casi con toda seguridad cabría atribuir la autoría del texto a Lorenzo Galíndez de Carvajal, quien, a juzgar por las palabras de los procuradores de las Cortes de Valladolid de 1544, «con gran diligencia e cuidado que dello tuuo en muchos años que en ello gastó dexó rrecopiladas y puestas por horden todas las leyes y prematicas destos rreynos y hechos libros dellas». En el proyecto recopilador de 1521 –que coincide en líneas generales con un elenco de cuerpos legales recogido en el código escurialense Z.II.6–, Carvajal se proponía agrupar en tres volúmenes el heterogéneo orden jurídico castellano, reproduciendo los textos normativos literal e íntegramente, en disonancia con el criterio adoptado por Alonso Díaz de Montalvo y, tiempo después, por los redactores de la *Recopilación de las leyes destos Reynos*. Como irónicamente dejó escrito Rafael de Floranes, «la obra del señor Galindez, (fue) digna por sí misma y por quien la hizo, de mejor uso que el que tuvo, pues ni aun nos consta se hubiesen aprovechado de ella y de sus luces los ocho Licurgos, que posteriormente entendieron en el arreglo de la Recopilacion»<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> FLORANES, *Vida y obras* cit., pp. 394 y 395. Vid. SOTO VÁZQUEZ, *Lorenzo Galíndez de Carvajal* cit., pp. 233-238.

<sup>83</sup> FLORANES, *Vida y obras* cit., p. 348.

## APÉNDICE DOCUMENTAL

### I. Real Biblioteca del Monasterio de San Lorenzo de El Escorial. Ms. X.II.7. (ff. 118-119v)<sup>84</sup>

(f. 118r.) En Enveres xiiij de Julio mdxxj

Tengo determinado siendo nuestro Señor dello seruido y su gloriosa Madre con su ayuda y fauor y del apostol Santiago patron de las Spañas que siendo en Spaña aviendo para ello lugar de entender en lo siguiente, de que me pareçe que ay grande necesidad para la nacion española, y para su mayor ennoblecimiento.

[Al margen: primer volumen. El Fuero Juzgo de latin y rromañçe como le tengo, el Fuero de los generosos, el Fuero de Sepulveda con las adiciones de Cuenca, el Fuero Rreal con glosa y sacandole como le tengo de pargamyno y aquy en fin el valor de las monedas y el fin Leyes del Estilo].

Primeramente de tomar el Fuero Juzgo en latin y despues en rromañçe porque este es el propio y particular derecho con que se regian los spañoles y que les fue speçialmente dado en tienpo de los godos en que Spaña estuu en su poder y señorio y prosperidad entera y tornarlo a rreuer para si tuviere algo que enmendar y al fin poner aquellas leyes de los Reyes de Leon que estan escritas en fin cuyo poder ya estaua concertado a que fuese la cabeça de España Leon en la qual se conserue todo el derecho de España como se prueba y alli el Barto *ff. ad municipales. l. § vbi.*

*F ant. l. stili ordii. et quod ibi floreatq. ff. de servitu et. l. profundum ff. quem ad modum seruiam cum concordantiis.* Y esto hazello luego inprimir.

[Al margen: Porque el Fuero castellano fue en muchas cosas sacado del Fuero Juzgo].

Y junto con ello el Fuero castellano con la glosa del Montaluo que se llamo antiguamente el enmendado (con la glosa del Montaluo). Al qual tengo de añadir demas de la emendacion (lo siguiente porque el fuero tiene muchas cosas antiguas del Fuero Juzgo). Primero. Sobre cada ley por manera de autentica poner los ordenamientos de los reyes antiguos como los tengo en el libro de pargamino viejo.

[Al margen: El qual pareçe que fue sacado de la camara de la reyna doña Maria, muger del rey don Sancho y madre del rey don Fernando y que fue abuela del rey don Alonso onceno padre del rey don Pedro].

Item, añadir en cada ley donde viniere a proposito las leyes nuevas de Toro y algunas otras de ordenamientos y prematicas por que las tengan en vn libro y ver las del Stilo y las que fueren buenas sacarlas. Item, al fin de cada titulo poner por manera de reportorio todas las leyes de Partidas que hazen a aquel titulo como lo tengo en el libro viejo de pargamino. Item, tengo de glosar algunas leyes mas principales del Fuero que se guardan y el *origine* y dudas mas comunes dellas porque Montaluo en esto falto mucho. Item, antes del Fuero tengo de poner (el) la forma para abreuuar los pleytos que esta en aquel libro para que por alli conoscan que no es nuevo (hazer) aver cuydado en los reyes pasados de dar orden como los pleytos se abreuuen y acaben mas presto y avn [que] por que alli ay algunas buenas leyes que pueden seruir para lo deste tienpo, y tambien por que se conosca vna imagen y figura del estado de la casa real y forma despedientes y despachos que en aquel tienpo se tenia *vt nihil antiqui-*

---

<sup>84</sup> En la transcripción de los manuscritos se han resuelto las abreviaturas y se ha modernizado el uso de mayúsculas. Entre corchetes figuran las anotaciones marginales y, entre paréntesis, las frases o palabras tachadas.

*tatis penitus / (f. 118v.) ignoretur.* De todo esto se ha de hazer vn buen libro corregido y adicionado y no sera grande el volumen por el qual el que lo tuviere sabra quasi todo lo antiguo despaña y lo mas principal de nuevo. Hase añedir su reportorio. Y este ha de ser el primer libro de las leyes antiguas despaña: *Liber antiquarum legum Yspanie* aqui tambien las Leyes del Estilo en fin de todo tengan la autoridad que tuvierén.

El segundo volumen ha de contener todos los ordenamientos que se supieren y pudieren aver y si pareciere poner *in principio* las leyes de Sepulueda y las emiendas que se dieron a Cuenca y Fuero de los genorosos o nobles despaña, o si pareciere ponerlo esto en fin del volumen primero, con la declaracion de las monedas como lo tengo apuntado, y esto pareçe mejor, avnque aquel tratado del abreuuar de los pleytos se podra si pareciere quitar de (aqui) alli y poner aqui. Entiendesse que en aquello de la declaracion de las monedas se ha de poner todo lo que tengo y se pudiere aver sobrello. Y este volumen segundo se ha de emendar que en acabando descreuir el ordenamiento se ha de emendar y al principio se ha de poner vn prohemio o prologo a toda la cara y otro breue en cada reynado el sumario del, y en cada ordenamiento el suyo y en los del rey don Pedro dezir su autoridad y la causa por que no se hallan comunmente todos, que es porque vencio su adversario el rey don Enrique. Item, en cada ley o en la que pareciere algun apostila breue para remitir al derecho comun y si oviere lugar hazer su reportorio a este volumen añadiendo al de Montaluo que se ha de inpremir junto con este volumen en fin. Hase tambien de poner en este volumen las prematicas y los cuardenos (*sic*) aprovados como el de las rentas (el d) de alcaualas, la Hermandad, los paños, los otros que pareciere que son leyes generales en aquello que hablan que se ha de llamar este volumen *Liber nouellarum*.

El tercero volumen que en orden es el segundo de las Partidas y se ha de llamar (*Liber media jurisprudentia* este ha de ser muy corregido y rrevistas las glosas de Montaluo y adicionado y hechas algunas copiosas rremysiones sacando las delos modernos y de las cosas que yo tengo rrecopilado en diuersas materias desde que començe a estudiar este libro rrequiere grande trabajo y estudio para le sacar a lus y hanse de sacar las leyes singulares aparte y las que apruevan alguna opinion en derechos de los enpedadores. /

(f. 119r.) La segunda parte de mis cuydados si Dios fuere seruido sera copilar y emendar despues de las leyes las coronicas despaña, que esta todo perdido y confuso. Tenerse ha esta orden.

El primer volumen de las coronicas despaña ha de ser tomando la que hizo el rey don Alonso hasta el rey don Alonso Decimo que se llamo el Sabio la qual se ha de partir en quatro partes y ha de acabar en el rey don Fernando que gano a Seuilla. Esta parte se ha mucho de emendar quanto fuere posible y tengo de haserle su prohemio como pareciere, y en principio tengo de poner el *Epithoma* de Lucio Floro que habla despaña, y los xxiiij reyes que pone Juan Anio añadiendo al vno lo que dize Tulio en el *De senectute* o *amicitia*. Item, tengo de poner lo que escriben despaña Liuio y Plinio y lo que Librixa hizo que yo tengo *De antiquitate Yspanie*, todo esto al principio y mas si otra cosa ocurriere de autores antiguos y aprovados. Iten, en las ystorias que tocare aprobar con otros autores o rreprovar en espical en las *Vidas de los çessares* a este primer volumen que tiene quatro partes seria bueno vn reportorio en fin tambien se ha de declarar lo de Viriato y Caco, y Numancia y Seguntum tomando algo de los antiguos y del *Paralipomenon despaña*.

El segundo volumen de las coronicas despaña ha de ser desde el rey don Alonso hijo del rey don Fernando hasta el rey don Pedro hijo del rey don Alonso decimo (*sic*) exclusiue esta tengo quasi toda bien corregida para se poder inpremir no queda sino pasar por



ella para la adición sería bueno un repertorio en fin della. Aquí entra lo de los Carvajales en que me tengo de aver tenplada mente remitiendo me y que otro lo diga poniendo lo que dixere al fin del libro.

El tercero volumen de las crónicas de España ha de ser desde el rey don Pedro hasta el rey don Juan el Segundo lo qual quasi todo tengo corregido tornar lo a reuer y reportarlo.

El quarto volumen ha de ser lo del rey don Juan el Segundo emendando lo como lo tengo apuntado, y poniendo las otras crónicas del rey don Juan al fin y en los *Claros varones* sus genealogías y si fuere posible el repertorio de todo con el testamento del rey don Juan. /

(f. 119v.) El (quarto) quinto volumen ha de ser lo del rey don Enrique juntas entransas crónicas y al fin lo de *Mingo Reulgo* con su glosa y los *Claros varones* del Pulgar con algunas adiciones remitiendo a los de Hernan Perez de Guzman. No se si será bien juntar aquí lo del Rey y de la Reyna y con esto se acaban las crónicas de España a la larga en romance, aquí su repertorio.

Las de latín se han también de procurar de imprimir sino que son barbaras porque se hizieron en tiempo barbaro. Las de Santisidoro junior y senior. La del obispo de Tuy don Lucas. Las del Çid y genealogías como lo tengo, la del arzobispo don Rodrigo con la adición que tengo. La de don Rodrigo obispo de Palencia *castellani aras Santi Angeli*. Esto todo en un volumen con el *Paralipomenon Yspanie*.

En otro las *Decadas* del de Palencia en latín si pudiese aver índice para todo esto de latín tan bien como para lo del romance sería gran cosa (y con esto el *Paralipomenon Yspanie*).

Y porque todo esto de las crónicas de España así de latín como de romance es muy a la larga y muchos querran brevedad se porman en otro volumen honze o doze sumas de diuersos para que cada uno tome lo que mas le pluguiere de las quales sumas que fueron hechas por diuersos en diuersos tiempos avn se cojen otras muchas cosas nobles y dignas de saber sería bueno el repertorio también para esto y juntar la crónica de Juan de Villafuerte con su glosa y con las genealogías que tengo y tiempo que cada rey reyno.

[Al margen: Sobre los hordenamientos].

## II. Real Biblioteca del Monasterio de San Lorenzo de El Escorial. Ms. Z.II.6. (f. 248v)

Fuero Juzgo en latín y en romance que fue dado en tiempo de los godos.

Fuero de alvedrio o de hazañas que se dize de los generosos que hizo el rey don Alonso octavo y despues (*sic*) se enmendo por el emperador don Alonso en las Cortes de Najara y despues se anidio y acorto por el rey don Alonso undecimo en las Cortes de Alcalá de Henares.

Fuero de Sepulveda y Cuenca con las mijoras que se dio despues a Cuenca.

Fuero castellano fecho por el rey don Alonso el decimo en el 4º (libro de su) año de su reynado que se dize Fuero del Libro.

Ordenamiento del mesmo Rey para abreuir los pleytos en la era de cccxii.

Ordenamiento de tahurerías fecho por el mesmo era de mill y trezientos y xiiii.

(Ordenamiento)

Diuersas declaraciones a las leyes del dicho Fuero fechas por el mesmo rey don Alonso decimo en diuersos tiempos.

Ordenamiento fecho por el rey don Sancho quarto fijo del rey don Alonso decimo en Valladolid era de mil y trezientos y treynta y vn años.

Ordenamiento primero que fiso el rey don Fernando terçero (IV) en Valladolid era de mil y ccc y quarenta y çinco años.

Ordenamiento segundo que fiso el rey don Fernando segundo (IV) en Burgos era de mil y trezientos y quarenta y seys.

[Al margen: Aqui ha de entrar la declaracion de las monedas].

Despues desto se siguen los ordenamientos del rey don Alonso vndecimo y de los otros reys sucesiua mente hasta en tiempo del rey e de la reyna nuestros señores.

JOSÉ ANTONIO LÓPEZ NEVOT

# El código Z.II.6 de la Real Biblioteca de El Escorial y los proyectos recopiladores castellanos de la Edad Moderna

SUMARIO: Aclaración.–1. Los manuscritos de la Real Biblioteca del Monasterio de El Escorial.–2. El código Z.II.6: A) Descripción formal. B) Contenido: a) Los ordenamientos. b) Las leyes sueltas.–3. Indicios de proyecto recopilador en el Z.II.6: A) Las anotaciones. B) Los ordenamientos repetidos. C) Los sumarios. D) El elenco de los fueros y ordenamientos castellanos. E) El traslado de leyes de Pedro Ponce de León.–4. Conclusiones.

## ACLARACIÓN

Esta publicación es sólo un adelanto de un trabajo mayor, todavía en curso, compartido con José Antonio López Nevot. Interesados los dos por el movimiento recopilador castellano de la edad moderna y coincidiendo en el estudio de las mismas fuentes: los manuscritos de la Biblioteca de El Escorial reiteradamente relacionados por la historiografía con dicho fenómeno compilador, hemos decidido unir nuestras fuerzas y conocimientos con el objetivo de aportar alguna luz sobre el tema en cuestión. Sin embargo, la minuciosidad y laboriosidad que exige el estudio de estos manuscritos requiere un tiempo que, desgraciadamente, ninguno de los dos podemos emplear de continuo. Debido a ello y por motivos prácticos, hemos decidido ir adelantando algunos resultados

---

Estoy muy agradecida a Alberto Tamayo y a Elisa Ruiz, expertos en paleografía, por su generosidad al emplear sus valiosos conocimientos y tiempo en este trabajo. Sus indicaciones han sido esenciales y determinantes para llevarlo a cabo. También quiero agradecer a Juan Carlos Padilla y Rocío de la Nogal su disposición para ayudarme y sus consejos iniciales que sirvieron para encauzar el estudio. A todos ellos dedico este artículo.

sin renunciar a publicaciones posteriores. Agradezco al profesor López Nevot su generosidad, no sólo por proporcionarme los manuscritos digitalizados que él ya tenía, lo que me ha facilitado su estudio, sino por su conformidad en adelantar algo de nuestro trabajo en común.

Las recopilaciones jurídicas, típicas de la Edad Moderna, fueron un instrumento jurídico y político importante para la monarquía castellana. Uno de los objetivos que se perseguía con ellas ya desde la baja edad media era acercar o proporcionar a los tribunales el derecho vigente, para ello nada más fácil teóricamente que reunirlos en un solo volumen. Pero las cosas no fueron así, y la elección sobre el qué y el cómo había que recopilar, quién o quiénes debían hacerlo, etc., fue retrasando en el tiempo la tarea recopiladora durante el siglo xv. En 1484 veía la luz la primera recopilación de Castilla, las Ordenanzas Reales de Castilla o compilación de Montalvo, que ha sido objeto de polémica historiográfica desde el siglo xviii por la incongruencia de las circunstancias que la rodearon; no hay constancia sobre su promulgación oficial, pero sí sobre su aceptación oficiosa y sobre su utilización... Pero, sin entrar aquí en este debate <sup>1</sup>, lo cierto es que la recopilación se aplicó en los tribunales castellanos durante ochenta y tres años, hasta que se promulgó la Nueva Recopilación o Recopilación de 1567, no sin sufrir por ello y durante ese tiempo severas

<sup>1</sup> JORDÁN DE ASSO, Ignacio y DE MANUEL, Miguel. *Discurso preliminar del Ordenamiento de Alcalá*. Códigos Españoles, Madrid, 1774; CLEMENCÍN, Diego. *Elogio de la reina Católica doña Isabel*, Madrid, 1820; MARTÍNEZ MARINA, Francisco. *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla*, Madrid, 1845; DOMINGO DE MORATÓ, Domingo Ramón. *Estudios de ampliación de la Historia de los Códigos Españoles de sus instituciones sociales, civiles y políticas*, Valladolid, 1871; MARICHALAR, Amalio y MANRIQUE, Cayetano. *Historia de la Legislación y recitaciones del Derecho Civil en España*, Madrid, 1872; CABALLERO, Fermín. *Noticias de la vida, cargos y escritos del doctor Alonso Díaz de Montalvo*, Madrid, 1873; DANVILA Y COLLADO, Manuel. *El poder civil en España*, Madrid, 1885; DE ANTEQUERA, José María. *Historia de la Legislación Española*, Madrid, 1895; CHAPADO GARCÍA, Enrique. *Historia General del Derecho Español*, Valladolid, 1900; PRIETO BANCES, Ramón. *¿El Ordenamiento de Montalvo obtuvo la sanción real?*, Oviedo, 1910; MINGUIJÓN Y ADRIÁN, Juan Salvador. *Historia del Derecho Español, II*, Barcelona, 1927, p. 82; BENEYTO PÉREZ, Juan. «La Ciencia del Derecho en la España de los Reyes Católicos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 194 (1953); GUILARTE ZAPATERO, José María. «Un proyecto para la recopilación de leyes castellanas en el siglo xvi», *AHDE*, 23 (1953); SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Galo. *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1960, p. 159; LALINDE ABADÍA, Jesús. *Iniciación histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1970, p. 195; GIBERT Y SANCHEZ DE LA VEGA, Rafael. *Historia General del Derecho Español*, Madrid, 1971, p. 61; GARCÍA-GALLO DE DIEGO, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1973, p. 357; PÉREZ MARTÍN, Antonio. *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, 1978; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979, p. 267; GONZÁLEZ DÍEZ, Emiliano. *Compilación de Leyes del Reino. Edición facsímil de las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484*, Valladolid, 1986; IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino. *La creación del Derecho*, Barcelona, 1996, p. 360; VILLAPALOS SALAS, Gustavo. *Justicia y Monarquía*, Madrid, 1997; PESET REIG, Mariano, et al. *Lecciones de Historia del Derecho*, Valencia, 1998, p. 223; PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel. *Historia del Derecho Español*, Madrid, 1999, p. 779; MARÍA E IZQUIERDO, M.<sup>a</sup> José. *Las fuentes del ordenamiento de Montalvo*, Madrid, 2005; GARRIGA, Carlos, «La trama jurídica castellana a comienzos del siglo xvi (Notas y materiales)», en Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, coord., *Las Cortes y las Leyes de Toro de 1505*, Cortes de Castilla y León, 2006, pp. 299-379: 338-342.

críticas. En efecto, en 1523 los procuradores de las cortes castellanas elevaron a la reina Juana la siguiente petición:

«Iten: por causa que las leyes del Fuero e ordenamientos no están bien e juntamente compiladas, y las que están sacadas por hordenamiento de leyes que juntó el Doctor Montalvo están corrutas e non bien sacadas, y de esta causa los jueces dan varias y diversas sentençias e no se saben las leyes del rreyno por las quales se an de juzgar todos los negoçios e pleytos, e somos informados, que por mandado de los Reyes Católicos están las leyes juntadas, e copiladas, e si todas se juntan fielmente como están en los originales, será muy grande fruto e provecho, a vuestra Alteza humildemente suplicamos mande saber la persona, que tiene la dicha copilación fecha, e mande ympri-  
mir el dicho libro, e copilación, para que con autoridad de vuestra Magestat, por el dicho libro corregido, se puedan y devan determinar los negoçios, seyendo primeramente visto y examinado por personas sabias y expertas<sup>2</sup>.»

Se trata de una petición de cortes muy manida entre la historiografía por su contenido informativo. La petición, en efecto, delata el juicio que a los procuradores inspiró la recopilación de Montalvo, ilustra sobre los ideales recopilatorios del momento y descubre la existencia de un proyecto recopilador abierto. A esta petición de 1523 le siguieron otras, cuyo contenido demuestra que esta situación se mantuvo durante las siguientes décadas. Esto es, el reino siguió requiriendo la compilación, siguió aludiendo a proyectos recopiladores en curso y siguió mostrando su descontento por la situación en que se encontraban los tribunales a falta de leyes unívocas. En otras palabras, por el testimonio de los procuradores de cortes sabemos que entre la recopilación de Montalvo y la de 1567 hubo vanos o frustrados proyectos recopilatorios. Pero, al margen de este puñado de peticiones de cortes, hay otro dato que también corrobora esos proyectos «pendientes» de la primera mitad del siglo XVI y es la existencia en la Real Biblioteca de El Escorial de unos códigos manuscritos<sup>3</sup> que, por el contenido, la data y el lugar donde se encuentran (la biblioteca del monasterio fue la biblioteca real), inclina a pensar que bien podrían ser la recopilación en elaboración que mencionan en las cortes de 1523, y así llevan opinando desde hace bastante tiempo algunos autores. Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel fueron los primeros en afirmar que esos códigos eran probablemente el proyecto recopilador del que se habla en Valladolid. Apoyan su afirmación en otra petición de cortes, también vallisoletana pero de 1544, en donde los procuradores mostraron su preocupación por la pérdida de una recopilación elaborada –según ellos– por Lorenzo Galíndez de Carvajal, y por encargo del rey católico:

«Otrosí, decimos que una de las cosas muy importantes a la administración de la justicia, e al breve e buen despacho de los pleitos e negocios, es que

---

<sup>2</sup> *Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla*, en colección de la RAH, Madrid, 1861-1903, 4 tomos (A partir de ahora CLC); CLC IV, 56, p. 382.

<sup>3</sup> Real Biblioteca del Monasterio de El Escorial: Z. II. 6 y 7.

todas las leis destos Reynos se copilen, e pongan en orden e se impriman, lo qual V.M. a suplicación destos sus Reynos lo mando hacer, e dicen que está ya para concluir e acabar. Pero somos certificados que el Doctor Carvajal con gran diligencia e cuidado que dello ovo en muchos años que en ello gastó, dejó recopiladas e puestas por orden todas las Leyes e Privilegios destos Reynos, e fechos libros dellas, e pues fue de vuestro Consejo, e delos Reyes Católicos muchos años, e del Consejo de la Cámara, e tovo gran experiencia en los negocios, e fue persona de muchas letras e ciencia, e de grande havilidad como es notorio, tenemos por cierto que lo que el dicho Doctor dejó ansi ordenado e fecho es como combiene, e que pusó allí mas Leyes e Prematicas que nadie puede juntar, por el cuidado que tovo de lasbuscar todas. E si esto que dejó fecho e ordenado se perdiese no habrá persona de tantas calidades que ansí lo trabajase, es somos certificados que sus hijos tienen estos libros, por tanto pedimos a V.M. mande que los dichos libros se trayan ante los de nuestro Consejo para que los vean e se impriman, porque el Reyno pagará a sus herederos todo lo que fuere justo, e tasaren, e mandaren *los del* vuestro Real Consejo e mereció el dicho Doctor por aquel trabajo segunt vieren que es la obra. A esto respondemos, que se proveerá lo que convenga<sup>4</sup>.»

Los citados doctores no tienen ninguna duda, esta petición respalda la autoría de los manuscritos escurialenses, los cuales a su vez son el proyecto recopilador mencionado en 1523, «la colección tan famosa del doctor Carvajal se puede desde luego conocer por lo que aún existe de ella en El Escorial; donde en la Let. Z. pl. 2. n. 6 y 7 se encuentran dos tomos voluminosos de forma mayor que pertenecen a ella»<sup>5</sup>, como se puede apreciar, la relación entre las peticiones vallisoletanas es para ellos evidente. El contenido de esos dos códices y de otro tercero que citan más adelante, el Z. II. 1, es lo que los convenció de tal afirmación.

Muchos somos los autores que con posterioridad hemos ido trasladando esta opinión sin que se haya demostrado hasta el momento su legitimidad<sup>6</sup>. Analizar y ordenar los textos manuscritos que componen esos códices, estudiar su contenido, encontrar el sentido de su reunión, descubrir si hay indicios de una voluntad compiladora, y por último, comprobar si hay datos suficientes para atribuirselos a Carvajal son los objetivos que López Nevot y yo nos hemos marcado en el proyecto del que se hablaba al inicio de estas líneas. Lógicamente, en este pequeño avance, no se pretende responder a todo lo planteado, sino únicamente adelantar algunas conclusiones resultantes del análisis de uno solo de los tomos o códices escurialenses mencionados, el Z. II. 6.

<sup>4</sup> CLC. V, p. 323.

<sup>5</sup> JORDÁN DE ASSO, Ignacio y DE MANUEL, Miguel. *Discurso preliminar...*, p. XVIII.

<sup>6</sup> Sobre la autoría de Galíndez de Carvajal, consultar: LÓPEZ NEVOT, José Antonio. «Delito de traición e inconfiscabilidad de mayorazgos», en *Las innovaciones en la Historia del derecho*, Madrid, 2000, p. 146; ESCUDERO LÓPEZ, José Antonio, «Sobre la génesis de la Nueva Recopilación», en *AHDE*, 73, (2003), p. 12.

## 1. LOS MANUSCRITOS DE LA REAL BIBLIOTECA DEL MONASTERIO DE EL ESCORIAL

Hay, en efecto, unos códices en la Biblioteca de El Escorial, conocidos como los manuscritos Z. II. 1, 6 y 7, respectivamente, que son colecciones de ordenamientos y leyes de Castilla. Cada tomo o códice está compuesto por diversos y variados textos manuscritos, por lo que, y para evitar confusiones, llamaremos manuscritos a los propios textos manuscritos que integran o conforman cada tomo. En las tapas anteriores de cada tomo o volumen figura grabado en el centro y en relieve el logotipo de la biblioteca fundada en la segunda mitad del siglo XVI por Felipe II<sup>7</sup>. Fue voluntad de este monarca crear una biblioteca ejemplar en el monasterio a la que comenzaron a llegar libros en el año 1565, a partir de ahí la remesas de manuscritos e impresos fue constante e ininterrumpida. Durante los siglos siguientes sufrió la biblioteca diversos incendios y algún expolio, se ha procedido en más de una ocasión a reencuadernar los volúmenes deteriorados y se han hecho diversos catálogos y repertorios de sus fondos, lo que quiere decir que la encuadernación de los códices con los que estamos trabajando es posible que no sea la primera a la que han sido sometidos. Esto significa que la data de la encuadernación puede ser, y probablemente lo sea, distinta de la fecha en que se escribieron los documentos que componen cada códice y también de su reunión. Distinguir estas tres fases o momentos en la formación de los códices (elaboración, reunión y encuadernación), es fundamental si se quiere dar coherencia al estudio de los mismos.

Todavía es pronto para afirmar si los códices Z. II. 6 y 7 son proyectos recopiladores, pero sí que podemos adelantar que son reuniones de leyes castellanas dictadas por la monarquía desde el reinado de Alfonso X hasta Carlos I. Ahora bien, una cosa es reunir o agrupar las normas jurídicas con el fin de ordenarlas, conservarlas, tenerlas como garantes del derecho vigente, etc., y otra muy distinta es hacerlo con la aspiración de convertir esa agrupación jurídica en una recopilación oficial. Es decir, no estamos hablando de simples colecciones jurídicas porque de ese tipo hay muchas más en la biblioteca del monasterio, de hecho consultando el catálogo de J. Zarco, así como el recientemente informatizado, encontramos varios de igual contenido<sup>8</sup>. No hay que perder de vista que al Escorial trasladaron libros y documentos de las bibliotecas de los reyes medievales, así como de otras procedencias, por lo que es normal que arribaran a ella ordenamientos y colecciones jurídicas anteriores. Nuestro objetivo es encontrar, si atendemos a la historiografía pasada, los citados proyectos recopiladores en esos códices escurialenses y, ahora, en concreto en el Z. II. 6.

<sup>7</sup> Gregorio DE ANDRÉS, *La Real Biblioteca de El Escorial*, Madrid, 1970, pp. 10 y ss.

<sup>8</sup> Z.I.6; Z.I.7; Z.I.8; Z.I.9; Z.I.10; Z.II.1; Z.II.4; Z.II.5; Z.II.6; Z.II.7; Z.II.14 y Z.III.1. Los subrayados son los tres manuscritos que citan de Asso y de Manuel.

## 2. EL CÓDICE Z.II.6

### A) DESCRIPCIÓN FORMAL

A modo de introducción consignamos la descripción contenida en el catálogo de Zarco: «Signatura anterior: v. E. y v. A. 17. 266 hojas de papel a lápiz con numeración arábiga. Entre los folios 74-75 hay una sin numerar. Letras varias de los siglos xv y xvi a plana entera. Varios folios tienen letra del licenciado Pedro Ponce de León, luego obispo de Plasencia. Filigrana mano con estrella. Caja total 316 x 212 mm. Encuadernación de esta biblioteca. Cortes dorados. Corte «6 Ordenanças Reales 17». Intentaremos consignar aquí una descripción más detallada en donde comenzaremos por describir las características formales tales como la data, letras, manos, numeración de folios, etc., para pasar después al contenido.

En relación con la numeración y foliación, contiene el código 266 hojas. Las hojas o folios, que no las páginas, están numerados de dos formas: una en arábigo y normalmente a lápiz que afecta a todos los folios del tomo, salvo a los seis primeros, y otra en romano y a tinta que únicamente recae en algunos e intermitentemente. Ahora bien, la persona responsable de la numeración arábiga tomó como punto de partida la numeración romana porque los seis primeros folios sólo tienen esa numeración, la romana, pero en el folio al que debería corresponderle el VII de esa numeración comienza la arábigo respetando el puesto numérico, esto es con el número 7. A partir de ahí sólo se mantiene sin interrupción la arábigo hecha a lápiz, mientras que la romana aparece y desaparece, recordemos que sólo están numeradas con esta numeración algunas páginas y de forma desincronizada con la arábigo. Los folios 39, 75, 77, 83 y 95 están remarcados a tinta, es posible que la numeración a lápiz se hubiera borrado un poco y la remarcaran, pero en ese caso llama la atención que únicamente afectara a esos folios y no a los colindantes. Entre los folios 74-75 hay uno sin numeración de ningún tipo, los folios 85-86r; 116v-117; 124v-125[XL]<sup>9</sup>; 151v; 159v; 161v; 169v; 174v-175; 183v; 193v; 235v; 238v-239[CXLV]; 240v y 249-255 están en blanco.

Hay grupos de folios que tienen taladrados unos agujeros del tamaño de una moneda mediana, son las llamadas páginas horadadas cuya ejecución no es ni fortuita ni accidental, se trata del sistema de la época utilizado en las escribanías para la conservación y ordenación de los documentos; según se iban elaborando se ensartaban en una especie de cuerda o barra para evitar su pérdida o confusión y facilitar su manejo. El hueco, obviamente, debía taladrarse antes de proceder a la escritura del documento para que no quedara amputado su contenido. El porcentaje de folios taladrados es pequeño y se pueden diferenciar por el contenido.

<sup>9</sup> Si no consignamos, junto al número, si es recto o vuelto es porque afecta a las dos caras. Algunos folios en blanco gozan de ambas numeraciones, la arábigo y la romana, por eso se consigna.



En relación a la tinta, hay variación en cuanto al grado de nitidez e intensidad del color, pero el color es siempre el sepia, aunque por los huecos vacíos destinados a las capitales en algunos documentos, que normalmente iban en rojo, podría ser que, de haberse añadido éstas, hubiera albergado el manuscrito otro color más. Ahora bien, el grado de conservación de las tintas empleadas en los diferentes documentos es también distinto; hay grupos de páginas muy bien conservadas en donde se lee perfectamente el texto y los hay con folios muy deteriorados imposibles de leer.

Describir el tipo de letras contenido en el códice no es tarea fácil, debido a la variedad de las mismas y a la heterogeneidad de los documentos que lo componen. Para empezar hay que mencionar que no todos los documentos son manuscritos puesto que hay al final unas páginas impresas pero, dejando a un lado y momentáneamente estos folios «de molde», conviene advertir que la variedad de letras manuscritas es grande<sup>10</sup>. Ya lo dice Zarco en su catálogo «letras varias de los siglos xv y xvi». En cuanto a la lengua, los textos están escritos en su mayoría en castellano, aunque hay algunas páginas, así como anotaciones o pequeñas frases, en lengua latina. En definitiva, es una especie de cajón de sastre en donde hay de todo.

Evidentemente, y según los apartados anteriores, en el códice actuaron varias manos, como también es obvio que aquí no interesa el número, sino la calidad de las mismas. En este caso se distingue claramente la presencia de una mano o varias que dirigen u organizan frente a las demás. Como punto de apoyo de esta afirmación basta acudir a las innumerables notas marginales que acompañan a los textos y que se verán más adelante.

## B) CONTENIDO

Muy cansino promete ser para el lector un apartado como éste, sobre todo si pretendemos describir pormenorizadamente el contenido de cada uno de los documentos que contiene el códice. Sin embargo, puesto que resulta obligado hacerlo, intentaremos que sea lo más livianamente posible acompañándolo de unas sencillas y expresivas tablas<sup>11</sup>. Lo cierto es que el propio códice en el reverso de su primera página nos informa de su contenido:

«Ordenanzas y leyes de Reyes de Castilla Don Alonso el 10 llamado el sabio, don Sancho el 4.º, don Fernando el 3.º, don Enrique 2.º, don Juan el 1.º, don Pedro, don Alonso onceno, don Enrique 4.º y de la reyna doña Juana<sup>12</sup>.»

Varias cosas llaman la atención en esta nota informativa o referencial: lo primero es su desorden cronológico<sup>13</sup>, lo segundo, la ausencia de muchos

<sup>10</sup> Véase laminario adjunto, de las 1-16 ejemplos de letras.

<sup>11</sup> Vid apéndice al final.

<sup>12</sup> Lámina 1 del laminario. Aunque en el caso del rey Fernando se refieren al tercero, se trata de Fernando IV.

<sup>13</sup> En tal caso el orden debiera ser: Alfonso X, Sancho IV, Fernando IV, Alfonso XI, Pedro I, Enrique II, Juan I, Enrique IV y Juana.

monarcas o, mejor dicho, el salto que hay de Juan I a Enrique IV, ¿qué ocurre con Enrique III, Juan II y los Reyes Católicos? Pero lo más significativo de esta nota referencial es que, siendo cierto lo que dice en cuanto al contenido del tomo, resulta engañosa, puesto que induce a pensar que en él encontraremos ordenanzas de los monarcas citados cuando no es así. En efecto, lo que realmente contiene son ordenamientos de cortes de Alfonso X, Sancho IV, Fernando IV y Alfonso XI y leyes sueltas de éstos y de los demás monarcas mencionados en la nota. También recoge unas cuantas leyes antiguas de los fueros castellanos, entre ellas del Fuero Juzgo, de Fernando I, así como las Leyes de Toro de la reina Juana. Para simplificar de momento el carácter del contenido digamos que el código es una colección de normas castellanos medievales agrupadas de dos maneras: en ordenamientos, más o menos completos, y en leyes sueltas. Matizando un poco más se podría decir que hay ordenamientos de dichos monarcas, ordenados cronológicamente, y leyes sueltas de ellos mismos y de otros reyes, pero, en este caso, colocadas de forma desordenada y en grupos o bloques<sup>14</sup>. Comencemos por analizar los ordenamientos.

#### a) *Los ordenamientos*

El primer ordenamiento recopilado es el Ordenamiento de Zamora de 1274, para abreviar los pleitos, del Rey Sabio. La importancia de este ordenamiento, que organiza la administración de justicia de la época, debe ser la razón de comenzar por el mismo<sup>15</sup>, el último ordenamiento recopilado en el código es uno sevillano (1353) de Alfonso XI. Esto quiere decir que el tomo reúne algunos ordenamientos de cortes promulgados por los citados monarcas (Alfonso X, Sancho IV, Fernando IV y Alfonso XI) durante setenta y nueve años. Los ordenamientos compilados de estos reyes no son la totalidad de los que promulgaron, para comprobarlo basta con acudir al índice de la colección publicada por la Real Academia de la Historia y cotejarlo con la lista de ordenamientos contenidos en el código<sup>16</sup>.

Analicemos ahora cómo recopilaron las leyes de cada uno de los ordenamientos recogidos. Aquí las incógnitas son varias: ¿copiaron todas las leyes de cada ordenamiento escogido? Tanto si lo hicieron como si no, ¿las mantuvieron en el orden de los originales o están cambiadas de lugar?, e independientemente del orden, ¿respetaron la letra de las mismas? Contestar a todas estas preguntas de una forma pormenorizada sería, además de cansino, excesivo para nuestro cometido. No pretendemos juzgar aquí la eficiencia del presunto recopilador como tal, nos conformamos con comprobar su existencia y, en caso

<sup>14</sup> En la tabla 1 del apéndice queda constatado el elenco del contenido.

<sup>15</sup> Quizá la crisis abierta contra la política legislativa de Alfonso X en 1272 fuera la causa, es algo que excede de este trabajo, pero es interesante en este sentido consultar a: MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo. *Leyes de Alfonso X, El Fuero Real*, Avila, 1988.

<sup>16</sup> En la tabla 2 del apéndice quedan reflejados los ordenamientos publicados por la RAH y los ordenamientos reunidos en el Z.II.6.

afirmativo, determinar cuál fue el modelo recopilador que lo guió. Se cotejarán, por ende, con los publicados por la RAH en su colección y algunas fuentes más, pero sin ánimo de exhaustividad.

Comenzando por el primer ordenamiento contenido en el código, el de Zamora (1274) celebrado por Alfonso X, descubrimos que la copia del mismo fue el modelo que utilizó la RAH para su publicación<sup>17</sup>, con lo que resta decir que son idénticos. Del mismo monarca recogieron también en el código el ordenamiento de las Tahurerías (1276) y la Leyes Nuevas (1279), pero sus leyes no han sido cotejadas aquí con otras copias por lo que nos vamos al siguiente rey, Sancho IV.

De él sólo recopilaron un ordenamiento, el de Valladolid de 1293, y, aunque hay leyes que coinciden en contenido con algunas peticiones aprobadas en dichas cortes, la letra de las mismas no es la vallisoletana, sino la de la concesión que se hizo de este ordenamiento a los concejos de Madrid y Segovia<sup>18</sup>, aunque en el código sólo mencionan a Valladolid. Por otra parte, de las veinticuatro peticiones aprobadas en Valladolid, el manuscrito únicamente recoge ocho.

Pasemos a los ordenamientos de Fernando IV, que comienzan con el ordenamiento de Valladolid de 1307, y ocurre lo mismo que con el ordenamiento de Sancho IV, no fue la copia vallisoletana la única que manejaron para incluirlo en el manuscrito, también utilizaron el cuaderno que se mandó dar al arzobispo de Toledo<sup>19</sup>. Es así porque la segunda petición de este ordenamiento recogida en el manuscrito no se encuentra en la copia vallisoletana y sí en la toledana. En general, de la veintena de leyes recopiladas de este ordenamiento que consta de treinta y seis peticiones, parece que siguieron la letra de Toledo.

De los ordenamientos recopilados de Alfonso XI, el primero de ellos, Ordenamiento de Burgos de 1315<sup>20</sup>, coincide totalmente con lo publicado por la RAH. El siguiente es el de Madrid de 1329 y está unido al de Medina del Campo de 1328, Alfonso XI en 1329 confirmó el de Medina y de ahí su unión, también coincide totalmente con lo publicado por la academia. El ordenamiento de Burgos de 1338 del código sirvió de modelo para la colección de la RAH, por lo que lógicamente son coincidentes<sup>21</sup>. Todos los ordenamientos otorgados

<sup>17</sup> Nota al pie de la colección CLC, tomo I, p. 87: «El ordenamiento original de estas Cortes no se ha encontrado, a pesar de las diligencias que al efecto se han practicado. El cuaderno que se da a la luz está tomado de aquél, aunque no literalmente, como lo indica la falta de las fórmulas canclerescas, al estar algunas disposiciones extractadas, y las adiciones que lleva al fin. Lo comprueba además el que se habla del rey en tercera persona, *como el rey non gelo demandó, dioles el rey*, etc. A pesar de esto se ha creído conveniente su inserción, porque de las leyes hechas en Zamora, *en razón de las cosas porque se embargaban los pleitos*, no tenemos otro documento. Esta copia está tomada de un MS. del siglo XVI, que, con el título de Ordenanzas Reales, existe en la Biblioteca de San Lorenzo del Escorial, Z, II, 6».

<sup>18</sup> Según CLC, que publica las peticiones con arreglo a la letra de Valladolid, el ordenamiento fue otorgado también a Cáceres y Extremadura, y de este último se copiaron las cartas enviadas a Madrid y Segovia. El manuscrito tiene las variantes de estas cartas.

<sup>19</sup> Según la edición de la RAH el original toledano se encuentra en la iglesia de Toledo, imagino que se refiere a la catedral; CLC, tomo I, p. 186.

<sup>20</sup> En el Z. II. 6, está fechado en la era 1354, lo que sería el año 1316.

<sup>21</sup> «La copia de este manuscrito se ha tomado del código de la Bib. del Escorial...». Cfr. CLC II, p. 443 (nota al pie).

por el rey a Sevilla no han sido cotejados. También contiene, en muy mal estado, el ordenamiento de Segovia de 1347 que no se puede leer por estar la tinta borrosa pero, dado que dicho ordenamiento está contenido prácticamente entero en el Ordenamiento de Alcalá<sup>22</sup>, pasamos a analizar éste, comparándolo con el publicado por la RAH, copiado a su vez de otro manuscrito de la Biblioteca de El Escorial con data de la época de Alfonso XI<sup>23</sup>. Ciertamente hay algunas diferencias entra ambas copias:

- En el folio 197r del código hay una disposición del ordenamiento alcalaíno cuyo puesto –según la colección de la RAH– es el capítulo XXXII, lo que quiere decir que en el código está desubicada con arreglo al orden original<sup>24</sup>.
- *A contrario sensu*, la ley LVI del OA no está incluida en la copia del código Z.II.6<sup>25</sup>.
- Las leyes LXVI-LXX del OA figuran unidas en una sola disposición en el código<sup>26</sup>.
- Parece que las demás leyes del Ordenamiento de Alcalá son iguales en ambas copias, la del código y la de la colección de la academia. Ya sabemos que la leyes que se promulgaron en las cortes de Nájera fueron añadidas a las de Alcalá para que pasaran a formar parte del ordenamiento, en el código figuran así pero en folios distintos. Es decir, no enlazan en el mismo folio la última disposición de Alcalá con el prólogo justificador de la unión de ambos ordenamientos que figura al inicio de las de Nájera, sino que dejan el hueco restante del folio en blanco y continúan en el siguiente con las leyes de Nájera.

Concluyendo, aparentemente parece que no copiaron todas las leyes de cada ordenamiento, mantuvieron relativamente el orden en aquellas que fueron compiladas y respetaron la letra de las mismas. Pocas conclusiones, de momento, pero algunos matices no desvelados todavía son más concluyentes.

#### b) *Leyes sueltas*

En cuanto a las leyes sueltas, hay que decir que, aunque se encuentran entrecruzadas con los ordenamientos, lo hacen en bloques. Es decir, entre tal y cual ordenamiento aparecen de repente un grupo de folios cuyo contenido son

<sup>22</sup> A partir de ahora OA.

<sup>23</sup> «El célebre Ordenamiento de leyes –refiriéndose al de Alcalá– que se da á luz, está tomado de un código en folio de la Bib. del Escorial, señalado ij.Y.7..., de letra de la época del rey D. Alfonso X»; CLC I, p. 492.

<sup>24</sup> Lámina 17 del laminario. Esta ley fue copiada literalmente por Montalvo pero sólo parcialmente al omitir toda una parte sobre el cumplimiento de los plazos: vid. tabla 3, texto primero, del apéndice.

<sup>25</sup> Tabla 3, segundo texto, del apéndice. Por el contenido de la ley, sobre el pago de las deudas de los cristianos a los judíos, se deduce que su exclusión se debió a la obsolescencia del precepto. De hecho, fue retirada por Pedro I cuando realizó la sistematización del ordenamiento alcalaíno, tampoco Montalvo la incluyó en su compilación.

<sup>26</sup> CLC I, Capítulos LXVI-LXX, pp. 543-546; también unidas en la sistematización del rey Pedro (OA.29, 1) y en el ordenamiento de Montalvo (ORC 4.9.9).

leyes sueltas. En este sentido, parece que lo más propicio es ir describiendo esos grupos de normas según su orden de aparición.

*Primer grupo.* Pues bien, el primer grupo de leyes sueltas, situado después de los ordenamientos de Fernando IV, consiste en un traslado de leyes medievales realizado por Pedro Ponce de León a solicitud de Carlos I<sup>27</sup>.

Este traslado de leyes es muy jugoso y de él se hablará más adelante, aquí sólo mencionaremos su contenido. Tiene una extensión de diez folios, en los que se distinguen cinco letras diferentes, probablemente cada una de distinta mano, cuyo contenido son leyes sueltas de los siguientes reyes castellanos: Alfonso XI, Enrique II, Juan I y de Pedro I. De las leyes atribuidas al rey Juan, una es un razonamiento que hizo el monarca, en las Cortes de Segovia (1386), en defensa de sus derechos al trono y en contra de las pretensiones del duque de Alescaster y de su mujer Dña Constanza, hija del rey D. Pedro<sup>28</sup>. También incluye la contestación de una consulta que Felipe II realizó a una comisión de altas dignidades eclesiásticas.

*Segundo grupo.* Insertado entre los ordenamientos de Alfonso XI, está compuesto por leyes de varios monarcas<sup>29</sup>. Debe de ser también un traslado, aunque no hay ninguna pista que lo desvele ni nos hable de su autor, porque las leyes están escritas con la misma letra, humanística cursiva cancilleresca de primera mitad del siglo XVI, lo que indica que fue realizada por la misma persona.

La primera ley que compone este traslado es una petición del ordenamiento de Madrid de 1329, de Alfonso XI. En la colección de la RAH esta ley está mutilada porque sólo figura la petición pero, conscientes de ello, en una nota al pie copian la contestación de otros ejemplares<sup>30</sup>. Esto quiere decir que esta ley sobre *galeas* estaba causando problemas en los tribunales al carecer de la parte dispositiva en algunos ejemplares manejados por los jueces. En el mismo folio hay dos leyes de Pedro I sobre el mismo tema<sup>31</sup>. Después hay una ley muy larga acompañada de la siguiente nota: «Ordenamiento segundo del rey don Enrique IV en Burgos. Año de LVII, sobre las sacas y cosas vedadas. Y Ordenanzas viejas y nuevas para el consejo, año LIX, en Madrid»<sup>32</sup>. La nota está repetida porque se encuentra al principio y al final de la disposición, pero a

<sup>27</sup> Véase contenido en la tabla 4 del apéndice, primer grupo.

<sup>28</sup> Está publicada en la colección de la RAH (CLC II, p. 350), aunque es más larga que la contenida en el códice escurialense, pero una nota a pie de página de la copia de la academia nos explica el porqué «Hasta aquí alcanzan el códice que sirve de texto y otras copias antiguas. Tomamos la que sigue de una copia sacada de un códice de la Biblioteca de D. Luis de Salazar y Castro, que no existe hoy. Marina publicó también esta parte en el apéndice a la Teoría de las Cortes, aunque sin decir de donde la tomó».

<sup>29</sup> Véase contenido en la tabla 4 del apéndice, segundo grupo.

<sup>30</sup> CLC I, 51, p. 421. Hay una nota al pie que dice: Ni en el cuaderno que sirve de texto ni en el de Madrid hay respuesta a esta petición. En la copia de este ordenamiento que se halla en el Cod. De la Bib. Nac., S 38, y en otro de la Bib. del Escorial, señalado Z.II.4, se halla en esta manera: «A esto repondo que lo veré con acuerdo de los de mi consejo e lo ordenaré e mandaré se guarde como cumple a mi servicio».

<sup>31</sup> Se trata de las disposiciones 40 y 48, cuaderno segundo del Ordenamiento de Valladolid de 1351: Vid. CLC II, 40 y 48, pp.70 y 73 respectivamente.

<sup>32</sup> Lámina 36 del laminario.

pesar de nuestros esfuerzos no ha sido encontrada en las fuentes utilizadas. Termina este grupo temático, sobre galeas, con una disposición también de Enrique IV, dada en Salamanca en 1465<sup>33</sup>. En cualquier caso, parece que es el tema el que las une en este segundo grupo de leyes sueltas.

*Tercer grupo.* Este grupo está integrado por un puñado de leyes forales, es posible que sean del Fuero Juzgo como dice el sumario que las precede, pero no hay ninguna nota que lo confirme. Pertenecen a los títulos XXIX y XL del fuero en cuestión y en total vienen a sumar unos cuarenta preceptos. La letra es una híbrida cortesana del siglo XVI. A estas leyes le siguen dos páginas escritas en latín que por el *modus legendi abbreviaturas* se detecta que fueron escritas por un experto jurista<sup>34</sup>.

Después hay un elenco o lista sumarial de fueros y ordenamientos que comienza con el Fuero Juzgo y termina con los ordenamientos de los Reyes Católicos. Pero este índice, que es lo que parece, no es ni exhaustivo ni detallado, todo lo contrario es bastante deficiente como tal por su insuficiencia y ambigüedad. A él le sigue un texto de Enrique II en Toro que ocupa un folio<sup>35</sup>.

A continuación están las únicas páginas impresas contenidas en el código, las leyes de Toro de 1505, de la reina Juana. Por la data del final, parece que se trate de la segunda edición de estas leyes, y llevan incorporado al final un texto manuscrito de Bartolomé Ruíz de Castañeda: «*En Toro a cuatro días del mes de abril de mi quinientos e cinco años, por mandado del señor rey don Fernando, administrador y gobernador de estos reinos y por la reina doña Juana, nuestra señora, fueron publicadas estas leyes con trompetas e atabales y Reyes de armas, estando presentes los alcaldes de la corte, de sus altezas y mucha gente que allí se llegó. Yo Bartolomé Ruíz de Castañeda escribano de la cámara de sus altezas fui presente. Castañeda*»<sup>36</sup>. El cometido de la nota es otorgar legitimidad, a modo de promulgación, en la publicación de las leyes. Ante la joven imprenta era la forma que utilizaban con las primeras leyes impresas en sustitución de la fórmula anterior en la que se promulgaban normas manuscritas por el escribano de la cámara del rey. Termina el código con un folio suelto cuyo contenido son nueve o diez preceptos forales, probablemente del fuero anterior.

### 3. INDICIOS DE PROYECTO RECOPIADOR

Recordemos que el primer objetivo de este trabajo era averiguar si el conjunto de normas que integra el Z.II.6 es algo más que una simple colección jurídica, es decir, ¿es un intento, por parte de la monarquía, de compilar el derecho castellano?, y, en consecuencia ¿es uno de los frustrados proyectos

<sup>33</sup> En CLC III, 20, p 758.

<sup>34</sup> Lámina 8 del laminario.

<sup>35</sup> Véase contenido en la tabla 4 del apéndice, tercer grupo.

<sup>36</sup> Lámina 14 del laminario.

recopiladores llevados a cabo durante la edad moderna? Analicemos aquellas características del códice que hablan, a favor o en contra, de la presencia de una voluntad recopiladora.

## A) LAS ANOTACIONES

El dato más concluyente a nuestro parecer, en este sentido, es la presencia de innumerables anotaciones, marginales y/o entre líneas, relativas a los textos de las leyes contenidas en el códice, aunque no es su presencia sino su contenido lo determinante. Ciertamente, el tomo está repleto de anotaciones, tachaduras o correcciones al margen de los textos, entre líneas o en folios distintos a éstos, lógicamente el tamaño de las anotaciones varía según el objetivo de las mismas, es decir, la variedad es grande porque las hay de muchos tipos, tamaños y contenidos, pero es el sentido de estas notas el que desvela la presencia de una voluntad compiladora cuya misión no es sólo reunir las leyes sino también ordenarlas.

La mano de este tipo de notas parece que es siempre la misma y pertenece a alguien que está dirigiendo el trabajo que allí se está haciendo, sus decisiones no sólo afectan a los ordenamientos que deben reunirse «falta el ordenamiento...» –refiriéndose a uno concreto–, sino también al orden en que debe hacerse «aquí debe entrar el libro de...»<sup>37</sup>. Sus indicaciones también afectan a los preceptos que se deben incluir en cada ordenamiento, hay muchas manitas, asteriscos o cualquier otro tipo de «llamada» cuya misión es insertar un precepto, escrito por su propia mano al margen del texto principal<sup>38</sup>. También las hay que simplemente añaden o corrigen alguna palabra del texto en cuestión<sup>39</sup>. En otras palabras, sus mandatos son concluyentes en cuanto a qué se debe compilar o juntar. Pero también se ocupa de cómo debe hacerse porque pretende ordenar las leyes de algunos ordenamientos con arreglo al Fuero Real y lo hace de una forma muy clara. No todos los ordenamientos reunidos en el códice gozan de este tipo de indicaciones, afectan únicamente a las Leyes Nuevas de Alfonso X, de Sancho IV y de Fernando IV. La intención de seguir el orden del fuero es clarísima porque, además de indicarlo al inicio de los ordenamientos, señala en los márgenes el libro y título en que debe incluirse el precepto concreto<sup>40</sup>. En otras palabras, es obvio que se pretende sistematizar esos ordenamientos con arreglo al establecido en el fuero.

## B) LOS ORDENAMIENTOS REPETIDOS

Muchos de los ordenamientos que reúne el Z.II.6 están doblemente contenidos en el mismo. Dicha duplicidad tiene dos características importantes:

---

<sup>37</sup> Lámina 18 del laminario.

<sup>38</sup> Lámina 19 del laminario.

<sup>39</sup> Lámina 20 del laminario.

<sup>40</sup> Láminas 21 y 22 del laminario.

que las copias están escritas en letras distintas y que una de ellas es más cuidada que la otra. Efectivamente, de los ordenamientos duplicados encontramos una copia escrita en gótica redonda libraria de finales del siglo xv o principios del xvi a la que normalmente acompañan las anotaciones, tachaduras, añadidos, etc., y otra copia más cuidada, en letra gótica cortesana del mismo periodo, en donde las indicaciones de las notas marginales han sido seguidas o integradas<sup>41</sup>. El orden de presentación de ambas copias suele ser el mismo que hemos descrito, es decir, primero encontramos el que tiene anotaciones o tachaduras y después el que no las tiene. Por otra parte, el hueco reservado para las capitales en las copias limpias, e inexistente en las sucias, indica también el destino de unas y otras. Es cierto que no todos los ordenamientos están repetidos pero son suficientes para considerar que una copia sirve de modelo o ejemplar sucio, de prueba, y el otro es el definitivo o limpio<sup>42</sup>. La intencionalidad escondida detrás de esta duplicidad bien puede ser la de corregir un ensayo compilador.

### C) LOS ÍNDICES SUMARIALES

Otra característica del Z.II.6 que apoya esta posibilidad es la presencia en el mismo de unos breves índices que recogen la actividad legislativa de cada monarca. Lo hacen de forma sumarial porque simplemente aluden a cada ordenamiento por el nombre de la ciudad donde se promulgó, indicando también la era, por ejemplo: «Ordenamiento primero que el rey don Alonso onze no hizo en Burgos en la era de mil y trescientos y cinquenta y quatro años, a quinze días de setiembre». El *modus operandi* es siempre el mismo y, como se puede observar, se trata de una referencia breve y numérica. Es decir, a cada ordenamiento se le otorga un lugar numérico en la actividad legislativa del monarca correspondiente<sup>43</sup>. Así las cosas, cada rey tiene su propio sumario, nos estamos refiriendo a Alfonso X, Sancho IV, Fernando IV y Alfonso XI que, como ya se ha indicado, son de los que realmente se ocupa este código. Suelen encontrarse al principio del grupo de ordenamientos compilados de cada soberano, aunque no siempre; el del Rey Sabio está después del primer ordenamiento suyo recopilado. Por otra parte, también hay sumarios repetidos, en concreto los de los dos alfonso, en este sentido, como en las repeticiones de los ordenamientos, las indicaciones marginales o entre líneas del modelo sucio se integran o se siguen en el limpio. Ambos modelos o copias aparecen unidas pero de una forma curiosa. Veamos, por ejemplo el de Alfonso XI, primero aparece la primera página de la copia limpia o definitiva, a ella le siguen todas las páginas del modelo sucio o de prueba y, como colofón, cierran el grupo de folios con la última hoja del modelo limpio. Es posible que este orden fuera adrede para dejar constancia de la existencia de los dos mode-

<sup>41</sup> Láminas 23 y 24 del laminario.

<sup>42</sup> Tabla 5 del apéndice.

<sup>43</sup> Láminas 25 y 26 del laminario.



los y la colocación fuera la forma usual de hacerlo. Decimos esto porque el sumario sobre la actividad legislativa de Alfonso X, por poner otro ejemplo, está colocado de igual forma. Es decir, ambos sumarios, el referente a la legislación del rey sabio y el de su descendiente, están repetidos y los folios de las respectivas copias fueron juntados de la misma manera desordenada, es como si formaran un bocadillo en el que el pan es la copia limpia o definitiva, y el relleno la sucia o ensayo<sup>44</sup>.

Por otra parte, todos los sumarios están escritos con la misma letra, gótica redonda libraria, y se supone que por la misma mano. Coinciden, por tanto, en letra con las copias sucias de los ordenamientos, pero no parece que fueran elaborados por la misma mano que aquellos. Al mismo tiempo, solamente están numerados en arábigo, lo que les diferencia de aquéllos, que gozan de ambas numeraciones. Por último, hay una peculiaridad del códice que sólo afecta a los sumarios, y es que son los únicos documentos con las páginas horadadas.

A nuestro entender, también los índices sumariales son muestras de la intención recopiladora, no sólo por su inclusión, que podría responder únicamente a servir como guía para reunir ordenamientos castellanos, sino también por su repetición que conlleva corrección, y por la numeración de los ordenamientos incluidos en los mismos, que pretende seguir un orden.

Antes de seguir adelante, parémonos en el sumario del Rey Sabio que merece un trato especial por determinados detalles de caracterización, debido a la incorporación en el mismo de una anotación aclaratoria sobre la autoría del Fuero Real y Partidas. Se trata de un texto que ocupa tres páginas y media, cuyo cometido es esclarecer cuándo y por quién fueron escritos esos dos textos jurídicos atribuidos al Rey Sabio porque, al parecer, la crónica del monarca estaba equivocada en las fechas de ejecución y de promulgación, lo que había causado cierta confusión<sup>45</sup>. Que una de las copias es el modelo sucio y la otra es la limpia o definitiva no ofrece dudas en este caso porque la que sirve de prueba tiene una larga anotación marginal que queda integrada en el texto de la definitiva, además de varias tachaduras<sup>46</sup>. El colofón de la nota aclaratoria es otra prueba de la existencia de copias sucias y limpias porque son distintas: el de la copia sucia o borrador alude a «*diversas declaraciones a las leyes del fuero hechas por este rey don Alonso décimo en diversos tiempos, de las sin data y de las con ella*», con ello termina el sumario. El colofón de la copia limpia o definitiva incluye esta nota final, pero digamos que la completa al añadir un párrafo cuya misión es, por un lado, aclarar que las leyes que no son generales no se han incluido «*fiso y copiló otra leyes y quadernos que por no ser generales no se hace aquí memoria de*

<sup>44</sup> Láminas 27 y 28 del laminario.

<sup>45</sup> Los errores cronológicos de dicha crónica, denunciados por el autor del texto del manuscrito que estamos comentando, han dado pie, entre otros, a una larga polémica historiográfica en el pasado siglo sobre estos temas: MARTÍNEZ DíEZ, Gonzalo, *Leyes de Alfonso X, El Fuero Real*, Ávila, 1988; GARCÍA-GALLO, Alfonso, «La obra legislativa de Alfonso X. Hechos e hipótesis», en *AHDE*, 54 (1984), p. 107.

<sup>46</sup> Lámina 27. Lámina 29, primer fragmento.

ellos» – y, por otro, ensalzar la obra intelectual del monarca- «*compuso la crónica de España hasta su tiempo, y la general del mundo y la crónica de ultramar y las tablas que dicen alfonsís y el genesi alfonsís, y el libro de virtutibus herbarum y... convertió del latín en nuestra lengua castellana mucha parte de la sagrada escritura y por estas y otras cosas se llama sabio*»<sup>47</sup>. Parece que son los ordenamientos y leyes de carácter general lo que se intenta reunir en este proyecto.

#### D) EL ELENCO DE LOS FUEROS Y ORDENAMIENTOS CASTELLANOS

En las páginas finales del código hay un folio en donde la mano directora elabora una lista de fueros y ordenamientos castellanos<sup>48</sup>, y hablamos de una mano directora porque la letra es la misma de las variadas anotaciones de las que se ha hablado. Se trata de una lista altamente expresiva en varios sentidos. Para empezar, parece que la antigüedad de los fueros no es óbice para su exclusión, tampoco la disparidad de su contenido con respecto a los ordenamientos; se trata de fuentes jurídicas muy distintas y distantes. Nos preguntamos si reunir estas fuentes castellanas en el mismo libro que los ordenamientos era simplemente una declaración de intenciones del compilador o, por el contrario, pretendía verdaderamente hacerlo. Ni lo sabemos, ni lo sabremos, pero lo que sí hemos podido constatar es que el código no contiene los fueros que menciona, ni siquiera incluye las leyes del Fuero Real, recordemos que únicamente lo menciona y aclara las dudas sobre su autoría. Lo cierto es que más que mencionarlos argumenta su inclusión, «*que hizo..., y después enmendó*», típica y lógica justificación de inclusión empleada en la práctica recopiladora de la época. No obstante, sí que reúne un puñado de leyes del Fuero Juzgo, pero que no son la totalidad del mismo.

#### E) EL TRASLADO DE LEYES DE PEDRO PONCE DE LEÓN

En el folio 75 comienza un grupo de normas precedido por una nota manuscrita de Pedro Ponce de León, «*traslado de leyes de castilla fielmente sacadas de los ordenamientos de reyes que las hicieron, los quales yo el licenciado Pedro Ponce de león vi piis oculis*»<sup>49</sup>. Por las palabras del obispo se deduce que el traslado lo está haciendo en respuesta a una demanda y, aunque no menciona el nombre del demandante, se pueden colegir algunas cosas interesantes. Primeramente nos informa del contenido, un contenido jurídico, en concreto leyes de los ordenamientos de Castilla. En relación con ellas, y muy importante para nosotros, nos habla de la veracidad de las mismas. La transcripción de la frase latina sería algo así como *visto con mis propios ojos*, lo que refuerza el comentario anterior de *fielmente sacadas*. Esto significa que la fidelidad a la letra de

<sup>47</sup> Lámina 28 del laminario.

<sup>48</sup> Tabla 6 del apéndice y lámina 11 del laminario.

<sup>49</sup> Lámina 29, primer fragmento.

la ley original era fundamental en lo que estaba haciendo. Pero no nos adelantemos y sigamos con la descripción del traslado.

Está compuesto por diez folios aproximadamente que forman un grupo de textos con personalidad propia dentro del código porque tiene una serie de peculiaridades que lo distinguen del resto de los documentos. La primera peculiaridad es que forma una especie de paréntesis en cuanto al contenido del código al aparecer, de repente, entre un ordenamiento de Fernando IV y otro de Alfonso XI. Es cierto que lo que está trasladando son algunas normas de Alfonso el postrero, así es como denominan al undécimo, pero también las hay de Juan I, Enrique II y hasta de Carlos I, *a priori* no parece el sitio adecuado para integrar estas leyes. Por otra parte, sus folios son de tamaño menor que el resto del código, les falta un centímetro aproximadamente en la parte inferior, lo que confirma su carácter de isla dentro del mismo. Una de las páginas del traslado está, a su vez, aislada del resto de los folios que lo componen; se diferencia de ellos en el tamaño porque es mayor que éstos e igual que los demás folios del código, y la letra no se corresponde ni con la de Ponce de León ni con las otras que lo componen.

Se trata del folio 81r del código<sup>50</sup> y en él se van mezclando notas dirigidas a la persona que ha pedido el traslado de leyes con textos literales de las mismas. En efecto, comienza el folio con una ley sobre testamento que ocupa casi media página, al terminar el texto de la ley y sin interrupción hay una nota con otra letra que dice: «*hasta aquí está en el libro donde están las peticiones, en quanto a este ordenamiento no hay petición alguna/ Item sepa v.m. que en la librería hay dos libros de los ordenamientos uno de molde y otro de mano y de ambos quise sacar de verbo ad verbum las leyes en esta manera*». Ninguna de las letras parece ser la del obispo, pero al margen de la autoría ¿a qué libro de peticiones se refiere el autor de la misma?, y ¿cuáles son esos dos libros de los ordenamientos?

Afortunadamente, el contenido de las líneas siguientes es esclarecedor al respecto porque indica numéricamente la ley a la que se refiere, y dicha numeración coincide con la otorgada por Montalvo, en su compilación, a una ley de Alfonso XI promulgada en Alcalá: «*En el libro 3º, título 8, ley 3 dice así en el margen rey don Alfonso en Alcalá, era de MCCCLXXXVI y la ley dice así...*» Lo que quiere decir que los dos libros de los «ordenamientos» a los que se refiere el autor de la nota: uno de molde y otro de mano, son en realidad el mismo libro, *el Montalvo*, sólo que uno es manuscrito y el otro impreso.

Después de consignar la ley, el responsable de la nota aconseja a *vuestra merced* que la coteje él mismo con el libro impreso o de molde «*y del que está escrito de molde allá lo vea v.m. y los coteje*», después alude al libro de peticiones en el que -según dice- la ley no tiene petición «*también del libro de las peticiones saqué esta misma ley y no tiene petición*», a continuación indica el orden referencial y seguidamente la consigna por escrito «*y dice assi: Título XVI de las obligaciones, ley I, como valga la obligación entre ausentes aun-*

<sup>50</sup> Lámina 30 del laminario.

que no aya estipulación». Se está refiriendo a una ley del Ordenamiento de Alcalá, quizá cuando dice que no hay petición se refiera a que es una ley y no una petición de cortes. El caso es que vuelve a escribir la misma ley pero esta vez –según dice el autor de las notas– con arreglo a la versión del ordenamiento alcalaíno.

En definitiva, está manejando tres modelos de la misma ley sobre las obligaciones de los contratos: la ley manuscrita del ordenamiento de Montalvo, la impresa y la original del ordenamiento de Alcalá. Si cotejamos nosotros los tres modelos comprobamos que, aunque son muy parecidas, no son iguales<sup>51</sup>. Montalvo ha cambiado la letra del original alcalaíno añadiendo de su cosecha algunos matices y no se trata de un error del jurista porque el añadido figura en ambas copias, en la impresa y en la de mano<sup>52</sup>. En otras palabras, no respetó la literalidad de la ley. En esta página del traslado es en donde se percibe más nítidamente esta constatación pero ni mucho menos es la única. Todo el traslado de leyes de Ponce de León viene a sugerir que hay unas cuantas leyes castellanas cuya interpretación en los tribunales fue objeto de polémica por la variedad de copias en circulación e, implícitamente, por las palabras del obispo se deduce que una de las causas de dicha situación fue debido *al Montalvo*. Es cierto que el obispo de Plasencia no menciona expresamente al jurista de los Reyes Católicos pero sí su ordenamiento y la evidente no literalidad de sus leyes. De hecho, no nos parece casual que tampoco las demás leyes que forman el traslado sean acordes con el Montalvo, todas, de alguna u otra manera, entran en contradicción con la recopilación del jurista castellano. Veamos por ejemplo dos peticiones de las Cortes de León de 1349, que también forman parte del traslado, relativas a la primacía de León sobre Toledo en las cartas procedentes de la Chancillería. Uno de ellas es la petición quinta en donde el rey daba la razón y la primacía a León, pero en la trigésimo tercera cambió de opinión y decidió conceder a Toledo el privilegio de que las cartas que fueran destinadas a dicha ciudad y a su señorío podían ir encabezadas con el nombre de su ciudad. Montalvo en un alarde de síntesis jurídica elaboró su propia ley, más acorde con la segunda de las mencionadas, que al ser de mayor extensión era más detallada, además de posterior. De alguna forma la petición trigésimo tercera absorbía a la quinta. Sin embargo, a León no debió gustarle y por eso el obispo se ve en la necesidad de incluir las dos en el traslado<sup>53</sup>.

Otra de las leyes conflictivas del traslado es la famosa ley de Guadalajara (1390) promulgada por Juan I, sobre apelaciones señoriales. Ponce la incluye en su traslado y de su puño y letra<sup>54</sup>. Recordemos que en las cortes de Guadalajara,

<sup>51</sup> Tabla 7 del apéndice.

<sup>52</sup> Esta constatación, sin embargo, es válida si nos referimos a la ley de Alcalá copiada en el código en estudio, pero no lo es si acudimos al modelo publicado por la RAH que sí que coincide con las copias montalvianas. La academia utilizó en su colección, en cuanto al OA se refiere, el manuscrito ij. Y. 7 de la Biblioteca de El Escorial perteneciente a la época de Alfonso XI, lo que induce a pensar que la ley alcalaína copiada en el manuscrito no se corresponde con el modelo Alfonsino, sino con el de Pedro I.

<sup>53</sup> Tabla 8 del apéndice y lámina 31 del laminario.

<sup>54</sup> Lámina 32 del laminario.

y haciéndose eco de una ley de su padre sobre apelaciones, Juan I promulgó una disposición que favorecía a los señores en detrimento de la corona y de los habitantes de los señoríos<sup>55</sup>. Montalvo en el «ordenamiento» alteró sensiblemente el alcance de la ley de Guadalajara con su libre redacción, mejor dicho con sus omisiones, favoreciendo a los reyes y en contra de los señores<sup>56</sup>, de ahí que Ponce de León incluya en el traslado la copia literal de Guadalajara.

También se ocupa el obispo de copiar un razonamiento que hizo este monarca en las cortes de Segovia (1386) en defensa de sus derechos al trono y en contra de las pretensiones del Duque de Alencaster y de Dña. Constanza, hija del rey Pedro. El texto no está escrito de su puño y letra, a no ser que el obispo cambiara de letra constantemente, pero sí que pertenece a él la nota informativa «en el principio de las cortes que celebró el rey don Juan el primero en Segovia, está este razonamiento suyo, fue año de mil y trescientos y ochenta y seis»<sup>57</sup>. Este razonamiento no se encuentra en el Ordenamiento de Montalvo pero puede que ésta fuera la causa de su inclusión en el traslado.

Hay una ley de Pedro I que también forma parte del traslado, es una ley muy corta pero significativa: «*A lo que dicen que en los privilegios e cartas que les han de confirmar, que les hacen entender que mándanlos de la mía Audiencia, que digan en la confirmación que les sean guardados como fueron usados y guardados hasta aquí, e pidieron me por merced, que mande que no se contenga en la confirmación e digan que les sean guardados según en ellas se contiene. A esto respondo que así lo mande guardar y se guarda en las confirmaciones que se agora hacen*»<sup>58</sup>. ¿Por qué incluye Ponce de León esta ley del rey Pedro? Probablemente porque la ambigüedad de «como fueron usados y guardados» daba cobertura al incumplimiento por parte de la corona. Lo que piden los procuradores es que se mantenga la letra de la ley primigenia y se mantengan las condiciones exactas de la obligación.

En definitiva, el traslado de leyes que encargan a Ponce de León es muy significativo, por sus palabras sabemos que la literalidad de la ley era sumamente importante en lo que estaba haciendo.

#### 4. CONCLUSIONES

Si atendemos a todos los datos analizados parece que el Z.II.6 sí que contiene un proyecto recopilador de la edad moderna; es evidente la existencia en el

---

<sup>55</sup> Se trata de un conflicto, sobre la «mayoría de justicia» del rey con respecto a los señoríos y abadengos, que venía de lejos porque ya desde Alfonso XI y hasta Juan II este precepto fue variando de contenido, inclinándose unas veces a favor de la monarquía y otras a favor de los señores. Vid. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL. José. *La Administración de Justicia Real en León y Castilla 1252-1504*, Madrid, 1980, pp. 96-103; MARÍA E IZQUIERDO, M.<sup>a</sup> José. *Las fuentes...*, p. LXXXV y ss.

<sup>56</sup> Tabla 9 del apéndice.

<sup>57</sup> Lámina 33 del laminario.

<sup>58</sup> Lámina 34 del laminario, la ley se corresponde en CLC II, 31, p. 65.

mismo de una voluntad por compilar las leyes castellanas más allá de la simple reunión. Ahora bien, de esta primera conclusión, que ya parecía evidente casi desde el principio, se pueden extraer otras más interesantes: una, la relativa al proceso de elaboración del proyecto recopilador contenido en Z. II. 6; y dos, la referente al modelo de compilación que estaban aplicando en el mismo.

Ya advertimos al lector que en el proceso de formación del Z.II.6, era importante distinguir tres momentos diferentes, con independencia de que alguno coincidiera en el tiempo: a) el de la elaboración o escritura de los textos o documentos que lo componen b) el de su reunión y c) el de la encuadernación. Parece que en la elaboración de los documentos hubo al menos dos fases distintas: una en vida de los Reyes Católicos o a la muerte de la reina Isabel –esto es, finales del siglo xv y principios del xvi– y otro, en la segunda mitad del xvi –ya con Carlos I o incluso con Felipe II. Estas dos fases se pueden diferenciar claramente por el contenido de los documentos, pero pudo haber más. Dicho de otra forma, es posible que en lugar de dos momentos diferenciados debamos hablar de uno solo pero continuado en el tiempo; el proyecto recopilador comenzado por el primer recopilador fue retomándose por los distintos compiladores del reinado de Carlos I, que fueron sustituyéndose. Sea como fuere, no se puede hablar de un solo proyecto sino de varios o, mejor dicho, quizá fuera un solo proyecto pero varios recopiladores. No se trata de la obra de una sola persona, con independencia de los escribanos y demás personas que intervinieran en el proceso, sino de varias personas o recopiladores que actuaron en distintos tiempos.

El momento de la reunión de los textos o documentos que componen el código pudo producirse en la segunda o última parte de la elaboración o en el momento de la encuadernación, que pudo ser muy posterior. Pero, puesto que es la elaboración lo que aquí más interesa, es de lo que seguiremos hablando.

Pues bien, una de las características que avala los distintos momentos de elaboración es la variedad de letras de las que ya se ha hablado. Recordemos que siguiendo a Zarco y comprobándolo después, las dataciones de las letras son los siglos xv y xvi, incluso, precisando más, se podría decir que algunas parecen de finales del siglo xv y principios del xvi, y otras de la segunda mitad del xvi en adelante. La verdad es que no resulta sencillo establecer con total exactitud la fecha de cada letra y de algunas es hasta confuso porque el inicio de la edad moderna coincide con el paulatino abandono de las letras góticas anteriores por las nuevas humanísticas, y, como los cambios normalmente no son rupturistas, encontramos en el código la mezcla tipográfica típica de esos siglos, cuyo fruto es una gran variedad de letras híbridas. La letra humanística fue ganando terreno a las góticas, sin desvincularse totalmente de ellas, de ahí la presencia en la mayoría de los documentos de rasgos de ambos tipos de letras. Por otra parte, tampoco las personas escriben siempre con la misma letra, dependiendo del tipo de documento que se esté escribiendo se acude a una u otra, a una escritura cuidada o descuidada y con más o menos abreviaturas..., y sobre todo en una época en la que economizar tinta y papel era lo natural. También hay que tener presente una práctica usual de los escribanos de

la época, cuando copiaban un documento antiguo eran propensos a imitar la letra de la época del documento.

Estas advertencias no pretenden excusarnos de la descripción de las letras si no de la relatividad de la misma en cuanto a las fechas exactas en que fueron escritos los documentos. No obstante, intentando aproximarnos lo más posible y siguiendo los dictámenes de los paleógrafos consultados, se puede afirmar que la horquilla de letras en la que nos movemos va desde finales del xv hasta los primeros años de la segunda mitad del xvi, lo que arroja un periodo de ochenta años, aproximadamente. Esto quiere decir que es prácticamente imposible que el códice responda a un solo proyecto compilador, o, al menos, sea la obra de un solo recopilador, éste tendría que haber vivido casi un siglo, y en una época en la que la expectativa de vida era corta.

También las numeraciones de los folios hablan de varios momentos. Ya sabemos que hay dos tipos de numeración en las páginas o folios del códice: una en romano y a tinta, que afecta sólo a algunas páginas, y otra en arábigo y normalmente a lápiz, que afecta a casi todos. Recordemos también, aunque resulte reiterativo, que la numeración arábigo es consecutiva e ininterrumpida, mientras que la romana aparece y desaparece quedando desincronizada en seguida con aquélla. Pues bien, si agrupamos los folios numerados en romano comprobamos que, de los 266 folios que componen el códice, hay numerados en romano 146, lo que viene a ser algo más de la mitad del total, la numeración romana aparece intermitentemente y no siempre de forma ordenada. Es decir, el grupo de folios numerados en romano está formado por un conjunto de ordenamientos independientes, pero que reunidos formaban un todo en cuanto a la numeración romana de los folios. En otras palabras, ese conjunto de ordenamientos formaba un grupo homogéneo que posteriormente se separó para ir acoplando cada ordenamiento con otras fuentes y la numeración se desordenó<sup>59</sup>. Hay una característica común en todos esos folios numerados en romano que refuerza esta hipótesis, y es que están escritos con la misma letra, gótica libraría de finales xv, principios del xvi. Es cierto que la conservación de los folios que componen este grupo de ordenamientos no es homogéneo, los hay muy bien conservados que se leen con facilidad y otros en donde su lectura es casi imposible, pero ello se debe a la descomposición de la tinta férrica que al ser de fabricación casera no siempre tenía la misma proporción de agua, aumentando o disminuyendo la agresividad de la tinta sobre el papel.

Así las cosas, el proceso de escritura y de reunión de los documentos del códice bien pudo haber sido el siguiente: en un primer momento una persona escribió dieciocho ordenamientos de los reyes Alfonso X, Sancho IV, Fernando IV y Alfonso XI. Después los ordenó cronológicamente, excepto cuatro ordenamientos sevillanos que al no ser generales dejó para el final y, por último, los numeró en romano y a tinta. El resultado sería un bloque homogéneo de ordenamientos castellanos de 146 páginas sobre el que trabajaría el primer

---

<sup>59</sup> En la tabla 10 se puede comprobar el orden en que van apareciendo los folios numerados en romano, el orden que inicialmente siguieron, la correspondencia de esa numeración con la arábigo, los ordenamientos a los que corresponden y los monarcas que los promulgaron.

recopilador presente en el código<sup>60</sup>. El responsable de la elaboración de este bloque pudo realizar su trabajo en la segunda mitad del siglo xv.

Más adelante, esa misma persona u otra trabajó sobre ello e hizo innumerables anotaciones marginales, entre líneas, tachaduras, correcciones, etc., de las que ya hemos hablado. Que su intención es claramente recopiladora nos lo indica el contenido de sus notas: «aquí ha de ir luego el ordenamiento...» o «falta el ordenamiento...»<sup>61</sup>, el objetivo de las mismas disipa cualquier duda al respecto, lo que pretende su autor es montar una recopilación jurídica. Todo parece indicar que es también el autor o el responsable de las copias limpias que quedan adjuntas a las sucias y de aquellos ordenamientos, escritos con otra letra, que según las anotaciones faltaban por incluir.

En cuanto a los sumarios, que están escritos con la misma letra del bloque inicial, aunque de distinta mano, y que no están numerados en romano, puede que los realizara el responsable de aquel primer bloque o el de las anotaciones. Lo que sí está claro es que sobre ellos también trabajó el primer recopilador porque fueron objeto de sus indicaciones y correcciones. Recordemos que son los únicos folios horadados, es posible que los guardara como guía en la biblioteca donde estuviera trabajando, sin ánimo de adjuntarlos a los ordenamientos.

Pues bien, el responsable de las anotaciones, al que vamos a llamar «A», tuvo que ser contemporáneo de los Reyes Católicos porque al final del «elenco de fueros y ordenamientos», del que ya hemos hablado y del que él es autor, dice textualmente «*después de esto se siguen los ordenamientos del rey don Alonso y de los otros reyes sucesivamente hasta en tiempo del rey y de la reyna, nuestros señores*»<sup>62</sup>. Esa es la fórmula oficial normalmente utilizada durante el reinado de los citados monarcas para referirse a ellos en todas las fuentes jurídicas. Es cierto que en alguna ocasión también acuden a los *reyes nuestros señores*, pero nunca la utilizan para otros monarcas castellanos ni tampoco invierten el orden cuando se refieren a ellos. Puede ser que ya hubiera muerto la reina Isabel, pero no el rey Fernando, porque de haber muerto los dos, el autor de la frase hubiera escrito algo así como «*hasta los reyes vuestros padres o abuelos*» –refiriéndose a los católicos– pero no «*nuestros señores*», y hubiera continuado el elenco con los de la reina Juana o del rey Carlos. En suma, si el recopilador primero es contemporáneo o cercano a los Reyes Católicos todos los documentos que tienen anotaciones suyas también lo son. Hasta aquí debió de llegar la labor de «A», en el Z.II.6. Es decir, el proyecto quedó parado y lo realizado por «A» probablemente se archivó o quedó a la espera de un momento más proclive para su continuación.

El traslado facilitado por Pedro Ponce de León desvela el tiempo de la segunda fase o última del proyecto. Tampoco en estas líneas vamos a ocuparnos de los nombres de los recopiladores, por lo que llamaremos a este segundo recopilador «B». Que la intención de «B» era completar el trabajo de «A»

<sup>60</sup> Tabla 10 del apéndice.

<sup>61</sup> Lámina 18 del laminario.

<sup>62</sup> Lámina 11 del laminario.



explica la encuadernación conjunta de todos los documentos que componen el códice Z.II.6, a pesar de pertenecer a diversas personas y periodos distintos.

No obstante, hay una nota en el traslado efectuado por el obispo que es determinante: «*en el año de 1553 su alteza el príncipe don Felipe mandó juntar a fray Bernardo de Fresnada, su confesor, y fray Alonso de Castro y fray Francisco Pacheco, frailes de la orden de San Francisco, y al maestro fray Melchor, como obispo de Canarias y al maestro fray Bartolomé de Miranda*»<sup>63</sup>. La letra es, sin duda, del obispo y se supone que fue escrita en el mismo momento en que hizo el traslado de leyes. Lo que quiere decir que fue a partir de ese año cuando se llevó a cabo el último momento de incorporación de leyes al proyecto.

En definitiva, en la elaboración de los textos que componen el códice hubo varios momentos distanciados en el tiempo. La reunión de los mismos pudo ser en la última fase de elaboración o en el momento de la encuadernación, que probablemente se hizo en la segunda mitad o a finales del siglo XVI.

En cuanto al modelo recopilador, por las anotaciones de «A» y por los comentarios de Pedro Ponce de León, parece evidente que es la compilación literal la que se está aplicando. Las leyes deben ser copiadas con arreglo a los originales, es la literalidad lo que –para ellos– da fuerza y valor a las normas recopiladas y no las nuevas redacciones del Montalvo que lo único que provocaron fue más confusión en los tribunales al añadir, a la variedad de las copias existentes, otra más, aparte de las diferencias que pudiera haber entre la copia manuscrita y las de molde de su recopilación.

Pero no es la literalidad el único ideal del proyecto recopilador del Z.II.6, también su acomodo al Fuero Real o fuero castellano de Alfonso X, el esfuerzo de «A» por acoplar las «leyes nuevas» a dicho cuerpo jurídico queda latente en sus innumerables notas. Lo cierto es que si atendemos a las peticiones de los procuradores manifestadas en cortes, punto de partida de este estudio, es eso precisamente lo que estaban buscando. En efecto, en la petición de cortes de 1523 comienzan los procuradores por denunciar la desincronización entre los ordenamientos y el Fuero Real «*por causa que las leyes del fuero e ordenamientos no están bien e juntamente compiladas...*»<sup>64</sup>, esto quiere decir que la pretensión era compilar siguiendo la sistemática de fuero, al menos en algunos ordenamientos. Es decir, no se trataba únicamente de hacer una recopilación que literal y cronológicamente fuera reuniendo en un solo volumen todos los ordenamientos, sino de una que, manteniendo la literalidad de los preceptos, los reuniese con arreglo al fuero en aquellos ordenamientos que lo completaban. Por las palabras del obispo de Plasencia se deduce que el ideal de literalidad siguió vigente hasta mediados del siglo XVI.

En cualquier caso, y ya para terminar, parece claro que la obsolescencia de la literalidad quedó en evidencia poco tiempo después con la promulgación de la Nueva Recopilación de 1567, al estilo montalviano. Ahora bien, el ideal compilador reflejado en el Z.II.6 no sólo resultaba obsoleto, al incluir precep-

<sup>63</sup> Lámina 35 del laminario.

<sup>64</sup> CLC IV, 56, p. 382.

tos ya prescritos y/o en desuso, también era un obstáculo políticamente para los tiempos que corrían, con una monarquía legislativamente *in crescendo*, además de muy dificultoso de llevar a cabo y de ello habla mucho el manuscrito en cuestión. La maraña legislativa en la que consistía, según Garriga, el derecho real de Castilla hacía poco menos que imposible elaborar una recopilación completa y eficaz de este tipo<sup>65</sup>. La variedad de copias en circulación por los tribunales de cada precepto legal debía ser de tal calibre que solamente la elección de la copia válida conllevaba una larga labor. A estas dificultades había que añadir las críticas de los partidarios de la otra visión, la de Montalvo. En otras palabras, parece que en poco tiempo la dificultad de compilar al modo literal convenció, quizá a la fuerza, a los partidarios de esta forma de hacerlo de que su modelo no tenía futuro, teniendo que ceder ante la otra visión recopiladora que abogaba por otra sistemática y otra redacción más sintetizadora o integradora<sup>66</sup>. Lo que quiere decir, que el enfrentamiento entre las dos opciones estuvo en auge hasta poco antes de la promulgación de la Nueva Recopilación de 1567.

M.<sup>a</sup> JOSÉ MARÍA E IZQUIERDO  
Universidad Carlos III de Madrid

---

<sup>65</sup> GARRIGA, Carlos, «La trama jurídica...», p. 337.

<sup>66</sup> A este respecto cfr. GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín. «Nuevas consideraciones sobre el ejercicio de la potestad legislativa en Castilla (1475-1598)», *AHDE*, 67, (1997), p 705.

# APÉNDICE

## TABLA 1

*Elenco de Ordenamientos y leyes sueltas, se consignan siguiendo el orden del código*

### **ALFONSO X**

Ord. de Zamora de 1274, era 1312.  
Ord. de la Tahurerías 1276, era 1314.  
Aclaraciones sobre la autoría del Fuero Real y Partidas.  
Leyes nuevas 1279, era 1317.  
Ley sobre los juramentos.

### **SANCHO IV**

Ord. de Valladolid 1293, era 1331.

### **FERNANDO IV**

Ord. de Valladolid 1307, era 1345.  
Ord. de Burgos 1309, era 1347.  
Ord. de Niebla 1300, era 1338.

### **1.º GRUPO DE LEYES SUELTAS**

Traslado de leyes sueltas de varios monarcas copiadas por Ponce de León.  
Traslado de la consulta de Felipe II a la Iglesia.

**ALFONSO XI**

Ord. de Burgos 1315, era 1353.  
Ord. de Madrid 1329, era 1367.  
Ord. de Medina 1328, era 1366.

**2.º GRUPO DE LEYES SUELTAS**

Leyes de varios monarcas

**ALFONSO XI**

Ord 1.º en Sevilla 1337, era 1375.  
Ord 2.º en Sevilla 1337, era 1375.  
Ord. de Burgos 1338, era 1376.  
Ord 3.º en Sevilla 1341, era 1379.  
Ord 4.º en Sevilla 1344, era 1382.  
Ord. de Segovia 1347, era 1385.  
Ordenamiento de leyes de Alcalá y Ord. de Najera 1348, era 1386.  
Ord 5.º en Sevilla 1353, era 1391.

**VARIOS**

Sumario de leyes antiquísimas.  
Leyes forales.  
Páginas en latín.  
Índice de ordenamientos.  
Aclaratorias de Enrique II en Toro.  
Leyes de Toro impresas.  
Leyes de fuero.

**TABLA 2**

*Ordenamientos de cortes de los reyes Alfonso X, Sancho IV, Fernando IV y Alfonso XI. En la columna de la izquierda consignamos los ordenamientos promulgados por dichos monarcas<sup>1</sup>, y en la de la derecha sólo los recopilados en el código.*

<i>Ordenamientos publicados por la RAH de los siguientes reyes</i>	<i>Ordenamientos recopilados en el código</i>
<p><b>ALFONSO X</b>            Ord. de Valladolid (1258)            Ord. de Jerez (1268)            Ord. de Zamora (1274)            Ord. de la Tahirerías (1276)            Leyes Nuevas (1279)</p> <p><b>SANCHO IV</b>            Ord. de Palencia (1286)            Ord. de Haro (1288)            Ord. de Valladolid (1293)</p> <p><b>FERNANDO IV</b>            Ord. de Valladolid (1295)            Ord. de Cuellar (1297)            Ord. de Valladolid (1298)            Ord. de Valladolid (1299)            Ord. de Niebla (1300)            Ord. de Burgos (1301)            Ord. de Zamora (1301)            Ord. de Medina del Campo (1302)            Ord. de Medina del Campo (1305)            Ord. de Valladolid (1307)            Ord. de Burgos (1309)            Ord. de Valladolid (1312)</p> <p><b>ALFONSO XI</b>            Ord. de Palencia (1313)            Ord. de Burgos (1315)            Ord. de Carrión (1317)</p>	<p><b>ALFONSO X</b>             Ord. de Zamora (1274)            Ord. de la Tahirerías (1276)            Leyes Nuevas (1279)</p> <p><b>SANCHO IV</b>             Ord. de Valladolid (1293)</p> <p><b>FERNANDO IV</b>             Ord. de Niebla (1300)</p> <p>Ord. de Valladolid (1307)            Ord. de Burgos (1309)</p> <p><b>ALFONSO XI</b>             Ord. de Burgos (1315)</p>

<sup>1</sup> Hemos consignado alguno más, aunque no esté publicado en la colección de la academia.

<i>Ordenamientos publicados por la RAH de los siguientes reyes</i>	<i>Ordenamientos recopilados en el código</i>
Ord. de Medina del Campo (1318)	
Ord. de Valladolid (1322)	
Ord. de Valladolid (1325)	
Ord. de Medina (1328)	Ord. de Medina (1328)
Ord. de Madrid (1329)	Ord. de Madrid (1329)
Ord. de la Vanda en Burgos (1330)	Ord. de la Vanda en Burgos (1330)
Ord 1.º en Sevilla (1337)	Ord 1.º en Sevilla (1337)
Ord 2.º en Sevilla (1337)	Ord 2.º en Sevilla (1337)
Ord. de Burgos (1338)	Ord. de Burgos (1338)
Ord. de Madrid (1339)	
Ord 3.º en Sevilla (1341)	Ord 3.º en Sevilla (1341)
Ord 4.º en Sevilla (1344)	Ord 4.º en Sevilla (1344)
Ord. de Alcalá de Henares (1345)	
Ord. de Burgos (1345)	
Ord. de Segovia (1347)	Ord. de Segovia (1347)
Ordenamiento de leyes de Alcalá (1348)	Ordenamiento de leyes de Alcalá (1348)
Ord. de Alcalá de Henares (1348)	
Ord Najera	Ord de Najera
Ord. de León (1349)	
Ord 5.º en Sevilla (1353)	Ord 5.º en Sevilla (1353)

## TABLA 3

## Ley del Ordenamiento de Alcalá desubicada en el código Z.II.6

CAPÍTULO XXXII DEL OA	LEY 3.13.3 DEL OM
<p><i>Delas debdas que son pagadas e se demandan después.</i></p> <p>Suele acaesçer, seyendo pagadas las debdas a aquellos a quien fueron devidas, que ellos osus herederos demandan las después de luengo tiempo a los debdores o a sus herederos, et por que non pueden prouar la paga por muerte delos testigos opor ser perdida la carta, an apagar lo que non deuen. Et por esto, ordenamos e establecemos que aquel que á alguna demanda contra otro con carta osin carta, et desque el plazo llegar nonla demandare en juyzio, onon fizier enplazar la parte sobre ello, onon fuer fecha entrega por ella fasta diez annos: que dende adelante que pierda la demanda que auie e non sea oydo sobreello. <i>Et enlas debdas que son fechas fasta aquí, de que son pasados siete annos o más que las puedan demandar fasta tres annos et sy non fueren pasados siete annos o mas, que las demanden del día que se cumplió el plazo aque auia aser pagada la debda fasta cumplimiento delos dichos diez annos, e después que non sea oydo. Et las debdas e las demandas que an los judíos, delos contractos que facen conlos christianos, que non puedan ser demandadas nin entregadas después de seys annos del día del plazo aque ouieron aser pagadas<sup>2</sup>.</i></p>	<p><i>Si las debdas non fueren demandadas fasta diez años, que sean prescriptas.</i></p> <p>Suele acaesçer, que seyendo las debdas pagadas a quien eran devidas, que ellos o sus herederos las demandan después de luengo tiempo a los debdores o a sus herederos. E porque non pueden provar la paga por muerte de los testigos o por ser perdida la carta de pago, [han] de pagar lo que non deven. Por ende ordenamos que aquel que alguna acción o demanda tiene contra otro con carta o sin carta, e desque el plazo llegare non le demandare en juizio, o non fiziere enplazar la parte sobre ello, o non fuere fecha entrega e execuçión por ello fasta diez años: Que dende en adelante pierda la demanda e non sea oído sobre ello.</p>

<sup>2</sup> CLC I, Capítulo xxxii, p. 515 (OA 9, 2, según la sistemática del rey Pedro). Montalvo en su recopilación introdujo esta ley alcaláina literalmente, aunque quitándole la parte de los plazos consignado aquí por mí en cursiva (ORC 3.13.3); Vid. María José, MARÍA E IZQUIERDO, *Fuentes del...*, p. 405. En la Nueva recopilación no está incluida; Vid. María José, MARÍA E IZQUIERDO, «El Ordenamiento de Montalvo y la Nueva Recopilación», *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, (1999), p. 15.

Ley del Ordenamiento de Alcalá que no está contenida en el código Z.II.6 y sí que lo está en la colección de la RAH.

*LVI. Dela merçed que el rey fizo a los christianos delas debdas que deuen a los judíos.*

«Primera miente por fazer merçed ala tierra, e por que sopimos que algunas delas cartas delas debdas que an los judíos contra los christianos, que fueron fechas engannosa miente poniendo enellas mayores quantías de quanto prestaron; tenemos por bien que de la quantía que se contiene enlas cartas delas debdas que fueron fechas fasta aquí, que sea quito a los christianos la quarta parte delo que finca por pagar; e las tres partes que fincan que se paguen en dos plazos: la meytad otro día de cuadragesma, e la otra meytad otro día de sant Miguel de setienbre primeros que vien<sup>3</sup>.»

---

<sup>3</sup> CLC I, Capítulo LVI, p. 532.



#### **TABLA 4**

*Grupos de leyes sueltas tal como aparecen en el códice*

*Primer grupo de leyes sueltas (traslado de Pedro Ponce de León)*

#### **ALFONSO XI**

Ordenamiento de Alcalá (1348), capítulo XXIX.

Ordenamiento de Alcalá (1348), capítulo XXVI.

Ley de la Orden de la Vanda en Burgos.

Ayuntamiento de León (1349), petición 5.

Ayuntamiento de León (1349), petición 32.

#### **PEDRO I**

Ordenamiento de Valladolid (1351), petición 31, cuaderno 2.º

#### **ENRIQUE II**

Ordenamiento de Toro (1371), petición 25.

#### **JUAN I**

Ordenamiento de Guadalajara (1390), ley 9.

Razonamiento en las Cortes de Segovia (1386), en defensa de sus derechos al trono<sup>4</sup>.

#### **FELIPE II**

Consulta a altas dignidades eclesiásticas.

*Segundo grupo de leyes sueltas*

#### **ALFONSO XI**

Ord. de Madrid (1329), petición 51.

---

<sup>4</sup> En la edición de la RAH la aclaración de Juan I es más larga que en el códice (CLC II, p. 350), al pie hay una nota que dice: Hasta aquí alcanzan el códice que sirve de texto y otras copias antiguas. Tomamos la que sigue de una copia sacada de un códice de la Biblioteca de D. Luis de Salazar y Castro, que no existe hoy. Marina publicó también esta parte en el apéndice a la Teoría de las Cortes, aunque sin decir de dónde la tomó.

**PEDRO I**

Ord. de Valladolid (1351), petición 40.

Ord. de Valladolid (1351), petición 48.

**ENRIQUE IV**

Ord. Segundo en Burgos año del LVII, sobre sacas y cosas vedadas.

Ordenanzas de Madrid año del LIX, sobre el consejo.

**ENRIQUE IV**

Ord. de Salamanca (1465) petición 20.

*Tercer grupo de leyes sueltas y varios*

Leyes forales.

Textos en latín.

**ENRIQUE II**

Aclaratorias de Enrique II, en Toro.

**JUANA**

Leyes de Toro 1505.

## **TABLA 5**

*Lista de los ordenamientos y leyes reunidos en el Z.II.6. atendiendo a las letras utilizadas en los mismos*

### **ALFONSO X**

Ord. de Zamora de 1274, gótica libraria, copia sucia.

Ord. de Zamora de 1274, gótica cortesana, copia limpia.

Ord. de la Tahurerías 1276, gótica cortesana, copia limpia.

1.<sup>a</sup> página de la aclaración sobre la autoría del Fuero Real y Partidas, gótica libraria, con agujero y sumario, copia limpia.

Repetición de la aclaración sobre la autoría del Fuero Real y Partidas, gótica libraria, con agujero y sumario, copia sucia.

2.<sup>a</sup> página y última de la aclaración sobre la autoría del Fuero Real y Partidas, gótica libraria, con agujero y sumario, copia limpia.

Leyes nuevas 1279, gótica libraria, copia sucia.

Ley sobre los juramentos, gótica libraria, sin anotaciones.

Leyes nuevas 1279, gótica cortesana, copia limpia.

### **SANCHO IV**

Sumario de Sancho IV y Fernando IV, gótica libraria, con agujero.

Ord. de Valladolid, 1293, gótica cortesana, copia limpia.

Ord. de Valladolid, 1293, gótica libraria, copia sucia.

### **FERNANDO IV**

Ord. de Valladolid 1307, gótica libraria, copia sucia.

Ord. de Burgos 1309, gótica libraria, copia sucia.

Ord. de Niebla 1300, gótica librería.

Ord. de Valladolid 1307, gótica cortesana, copia limpia.

### **1.º GRUPO DE LEYES SUELTAS**

Leyes castellanas de varios monarcas copiadas por Ponce de León, letras varias humanísticas.

Traslado de la consulta a los Santos Padres por Felipe II, humanística.

### **ALFONSO XI**

1.º página del sumario de Alfonso XI, gótica libraria, con agujero, copia limpia.

Repetición del sumario de Alfonso XI, gótica libraria, quemado por la tinta sin agujero, copia sucia.

2.º y última página del sumario de Alfonso XI, gótica libraria, con agujero, copia limpia

Ord. Burgos 1315, gótica libraria, copia sucia.

Ord. Madrid 1329 y Ord. De Medina 1328, era 1366, gótica cortesana-humanística.

## **2.º GRUPO DE LEYES SUELTAS**

Leyes de varios monarcas escritas todas en humanística cursiva cancelleresca.

### **ALFONSO XI**

Ord. de Madrid 1329, gótica librería, copia sucia.

Ord. de Medina 1328, gótica librería, copia sucia.

Ord. de la Vanda en Burgos 1330, humanística cursiva cancelleresca.

Ord 1.º en Sevilla 1337, gótica librería, única copia.

Ord 2.º en Sevilla 1337, gótica librería, única copia.

Ord. de Burgos 1338, gótica libraria, única copia.

Ord 3.º en Sevilla 1341, gótica libraria, única copia.

Ord 4.º en Sevilla 1344, gótica libraria, única copia.

Ord. de Segovia 1347, gótica libraria, única copia.

Ord. de Alcalá unido al Ord. de Najera 1348, gótica libraria, única copia.

Ord 5.º en Sevilla 1353, gótica libraria, única copia.

### **VARIOS**

Sumario de leyes antiquísimas, gótica libraria, con agujero.

Leyes sueltas de un fuero, híbrida cortesana.

Páginas en latín.

Índice de fueros y ordenamientos de Castilla, humanística cancelleresca cursiva.

Aclaratorias de Enrique II en Toro.

Leyes de Toro impresas.

Leyes de fuero, gótica cortesana.

## TABLA 6

### *Elenco de fueros y ordenamientos realizado por la mano «A»*

Fuero juzgo en latín y en romance que fue dado en tiempo de los godos.

Fuero de albedrío o de fazañas que se dice de los generosos que hizo el rey don Alfonso octavo, y después se enmendó por el emperador don Alfonso en las cortes de Nájera, y después se ---- y ---- por el rey don Alfonso décimo en las cortes de Alcalá de Henares.

Fuero de Sepúlveda y --- con las mejoras que se dio después a.

Fuero castellano hecho por el rey don Alfonso el décimo en el 4.º año de su reinado que se dice fuero del libro.

Ordenamiento del mismo rey para abreviar los pleitos en la era de mil y ccc XII.

Ordenamiento de tahurerías hecho por el mismo era de mil y trescientos XIII.

Ordenamiento (tachado).

Diversas declaraciones a las del libro del dicho fuero, hechas por el mismo rey don Alfonso décimo en diversos tiempos.

Ordenamiento hecho por el rey don Sancho cuarto, hijo del rey don Alfonso décimo en Valladolid, era de mil y trescientos y treinta y un años.

Ordenamiento primero que hizo el rey don Fernando tercero en Valladolid era de mil y ccc y cuarenta y --- años.

Ordenamiento segundo que hizo el rey don Fernando segundo <sup>5</sup> en Burgos, era de mil y trescientos y cuarenta y seis <sup>6</sup>.

Después de esto se siguen los ordenamientos del rey don Alonso undécimo y de los otros reyes sucesivamente hasta en tiempo del rey y la reina, nuestros señores.

---

<sup>5</sup> Por los ordenamientos que recopilan se están refiriendo a Fernando IV, aquí es una errata. Sin embargo, siempre se refieren a él como Fernando III.

<sup>6</sup> Hay una nota marginal que dice que detrás de este ordenamiento ha de entrar el de las monedas.

TABLA 7

*Capítulo XXIX o Ley I del Título XVI (según la sistematización de Pedro I) del Ordenamiento de Alcalá (OA) que se corresponde con la ley 3. 8. 3 del Ordenamiento de Montalvo (OM)*

<i>OM: ley escrita a mano</i> <sup>7</sup>	<i>OM: ley impresa</i> <sup>8</sup>	<i>Copia de la ley OA</i> <sup>9</sup>
Paresciendo que alguno se quiso obligar a otro por promisión o por algún contrato o en otra manera, sea tenido de cumplir aquello que se obligó, e non pueda poner excepción que non fue fecha estipulación que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho, o que fuere fecho el contrato o obligación entre ausentes, <i>o que fuere fecha o fecho después o a otra persona privada en nombre de otros</i> entre ausentes, o que se obligó alguno de dar a otro o de fazer alguna cosa, mandamos que todavía vala la dicha obligación o contrato que fuere fecho en cualquier manera que paresca que uno se quiso obligar a otro/.	Paresciendo que alguno se quiso obligar a otro por promisión o por algún contrato, o en otra manera: sea tenido de conplir aquello que se obligó, e non pueda poner exepción que non fue fecha estipulación, que quiere dezir prometimiento, con cierta solemnidad de derecho. O que fuere fecho el contrato o obligación entre absentes, <i>o que fue fecha a escrivano público, o a otra persona privada en nonbre de otros</i> entre absentes; o que se obligó alguno de dar a otro o de fazer alguna cosa: Mandamos que todavía vala la dicha obligación e contrato que fuere fecho en qual quier manera que paresca que uno se quiso obligar a otro.	Pareciendo que se quiso alguno obligar a otro por promisión o por algún contrato o en otra manera sea tenido a aquellos a quienes se obligó y non pueda ser puesta excepción que no fue fecha estipulación que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho, o que fue fecha la obligación o el contrato entre ausentes a que se obligó a uno de dar o de hacer alguna cosa a otro mas que sea valedera la obligación o el contrato que fuese fecho en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro o hacer contrato con él.

<sup>7</sup> Copiada del Z.II.6, como se puede leer en la lámina 30. También ha sido cotejada con la copia manuscrita del Ordenamiento de Montalvo contenida en el código Z.II.3 de la Real Biblioteca de El Escorial y son iguales.

<sup>8</sup> Como en el código no está copiada la hemos recogido de la primera edición del OM (1484). Cfr. GONZÁLEZ DíEZ, E., *Copilación de Leyes del Reino*. Edición facsímil de las OORR de 1484, Valladolid, 1986.

<sup>9</sup> Está copiada del Z.II.6, como se puede comprobar en la lámina 30 (segundo texto).

TABLA 8

*Ley de Alfonso XI, sobre la primacía de León en las cartas de la Chancillería*

<i>Cortes de León, pet. 5<sup>10</sup></i>	<i>Cortes de León, pet. 32<sup>11</sup></i>	<i>Ord. de Montalvo<sup>12</sup></i>
<p>Otrosí, alo que nos pidieron por merçed que quando alguna carta viniere dela nuestra chançillería, que se ponga primero León que Toledo, e que si lo contrario fizieren que ayan la carta por desaforada e que la non cumplan. A esto respondemos que tenemos por bien que en las cartas que fueren para el reyno de León, o fuera del reyno, que se ponga primero León que Toledo y así lo mandamos guardar fasta aquí e lo mandaremos guardar de aquí adelante. Al fin del mesmo ordenamiento es este.</p>	<p>Otrosí, los perlados e ricos omes, e cavalleros del reyno de León e procuradores delas villas e lugares del dicho reyno, pidieron nos por merçed que toviésemos por bien, que enlas cartas que fuesen a qualesquier çibdades e villas, e lugares, de nuestro señorío, que mandásemos que se pusiese enellas primero León e non Toledo, que era razón e se devía fazer. <i>A esto vos respondemos que tenemos por bien que enlas cartas que fueren a Toledo e las cartas que fueren alas villas e lugares que son dela cibdad de Toledo, que se ponga primero Toledo que León;</i> e las cartas que fueren a todas las çibdades e villas, e lugares, del nuestro señorío, otrosí las que fueren fuera del reyno primero León que Toledo. E mandamos a los nuestros notarios e al nuestro chançiller, e a los que están a la tabla de nuestros sellos, que lo fagan así guardar de aquí adelante.</p>	<p><i>Mandamos que en las cartas que emanaren de nos e de la nuestra chançillería, o de los nuestros alcaldes, que se ponga primero León que Toledo; pero que en las cartas que fueren a Toledo, que pongan primero a Toledo que a León. E en las cartas que fueren a todas las çibdades e villas, e logares, de nuestro señorío, que pongan primero a León que a Toledo.</i></p>

<sup>10</sup> Está copiada del códice Z.II.6, como se puede comprobar en la lámina 31. También ha sido cotejada con la copia de la RHA (CLC I, 5, p. 629), y son iguales.

<sup>11</sup> Está copiada del códice Z.II.6, como se puede comprobar en la lámina 31. También ha sido cotejada con la copia de la RHA (CLC I, 32, p. 637), y son iguales.

<sup>12</sup> OORR 3. 12.11. Vid. María José María e Izquierdo, *Las Fuentes...*, p. 403.

## TABLA 9

## Ley de Guadalajara de 1390.

<i>Ley de Guadalajara de 1390</i> <sup>13</sup>	<i>Ord. de Montalvo</i> <sup>14</sup>
<p>Grandes e muchas querellas delos nuestros naturales nos acuçian de proueer de remedio conuenible por razón que algunos delos señores delos lugares delos nuestros reynos non consienten apelar para ante nos nin otorgar las alçadas a nos. E lo que es mayor sin razón contra los nuestros derechos e contra la nuestra corona real fieren e matan, e encarçelan, e despechan, alos que apelan para ante nos; e se vienen a querellar queles non otorgan las alçadas que fizieron para ante nos e para ante los alcaldes dela nuestra corte. E de como quier que sobre esta razón el Rey don Enrique nuestro padre, que Dios perdone, en las cortes de Burgos fizo ordenamiento en que todos los vezinos e moradores de lugares de sennoríos qualesquier que quisieren apelar delas sentençias que contra ellos fuesen dadas para ante nos, e para ante los nuestros alcaldes que lo podiesen fazer e que los señores olos sus alcaldes que fuesen tenudos de gelas otorgar e delos non poner embargo alguno para que non apelasen, e que non les fiziesen mal nin daño por esta razón; ca él los tomaua a ellos e asus bienes en su guarda e en su defendimiento; pero que fasta aquí algunos delos señores delos lugares, e sus lugares tenientes, non han guardado la dicha ley pidiendo nos toda vía merçed sobre ello. <b>Nos por ende queriendo cumplir el rigor dela dicha ley, en tal manera que los señores delos lugares consientan que les fagamos graçia e merçed, como sienpre lo ouimos voluntad delo fazer, e los nuestros naturales non sean sobrepremiados nin agrauados en su justiçia e derecho: ordenamos e mandamos que quando los vezinos e moradores en los logares delos sennoríos se sintieren por agrauados de algunna sentençia que diese el alcalde o alcaldes en que el</b></p>	<p><b><i>Juridiçión suprema çivil e criminal pertenesçe a nos, fundada por derecho común, en todas las çibdades e villas e logares, de nuestros reinos e señoríos. E por esto: Mandamos que en la juridiçión suprema que nos tenemos en [defecto] de los nuestros juezes inferiores, ningunos, nin algunos de los señores que tienen o tovieren çibdades o villas, o logares, en los dichos nuestros reinos e señoríos, sean osados de impedir nin estorvar, en los dichos logares de señorío, a los que apelaeren para ante nos, o para ante la nuestra çançellería; nin a los agraviados que se vinieren a quejar ante nos; nin a los pleitos de los huérfanos e biudas, e pobres, e miserables personas. E los otros casos de nuestra corte que por las leyes de nuestros reinos se pueden [traher] ante nos, que non sean impedidos nin estorvados. E otrosí, mandamos a los que tovieren así las dichas çibdades e villas, e logares por señorío, que obedescan e guarden nuestras cartas de enplazamientos e mandamientos, so pena de la nuestra merçed. Otrosí, mandamos que la juridiçión, que en las nuestras çibdades e</i></b></p>

<sup>13</sup> Está copiada del Z.II.6, se puede leer en la lámina 32, pero ha sido cotejada con la copia de la RAH (CLC II, 9, p. 430), y son iguales. Consignado en negrita lo que Montalvo ignoró en su recopilación.

<sup>14</sup> OORR 3, 1, 1: Está copiada de M.<sup>a</sup> JOSÉ MARÍA E IZQUIERDO, *Las fuentes...*, pp. 333 y ss. Consignado en negrita y cursiva lo que Montalvo añadió de su pluma y en cursiva los cambios de redacción.



<i>Ley de Guadalajara de 1390</i>	<i>Ord. de Montalvo</i>
<p><b>derecho otorga apelación, que apele para ante su señor o para ante el su lugar teniente que ouiere a oyr de sus apelaciones; pero que es nuestra merçed quelas çibdades e villas, e lugares, do se acostunbró de oyr las apelaciones de algunas villas e lugares, que se vse según sienpre se vsó; e otrosí, quelas hordenes que sobre esto han algunos privilegios, que nos los muestren por que nos mandaremos como se deuen guardar.</b> E si dela sentençia del señor o del su alcalde o alcaldes se sintieren agraiados: que puedan apelar para ante nos o para ante los nuestros alcaldes; e los señores e los sus alcaldes que sean tenudos deles fazer otorgar las tales apelaciones, e deles non poner enbargo algunno por que non apelen según las derechos; nin les fagan mal nin daño enlas personas nin enlos bienes por esta razón; ca nos lo tomamos en nuestra guarda e en nuestra encomienda para que puedan fazer lo que dicho es, e seguir su derecho enesta razón. E aqualquier delos señores e sus ofiçiales que por sí o por otro pusieren enbargo alos que así quisieren apelar o apelaren a seguir su derecho, o matándolos, o firiéndolos, o prendándolos, o desterrándolos, o tomándoles alguna cosa delo suyo por esta razón, que demás delas otras penas enlos derechos contenidas, ayan las penas que se siguen: <b>primeramente quel que matare o lisiare, que pierda la juredición que ouiere enla villa o lugar; e si feriere de ferida que non aya lisió, o prendiere o desterrare y tomare alguna cosa delo suyo, que pague en pena diez mil, los quales se partan enesta manera: la terçia parte para la nuestra cámara, e la terçia parte para el acusador; e la otra terçia parte para los muros dela villa; e que todavía sea tenudo el señor deles tornar aquello quele tomaren por la dicha razón.</b></p>	<p><i>villas han e tienen en sus logares aldeas e términos, ninguno sea osado de poner en ellas ofiçiales nin personas que puedan impedir nin inpidan la juredición de las dichas nuestras çibdades e villas, por razón de señoría, que en los tales logares tengan, ;salvo si mostrare preuilegio en contrario.</i></p>

**TABLA 10**

<i>Numeración romana</i>	<i>Orden inicial</i>	<i>Correspondencia con la árábica</i>	<i>Ordenamientos</i>	<i>Monarca</i>
I-VI	1.º	No se corresponde.	Zamora (1274)	Alfonso X
VII-XVIII	2.º	27-38	Leyes Nuevas (1276)	Alfonso X
XIX-XXI	3.º	55-57	Valladolid (1293)	Sancho IV
XXII-XXVII	4.º	58-63	Valladolid (1307)	Fernando IV
XXX-XXXII	6.º	64-66	Burgos (1309)	Fernando IV
XXVIII-XXIX	5.º	67-68	Niebla (1300)	Fernando IV
XXXIII-XXXVI	7.º	91-94	Burgos (1315)	Alfonso XI
XXXVII-XL	8.º	122-125	Madrid (1329)	Alfonso XI
XLI-LVIII	9.º	126-142	Medina (1328)	Alfonso XI
CXIX-CXXVI	14.º	152-159	1.º Sevilla (1337)	Alfonso XI
CXXVII-CXXVIII	15.º	160-161	2.º Sevilla (1337)	Alfonso XI
LIX-LXVI	10.º	162-169	Burgos (1338)	Alfonso XI
CXXIX-CXXXIV	16.º	170-175	3.º Sevilla (1341)	Alfonso XI
CXXXV-CXLII	17.º	176-183	4.º Sevilla (1344)	Alfonso XI
LXVII-LXXVI	11.º	184-193	Segovia (1347)	Alfonso XI
LXXVII- C	12.º	194-217	Ord. Alcalá (1348)	Alfonso XI
CI-CXVIII	13.º	218-235	Nájera (1349)	Alfonso XI
CXLIII-CXLVI	18.º	236-239	5.º Sevilla (1353)	Alfonso XI

## LAMINARIO DEL Z.II.6

## LÁMINA 1

Letra humanística cursiva, siglo XVI en adelante (folio 0v)

y Ordenanças y Leyes delos Reyes de castilla  
 Don Alonso el io. llamado el sabio, don sancho  
 el 4.º don fernando el 3.º don Enrique 2.º  
 don Juan el 1.º don Pedro, don Alonso onçeno  
 don Enrique 4.º y dela reyna doña Juana,

## LÁMINA 2

Gótica redonda libraria, finales del siglo xv (folio IIIr)

el rey ouiere de fazer morada qles mande el rey dar  
 posada aerta de libre los phos por q judgue ca  
 da uno por sy e que los quatro alcaldes del regno  
 de leon q han sienp e andar en casa del rey. q se abno  
 Cavallero atal q sepa bien el fuero del libro e la  
 costumbre antigua e todos estos alcaldes q han de  
 judgar continua ment q sean legos. /  
 On la mañana q libre los phos e nos den cas ma  
 guas e los estrueros tomen remembraça de las  
 cas q ouiere de fazer e fagan las despues de yan  
 tar e las q fueren feças ese dia muestran las a  
 los alcaldes por q metan y su nombre ofus seña  
 les asy como lo den en fazer:

## LÁMINA 3

Gótica cortesana, finales del siglo XV-principios del XVI? (folio 7r)

i ignense las leyes e ordenamientos q el Rey  
 don alonso de qmo llamado sabio hizo e ordeno  
 pa abrenjar los pleytos en las cortes q tubo  
 en camoza co dizeido de los del Rey en el año  
 señor de mill e dozientos e setenta y quatro años y dia  
 eza de cezar de mill e tresientos y doze q fue en el  
 veynt e dos años del Rey Reynado lo qual e como ca ens  
 ta en esta

## LÁMINA 4

Gótica redonda libraria, finales del siglo XV, principios del XVI (folio 23r)

Leyes y ordenamientos del Rey  
 don alfonso decimo q fue  
 llamado almirante el qual  
 se dize el sabio o astrologo  
 eñ. 1100. xxiij. años  
 El fuero castellano que  
 fue dato primera mente  
 ala cibdad de burgos. ya o  
 tras cibdades y villas del Rey  
 no de castilla por que en el Reyno de los  
 el fuero suzgo que los godos ovieron fecho en  
 toledo. e este fuero castellano se llama el fue

## LÁMINA 5

Humanística cursiva, segunda mitad del XVI, atribuida a Pedro Ponce de León (folio 75r)

pareciendo q̄ se quiso alguno obligar a otro por promission o por algun  
 contrato o en otra manera, sea temido a aquellos a quien se quiso obligar  
 e non pueda ser puesta excepcion q̄ non fue fecha estipulacion q̄ quiere  
 dezir prometimiento con cierta solemidad de derecho, o q̄ fue fecha  
 la obligacion o el contrato entre ausentes, o q̄ fue fecha de escriuano  
 publico o a otra persona privada en nombre de otro entre ausentes  
 o q̄ se obligo a uno de dar o de fazer alguna cosa a otro, mas q̄ sea vale  
 dera la obligacion o el contrato q̄ fue hecho en qualquiera manera  
 q̄ parezca q̄ alguno se quiso obligar a otro o fazer contrato  
 con el

## LÁMINA 6

Híbrida humanística cortesana, segunda mitad del siglo XVI (folio 77r)

En el nombre de Dios. Amen. bien sabedes en como vos embiamos cartas  
 e despues de la venida de los yngleses. vros enemigos que  
 vinieron de este Reyno y unta muyento como quere las cosas  
 sobre vos queremos. son tales e de tal condicion. que era  
 muy ne cesario. que todos los mas de los mayores señores de vros  
 fuesen y unta dos de ello. e lo so visten. pero por que no la nece  
 sidad aze estar en aquellos lugares. son conplazeros. para  
 ser vido. e bien de vros señores non los oimos. en haz. e llama por  
 que era ne cesario. que esto visten. e lo estan en unto e vido. e  
 e como por oimos bien a dez tas. que a si los ostad es presente vno  
 los que no estan. seran bien prestos. para lo con pliz. Anco ser vido  
 e al bien sea de este señey no e las plazones que vos enten. e me o mos  
 e zar son estas.

## LÁMINA 7

Híbrida humanística cortesana, segunda mitad del siglo XVI (folio 256r)

La y mera cosa es que los Indios nos de mostraron  
 de los Rey en que mandan q se pñano. lo diere y le  
 yto con su dno (z sea granjare dentro suyo q no  
 le demos al cada (z sy el Indio sea granjare q el  
 senios. manda el Rey q a sy como el Indio pñe sea  
 pelar del suyo q sea granjare (otio sy el  
 Indio pñe sea a pelar sy q siere.

## LÁMINA 8

Texto en latín con abreviaturas jurídicas escrito por un experto jurista, principios del siglo XVI (folio 248r)

p<sup>r</sup> prescribi d<sup>u</sup> q no lo go t<sup>r</sup>e sur d<sup>u</sup>o ul. q. ante s<sup>b</sup>u prescribit<sup>r</sup> p<sup>r</sup> t<sup>m</sup> t<sup>e</sup>g<sup>r</sup>  
 Cuius iuris memoria no cotat p<sup>r</sup>inipe scilicet ante ul. expresse aut tante no cotradicte  
 ut. l. v<sup>o</sup> m<sup>o</sup> aque. et. l. diliget<sup>r</sup> in sua. do. C. de aqueductu. prescripserit ergo veniet  
 tametsi q<sup>u</sup>l<sup>u</sup>m m<sup>o</sup>is p<sup>r</sup> t<sup>m</sup> t<sup>e</sup>g<sup>r</sup> q<sup>u</sup> memoria h<sup>o</sup>is in cotum no existit spenabit  
 si quis lo go t<sup>r</sup>e p<sup>r</sup> 100. annos fuerit p<sup>r</sup>scat<sup>r</sup> in mari ul. flumine pul. no p<sup>r</sup> t<sup>m</sup> pres  
 cribit. ut. alium possit p<sup>r</sup>hibere p<sup>r</sup>scat<sup>r</sup> in di ipse sit in q<sup>u</sup>si possessioe p<sup>r</sup>scat<sup>r</sup> ut  
 l. si quis q<sup>u</sup>. ff. de d<sup>i</sup>verse. Et tempo. prescri. de quo p<sup>r</sup> bart. et ange. l. si ff. de ven.  
 lz ante d<sup>u</sup>m d<sup>i</sup>be p<sup>r</sup>petas maris no q<sup>r</sup>ant<sup>r</sup> in h<sup>o</sup> in memoria. tu quaki possessio  
 navigandi et p<sup>r</sup>scat<sup>r</sup> q<sup>r</sup>it<sup>r</sup> lo go t<sup>r</sup>e p<sup>r</sup>re. Sed q<sup>u</sup> si aliq<sup>u</sup> in aliquo dilectulo maris  
 Sicut sit p<sup>r</sup>scat<sup>r</sup> lo go t<sup>r</sup>e ul. navigare dem t<sup>r</sup>itate emm in quaki possessioe p<sup>r</sup> t<sup>m</sup>

## LÁMINA 9

Humanística bastarda segunda mitad del siglo XVI (folio 83r)

Lo que de parte de su mag<sup>a</sup>. mandá su Alteza consultar a los que aquí respon-  
 don es: si su mag<sup>a</sup>. podría con buena conciencia pedir a su santidad licencia  
 para vender los vasallos que los obispos e yglesias de estos Reynos tienen para  
 residir la armada del Turco e asegurar la mar e puertos de sus Reynos que  
 por la gran potencia de los infieles y herejes y por la ayuda que tienen son menester  
 muchas fuerzas y las necesidades de su mag<sup>a</sup>. son tan grandes que ni de las  
 Rentas de su patrimonio ni de las ayudas que tiene puede resistir a los enemi-  
 gos de la yglesia: ni pudiese publico bien della resistir a estos infieles y herejes  
 querria ayudarse con licencia de su santidad de lo que se sacase de vender estos  
 vasallos presupuesto que su intencion es dar a las Preladas e yglesias la renta que  
 agora tienen y recompensa bastante por el señorio y vasallos que se les vendieren

## LÁMINA 10

Cortesana de finales del siglo XV, principios del XVI, típica de la Chancillería  
(folio 81r)

Si alguno o z. senze / testamen. o en voluntad o voluntad  
 en qualquier manera o voluntad o senze en heredes o como a lo  
 vez o a otro testamen. o a lo menos / o del ligno de  
 de fiziere / o si lo fiziere sin lo mismo de su y. / o mor-  
 te o a otro a lo menos de su y. / o como de su y. / o si fuere lo que  
 de los senze / o si fuere el ligno en lo que no senze a  
 con a testamen. / o a lo menos / o de su y. / o testamen.  
 de a valeser lo que se senze en su voluntad o voluntad  
 del testamen. de a valeser lo que se senze en lo que  
 otras / o en el / o de su y. / o de su y. / o de su y. / o de su y.  
 heredes / o de su y. / o de su y. / o de su y. / o de su y.  
 de su y. / o de su y. / o de su y. / o de su y. / o de su y.  
 testamen. no fiziere / o de su y. / o de su y. / o de su y. / o de su y.  
 de su y. / o de su y. / o de su y. / o de su y. / o de su y.  
 la heredes / o de su y. / o de su y. / o de su y. / o de su y.  
 otros / o en el / o de su y. / o de su y. / o de su y. / o de su y.  
 en su voluntad o voluntad / o de su y. / o de su y. / o de su y. / o de su y.  
 de su y. / o de su y. / o de su y. / o de su y. / o de su y.

## LÁMINA 11

Letra humanística cancilleresca cursiva derivada de la gótica del xv, finales del xv, primera mitad del siglo xvi (folio 248v)

fuezo / uzo en latin y En romance q  
fue dado enpo de los godos

fuezo de alvedro / o de bazoñas q se dice de los  
fenezos q hizo el rey don alonso octavo y despues  
se emendo por el empador don alonso en las  
cortes de naxara y despues se ayudo y ayudo  
por el rey don alonso En las cortes de alcala de henares

// y meury  
fuezo de sepultura // en las mystras q se dio despues  
amenra

fuezo castellano fecho por el rey don alonso el denno en el  
q<sup>o</sup> libro de su año de su reynado q se dice fuezo del libro

ordenam<sup>o</sup> del mesmo Rey para abrenyar los pleytos en la  
era de mil e cxxij

ordenam<sup>o</sup> de tabuercas fecho por el mesmo era de mill e  
trezientos e xij

ordenam<sup>o</sup>  
diversas de lavarias y las leyes del dicho fuezo fecha por  
el mesmo rey don alonso en diversos tiempos

ordenam<sup>o</sup> fecho por el rey don sancho quarto fijo del rey don  
alonso en vallit era de mil e trezientos e treinta e quatro años

ordenam<sup>o</sup> tercero q fecho el rey don fernando tercero en  
vallit era de mil e cuarenta e cinco años

ordenam<sup>o</sup> segundo q fecho el rey don fernando segundo  
en burgos era de mil e trezientos e quarenta e seis

Despues desto se siguen los ordenam<sup>os</sup> del rey don alonso  
quinto y de los otros reys q sucesivamente ha fecho  
enpo del rey y de la reyna. vero señores

+  
q ha de entraz  
a declarano de  
afmonedas





## LÁMINA 14

Letra del escribano de cámara de la reina Juana, está datada en 1505 (folio 264v)

En toco d quatro dias del mes de abril de mill e quys e quatro dias  
 de mayo de mill e quatro e sesenta e cinco años. Yo el escrivano de las cosas  
 de la Reyna donaxpana nuestra senora fuere publicadas estas leyes  
 e estatutos e dadas en las cortes de madrid a trece de mayo de mill e  
 quatro e sesenta e cinco años. Yo el escrivano de las cosas  
 de la corte de sus altades e mibaxete q se llevo. Yo batolome  
 de castana escrivano de camara de sus altades q yo se  
 de castana

## LÁMINA 15

Gótica cortesana, finales del xv, principios del xvi (folio 120v)

7.  
 my baxiller e notarios e abogados my oficiales  
 e letrados de la corte de sus altades q yo se  
 yo se e de mill e quatro e sesenta e cinco años  
 firmados firmes q yo se e de mill e quatro e  
 chete. Razo con qual es q yo se de mill e  
 e otras firmes dadas en la corte de mill e  
 e noble e baxiller de mill e quatro e sesenta e  
 e de mill e quatro e sesenta e cinco años  
 yo se e de mill e quatro e sesenta e cinco años  
 yo se e de mill e quatro e sesenta e cinco años  
 yo se e de mill e quatro e sesenta e cinco años

## LÁMINA 16

Humanística cursiva cancilleresca, primera mitad del XVI (folio 118r)

alo que dize que aquellos que en el vno y el otro tiempo que  
 quando hnyere de dar galas que no den fin y eto  
 porho mynimo q teny nro bñe que les sea yzado  
 en aquel año que la dize segund que les fue  
 mandado en tiempo de los duques de Brax y como  
 dize segund q se yere a los otros de Brax

así segund que lo vire con dñico de los de my  
 de y lo ordenare y mandare que se yere  
 como cumple a my señoría.

## LÁMINA 17

Ley del OA que está desubicada en el Z.II.6 en relación al orden original del ordenamiento alcaláino (folio 197)

que en el caso de que se pague las deudas que  
 los acreedores deudas q ellos o sus herederos de  
 mandado las deudas de luego que a los deudores  
 o a sus herederos q no pueden poner la paga por  
 muerte de los testigos q se pague por cada la ca hona pa  
 gada q no deue q por esto se establese  
 mos q aq q alguno no demande contra otro con a aña  
 ca de el q el plazo llegare no la demandare en juizio  
 onó fízere en plazo la pte sobrello onó fuere fecha  
 entrega por ella falta diez años q dende adelante q  
 puda la demanda q aya q no sea oyo sobrello de n  
 las deudas q se pague de q son pasados siete  
 años

o mas q las puedan demandar falta tres años q sy non  
 fueren pasados siete años q las demanden de el dia q se  
 pto el plazo aq aña a ser pagada la deuda falta cumph  
 ny de los dhos diez años q des pues q no sean oydos q las  
 deudas q las demandas q enere los juicios por tuz onde  
 paxen tablas q fízere con los dhos años q no puedan ser  
 demandadas ni entregadas des pues de los diez años del  
 dia del plazo aq enere a ser pagadas: 6

## LÁMINA 18

Indican los ordenamientos que faltan

(folio VI vir)

Aquí ha luego de entrar el libro de las ta  
 buxayas q<sup>e</sup> maestre Rolan. por manda  
 do d<sup>e</sup> Ate. Rueda i<sup>o</sup> de amo ordena  
 con el p<sup>o</sup> d<sup>e</sup> R. m.

(folio 143v)

falta el ordenam<sup>o</sup> de buyos  
 de la vander y del trenco (en)  
 de ley

(folio 94v)

falta aqm<sup>o</sup> el de vallyt  
 de ley

LÁMINA 19

Indican el lugar de una ley

(folio 64r)

Otro si si passere en la ttra e en las villas e en las  
lugares de donde fueren q den buenos fadores q des  
pues q pasaren el ome q es juez e los alcaldes e los  
otros oficiales de las villas e de los lugares q esten y  
treyn ta dias acen mendar las gresillas e los adelantado  
q den los fadores q cumplan de de por ante m si n  
plazo q los gresilleros e q tabas q fagan e cumplan la  
justicia

Otro si tengo por bien e mandado q todo ome q andar balojo  
sin leonor en la my casa q el mto alguna sil q lo eche ende e  
y despues y tornar q lo ome eche a acoites

Otro si tengo por bien e mandado q el adelantado e los mer  
nos de castilla q no entran en pades e contra de lo q m por las  
estrema duras m demando y omzillo m calopura q ng

Otro si el adelantado e los mnes de ttra de leon q no entran  
en castilla q merjadar m demandas y omzillo m calopura q ng

Otro si tengo por bien e mandado q ningun mercader q en esta my ca  
sa no trayan por la villa lanca m el pados m co millos to  
taneros m lor lqas m lor gones m por a arma vedada q  
no los ome del myo alguna sil e sy non qual qe q las tro  
xire q los ome del myo alguna sil q gela s tomen e de la

Otro si tengo  
por bien y ma  
do q qn los  
redalleros q  
on tres buenos  
delas villas e de  
los lugares de  
myo e q no se  
noren al myca  
sa por manda  
do m y co m p  
ren y replaor  
q trin tem y m  
ren y y m y m  
hoyers fenta  
q lle que as  
cas e q m y  
que no lo  
faca y lre  
maten por  
de que q di  
gan q han a  
tra ellos m  
q q me q lo  
faga q lo ma  
ten por elle

(folio 27v)

meo e q qn dolos  
suanos fazen cas  
suanos de do bo q  
: dno a lo q no qe  
s juanos q el q uan  
sas qul es el fudo  
al es el de bo d: ma  
el rey q los est  
s no fagan q m q  
de bo e n q no fca  
esto a para me: ce  
les el fador: q m  
el de bo d: q e m  
sea de todas las  
boas q fure fchas  
are: loas e juanos  
naces: Otro me  
cuero: los est  
os q m p uan d ber  
re est: juanos q los  
los ome buanos q  
a los ayen m en e  
de sto no tengo yo por bie e mandado q aguarden a los allos e q sean prestos por q los pueda aver los ome  
ineros quando los omyer e mander e q val fi ziesen no gelo consintades e enbiad mela desir e  
yo est: mhar: lobe e por ac otro en fultar: dada en xeres el rey llamando dar domingo: xxxiij  
de mar: ce: era de sbr: ar: xv años: yo Juan mthe la f: est: euyr:

hagan ende al

de los bazeros q oizen q aluegan los plios  
e q resiben los ome gran dapno de sus oves  
go q den en los alcaides guardar:

E sy de q el alcaide entendiere q el bazero de  
fuye e sale de la fazon maliciofa m enre luy  
gelo deue castigar e tornar le ala feso  
me al pto por q no aya poder de alogar

O sy esto no faze la culpa fuya es e m a otr  
guya los q su bos no saban tener los bazeros  
no pueden casti ellos

alo q desides q los el fagos bene figados e  
alos juzios con los alcaides e a o se fago los

el rey  
abogades

## LÁMINA 20

Correcciones

(folio 27r)

q<sup>ue</sup> yuades almonetete p<sup>or</sup> op<sup>eraciones</sup>  
 vros bezinos o por otras cosas q<sup>ue</sup> vos acaestien  
 q<sup>ue</sup> alongades las señales pa otro dia opa'ade  
 lauz et esto que es agranyam<sup>iento</sup> de los omes.  
 L<sup>etra</sup> n<sup>ra</sup> a señal aot<sup>o</sup>

(folio 34r)

ha dentro  
 adonde esta  
 otra señal  
 como esta

# Ola otra cosa es q<sup>ue</sup> dize vnaley enel titulo delas fiadu  
 ras q<sup>ue</sup> non sea uy gado: metiesca otro por fiador el fia  
 dor peche la demanda asy como es fiuto q<sup>ue</sup> el deudor  
 q<sup>ue</sup> duple la demanda e el duple q<sup>ue</sup> sea la meate del fiador.  
 Ola otra q<sup>ue</sup> va contra esta enel titulo delos fiadores q<sup>ue</sup> dize  
 q<sup>ue</sup> sy el fiador pechar por aql q<sup>ue</sup> le metio en la fiadura q<sup>ue</sup>  
 peche quanto por el pecho e las costas sy algunas fizo  
 e dudamos en este lugar e q<sup>ue</sup>remos saber q<sup>ue</sup>rra ment<sup>e</sup> por q<sup>ue</sup>l  
 dellas judgaremos

(folio 124r)

uelto cel p<sup>or</sup> uos q<sup>ue</sup> oigo e tengo por v<sup>er</sup>o  
 yodiego peres dela camara de esta r<sup>ey</sup> por mandado del d<sup>ho</sup>  
 señor rey era de mill e trescientos e sesenta e siete años  
 dada dada en madrid nueve dias de a<sup>bril</sup>  
 ayto era de mill y trezeientos y sesenta  
 y siete años yo l<sup>ey</sup> alfonso la fiz e fize  
 yz por mandado del Rey

## LÁMINA 21

Prólogo de las Leyes Nuevas (1279) de Alfonso X (folio 27r)

qui comiençan las leys nuevas q̄ fuerō  
 feças por el rey don a<sup>o</sup> decimo despu  
 es de ordenado el fuero castellano de  
 leys sobre lo q̄ dubdauan los alcaides de  
 corte. *y* ponen se aqui segū la orden delos libros  
 y titulos del dho fuero real porq̄ mejor se hallen

Prólogo del Ordenamiento de Valladolid (1293) de Sancho IV (folio 55r)

ste es el ordenam̄ q̄ fizo el rey don sancho quarto fi  
 lo del rey don a<sup>o</sup> decimo en las cortes q̄ fizo en va  
 lladolid era de mill e tresientos e treynta e do  
 años q̄ fue en el decimo año de su reynado y y esta  
 vese por la orden delos libros y titulos de fuero castella  
 trofi alo quos mostraren en razon de los oficiales  
 de nra casa q̄ meragan en las villas e auen alas

*m/*  
*li. y del fi*  
*no m̄ de*  
*pla o am̄*

Prólogo del Ordenamiento de Burgos (1309) de Fernando IV (folio 64r)

qui comiençan las leys nuevas e ordenam̄ de co  
 sas q̄ establecio el rey don fern<sup>o</sup> tercero en las  
 cortes q̄ fizo en balle burgos en la era de mill  
 e tresientos e quaranta e seys años. *y* ponense por  
 la orden delos libros y titulos del fuero castellano

*+ + li. y del fu*

## LÁMINA 22

Notas marginales

(folio 27r)

trofy delo q me dixiero q quando yo en  
 buana alguna carta avos los alcaides  
 e fizades lo q yo vos mando en ella e lo ai  
 pludes e dize la carta q quando fuere leyda q  
 gela dedes  
 tengo por bien q cumpliendo vos lo q yo mando  
 en ella q gela non dedes

alcaides  
 los q me dize  
 de los alcaides

(folio 31r)

Dre q fizo el Rey q non se mueren ni mueren no pueden ve  
 redar sus bienes por proydos  
 manda el Rey q quando el Rey o su Rey o su Rey o su Rey o su Rey  
 tu mas p pias q qual buer ano tomare q tome lo fizo con  
 fenta e sy alcaide non lo qiere q faden a otro por ten  
 ta e si dixer q lo non qere acobar e no qiere da  
 tado como behere  
 manda el Rey q lo dea ajen mas diere con buen dardo  
 e q fazienda con ello a los paxentes mas p pias q fda  
 manda el Rey q el q fiziere debda o fazienda o fazienda q no  
 pua vender ni qnq cosa della fasta q la q auere  
 la debda fize e lo sea pagado  
 e sy alguna cosa vendiere delo manda el Rey q se pade  
 tornar a ello e q sea entregado en ello e vendida q se  
 fizier non q fazienda sy la compra touo ano e diu a sy  
 como es fuere

los q me  
 de los q me  
 de los q me

los q me  
 de los q me  
 de los q me

(folio 60r)

a esto digo q lo tengo por bien e q lo otorgo e q ayi  
 los buenos vsos e las buenas costumbres  
 # Etrofy alo q me dixiero q tome muchas aldeas e  
 terrafs e los moxos de las mrs dillas e de los  
 mrs regnos e las dy por here dany ajen tuq por

los q me  
 de los q me  
 de los q me



LÁMINA 23

Ejemplos de textos escritos en gótica libraria y gótica cortesana y de correcciones respetadas en la segunda copia.  
Prólogo de las Leyes Nuevas de Alfonso X (folios 27r y 39r respectivamente)

qui comiençan las leys nuevas q fueron  
fechas por el rey don alfonso de castilla  
despues de ordenado el fuero castellano de  
leys sobre lo q ordenavan los alcaides de  
corte y porense aqui segun la orden de los libros  
y titulos del dho fuero real porq mejor se hallen

tosy de lo q me dixieros q quando yo en  
biava alguna carta a vos los alcaides  
e fazedes lo q yo vos mando en ella e lo q  
plades q diga la carta q quando fuere leyda q  
gelades.

alcaides  
libro primero del fuero  
de los alcaides

qui comiençan las leys nuevas q fueron fe  
chas por el rey don alfonso de castilla despues  
ordenado el fuero castellano de leys sobre  
lo q ordenavan los alcaides de corte y porense aqui  
segun la orden de los libros y titulos del dho fuero  
real porq mejor se hallen

alcaides

libro primero del fuero de  
los alcaides

tosy de lo q me dixieros q quando yo enbiava  
alguna carta a vos los alcaides e fazedes  
lo q yo vos mando en ella e lo q conzades en

## LÁMINA 24

Leyes Nuevas de Alfonso X (folios 27r y 39 respectivamente)

Otro si me fizierō entender en rason de las señas  
 les q quando vos los alcaides nō podades  
 librar los pleyos por causas q otros lleguano  
 q yuades al monesterio o por muertes de alguno  
 vros vezinos o por otras cosas q vos acaescien  
 q alongades las señas pa otro dia o pa ade  
 lant de esto que es agrarquim de los omes:  
 tengo por bien q quando alguno paze señal aot  
 pa ante nos q cada dia non los podieredes hido  
 alongar las se

Otro si me fizierō entender en rason de las señas q  
 quando vos los alcaides nō podades librar los pley.  
 vos por causas q otros lleguano o q yuades  
 al monesterio o por muertes de alguno vros vez  
 nos o por otras cosas q os acaescian q alongades las  
 señas para otro dia o para adelante de esto que es  
 agrarquim de los omes:  
 tengo por bien q quando alguno paze señal aot  
 pa ante nos q cada dia non los podieredes hido  
 alongar las se

LÁMINA 25

Sumario de los ordenamientos de Sancho IV con la marca del agujero (folio 49r)

Ordenamiento del Rey don Sancho quarto que se dixo Sancho madruça

pmo. er. | Ucccxxxj. a<sup>o</sup>.

allid.

ino d on  
bris e.

Ordenam<sup>o</sup>. primero que fizo el Rey don Sancho quarto en las cortes de ballio a beynte e dos dias de mayo. era de mill e tresientos y treynta y vn años. De p<sup>o</sup>caions

## LÁMINA 26

Sumario de los ordenamientos de Fernando IV (folio 49v)

Ordenamj<sup>e</sup> que fiso el  
 Rey don fernando ter  
 cero deste nonbre

primero. e. 1. Ucccxxvij.

cibdat R<sup>o</sup>.

Ordenamiento primero de leyes que  
 fiso el Rey don fernando tercero  
 encibdad Rodrigo en tpo de  
 sus tutorias a dose dias de  
 abril. era de mill y trescientos  
 y treynta y ocho años

no fiso de  
 la pena

Segūdo. e. 1. Ucccxlvi. a. s.

ballid.

Ordenamj<sup>e</sup> segundo que fiso el Rey don fer  
 nando tercero en las cortes de ballid. era de  
 mill y trescientos y quatro y cinco años  
 de pñiciones

Tercero. e. 1. Ucccxlvi. a. s.

Ordenamj<sup>e</sup> tercero que fiso el Rey don  
 fernando tercero en las cortes de burgos  
 a tres de jullio era de mill y trescientos  
 y quarta y seys años. de pñiciones.

Declaracion de las mone das que co  
 rrian en estos Reynos en tpo del fuero cas  
 tellano y de los otros fueros.

LÁMINA 27

Nota aclaratoria sobre el Fuero Real y Partidas contenida en la copia sucia del sumario del rey sabio (folio 24v)

**ccia. 1000.**  
 // de la era de 1000 en  
**partidas**

quarto año del Reynado deste Rey don alonso  
 para de sant iuan bauptilta se comenzó a com-  
 pener las partidas y se acabaron en siete  
 años como esta escripto e se contiene en fin  
 del primer prologo dellas. donde se contiene  
 que fuerd acabadas en la herad mill e trece  
 tos y que se comenzó a poner bista de sant  
 iuan bauptilta fuerd sesenta e oydias an-  
 tes de la publicaciõ del fuero castellano. y  
 es de notar lo q se dize en la dha coronica del  
 Rey don alonso en el octavo año de su Reynado  
 donde dize que por q todos los pleytos no

Las partidas  
 de partidas es  
 de tambien for  
 arababas por me  
 da de ste. Rey de  
 alonso de mo. e  
 qual libro fue  
 gnlar y cast  
 diuino. por q he  
 q fuerd public  
 das por onada  
 de alomrazo  
 spanoles de la su  
 ria de los de arbi  
 y la ora dellas esta

Copia limpia del mismo fragmento (folio 23v)

Dellos loque en aquel tpo passo fue neccario  
 al coronista de caer en dos herrores. el vno cre-  
 ciendo las heras para que juntasen con los fechos  
 y eras de las otras coronicas passadas. y el  
 otro dividir y partiz los fechos de vn año en  
 otros años porque ninguno de los años q da  
 se basio. e abn no pudo tanto hacer q algũ  
 año no q dase sin deir nada q en el oviere acon-  
 tecido

**ccia. 1000.**  
**L**as siete partidas fuerd tambien acabadas  
 por mandado deste Rey don alonso decimo.  
 El qual libro fue singular y cast diuino por  
 que hasta q fuerd publicadas por onada  
 alcançaron los spanoles de la ciencia de los  
 derechos. y la era dellas esta tambien herada  
 en las de mo. e por q en el quarto año del Reynado

## LÁMINA 28

Copia sucia del colofón de la nota aclaratoria (folio. 25r)

Diversas declaraciones alas leyes del  
 fuero fechas por este Rey don alonso de  
 cimo en diuersos tps dellas sindata y della  
 conella.

Copia limpia del colofón de la nota aclaratoria, (folio 26r)

Diversas declaraciones alas leyes

Continuación (folio 26v)

del fuero fechas por este Rey don alonso de  
 cimo en diuersos tps dellas sindata y de  
 llas conella.

fiso y copio (o tras leyes y quadernos q  
 por no ser generales no se base aqui memo  
 zia dellos. Conpuso la coronica de spaña  
 hasta su tpo y la general del mudo  
 y la coronica de ultramar y las tablas  
 que disen al fonsis. y el genesi al  
 fonsi. y el libro de virtutibus  
 herbarum, y conuertio del latin  
 en nra lengua castellana mucha  
 parte de la sagrada escriptura y por  
 estas y otras cosas se llamo Sabio.

## LÁMINA 29

Notas manuscritas de Ponce de León.

Nota del traslado (folio 75r)

traslado de leyes de castilla fielmente sacados de los ordenamientos de Reyes  
 q' las hizieron los quales yo el h'no d'no don ponce de leon vi p'prios oculis

76

Nota marginal (folio 75r)

El Rey don alonso  
 el primero en Burgos  
 donde ordeno la or  
 den de los cavalleros  
 de la randa y rna  
 de las leyes q' los puso  
 fue esta la qual se  
 ade nota r muelo  
 pa los que es de las  
 justas q' en estos  
 tiempos se hazen

primera mente se p'mos que los cavalleros que o bieren de justar fagan quatro  
 demias. e no mas. e sy en estas quatro demias e. el vno cavallero q' b'ra e vna  
 asta en el otro cavallero e el cavallero en que fuer q' b'ra sea el asta no que b'ran  
 tate ninguna. e no e f'etal q' sea vna q' no p'ues la non q' b'ra. e no si se p'mos que  
 si que b'ran tate el vno de los astas el otro non e de vna que. y yala me zonia el qual q'  
 b'ran tate de los q' si el que b'ran tate la vna se q' fi baze el yelmo. e loz cavallero  
 de los q' de vno q' sea y g'nal q' no con el que b'ran tate de los astas. e no si se p'mos  
 q' b'ran tate vna cavallero. de los astas q' no cavallero. e quien la q' b'ra se q' fi

Nota marginal superior (folio 78r)

en el principio de las cortes q' celebros el Rey don juan el p'm.  
 en la r'ra g'zonia esta. este Baroñamiento suryo fue año d'  
 mil y tres cientos y ochenta y seys

78

## LÁMINA 30

Texto de una de las leyes del traslado con anotación entremedias (folio 81r)

Item sepa v. m. que en la libreria ay dos libros  
 de los ordenamientos vno de molde y otro de mano y de ambos  
 quise sacar de vbo ad verbum las leyes en esta manera  
 En el libro. 3. tt.º 8. ley. 3. dize assi en el margen / Reydo  
 a.º. en abada era de 11ta. hora vj. y la ley dize assi  
 y pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por promission o por al  
 gun contrato o en otra manera sea tenido de cumplir a quello que se  
 obligo enõ pueda poner excepcion que no fue fha stipulacion q. quise  
 de q. promettimiento con cierta sollemnidad de dho. o que fue fha el con  
 trato o obligacion entre absentes o que fue fha a fho. p.º. o a otra  
 persona p.º. en nombre de otros entre absentes o que se obligo alguna  
 de dar a otro de fazer alguna cosa mandamos que toda vez que  
 la dha. obligacion e contrato que fuere fha en qualquier manera  
 que parezca que vno se quiso obligar a otro.  
 y del que esta scrito de molde abala vca. v. m. y los coteje / tambien del  
 de las peticiones saque esta misma ley y notiene peticion. y dize assi  
 tt.º xvj. de las obligaciones ley. 1. como vata la obligacion entre  
 absentes aunque no aya stipulacion.  
 y pareciendo que se quiso alguno obligar a otro por promission o por  
 algun contrato o en otra manera sea tenido a aquellas a que en

Continuación (folio 81v)

obligo enõ pueda ser puesta excepcion que no fue fha stipulacion que  
 re de q. promettimiento con cierta sollemnidad de dho. o que fue fha la  
 gacion o el contrato entre absentes e que se obligo admo de dar o de fazer  
 alguna cosa a otro mas que sea valedera la obligacion o el contrato  
 fuere fha en qualquiera manera que parezca que alguno se quiso  
 obligar a otro o fazer contrato con el.



## LÁMINA 31

Las dos leyes de Alfonso XI, sobre la primacía de León en las cartas de la Chancillería (folio 80v)

en el ordenamiento q' hizo el Rey don alonso en leon  
ay este

otro si a los q' nos pidieron por q'nd q' quando alguna carta viniere  
de la nra chancilleria q' se ponga primero leon q' toledo e si  
lo contrario fizieren q' ayda la carta por desafortada e q' lo no  
cumplan

a esto Respondemos q' tenemos por bien q' en las cartas q' fueren  
pa el Reyno de leon o fuera del Reyno q' se ponga primero  
leon q' toledo e si lo mandamos guardar fuesse aqui e lo  
mandaremos guardar de aqui adelante  
al fin del mesmo ordenamiento ay este cº

otro si los perlados e barcos o mes e cavalleros del Reyno de  
leon e goviadores de las villas e lugares del dicho Reyno  
pidieron nos por q'nd q' tuiesemos por bien q' en las cartas q'  
fuesen a qualquier abtades e villas e lugares de nro señorio  
q' mandasemos q' se pusiesen en ellas primero leon e non  
toledo q' era Bazon e se demia faren

a esto nos Respondemos q' tenemos por bien q' en las cartas  
q' fueren a toledo e las cartas q' fueren a las villas e lugares  
q' son de la ciudad de toledo q' se ponga primero toledo q'  
leon e las cartas q' fueren a todas las ciudades e villas e  
lugares del nro señorio otro si las q' fueren fuera del Reyno  
primero leon q' toledo e mandamos a los nros notarios  
e al nro chanciller e a los q' estan ala tabla de nros sellos  
q' lo fagan asi guardar de aqui adelante

## LÁMINA 32

Una ley de Enrique II en Toro y de Juan I en Guadalajara (folio 75v)

El Rey don Enrique 2º en Toro petición 25

alo q nos dixeren q por quanto los escrivanos e notarios dela yatria  
autorizan y apostolicales se entrometen de hazer contratos e  
cartas publicas en los contratos seculares e de la nra jurisdiccion  
seclar q por esta razon q se menara la nra jurisdiccion e q  
nos pedian por fmd q mandasemos e defendiesemos q los tales  
escrivanos e notarios q no diesen fe ni fizesen escrituras ni  
contratos ni cartas en lo temporal ni en lo q tañe alo seclar  
ni ala nra jurisdiccion temporal, mas q vsasen y escriviesen  
y fizesen fe en aqellos casos q fuesen dela yatria e perteneciese  
a ella segun q lo ordenara el dicho Rey nro padre q dios  
perdone desques q fue de pedad en las cortes q fizo en valladolid  
a esto vos respondemos q es nro funcio e q nos plazca salvo si  
fizieren con autoridad nra q les demos pa ello

El Rey don Juan el primero en guadalajara

grandes e muchas querellas de los nros naturales nos acucian  
de proveer de remedio conuenible por razon q algunos de los  
señores de los lugares de los nros Reynos non consienten apelar  
pa ante nos ni otorgar las alcaldas a nos e lo q es mayor sin  
razon contra los nros derechos e contra la nra corona Real  
fieren e matan e encarcelan e despechan a los q apelan pa ante  
nos e se vienen a querellar q les non otorgan las alcaldas  
q fizieron pa ante nos e pa ante los alcaldes dela nra corte  
e de como qñier q sobre esta razon el Rey don Enrique  
nro padre q dios perdone en las cortes de burgos fizo orde  
namiento en q todos los vezinos y moradores de lugares de  
señorios qualesquier q quisieren apelar de las sentencias q contra  
ellos fuesen dadas pa ante nos e pa ante los nros alcaldes q  
lo podiesen fazer e q los señores de los sus alcaldes q fuesen  
tenidos de qe las otorgar e de los non poner embargos alguno  
pa q non apelasen e q no les fiziesen mal ni dano por esta

Razón ca el los tomara aellos e azus bienes en su guarda  
 e en su defendimiento / por q fasta aqui algunos de los  
 señores de los lugares e sus lugares tenientes no han guar  
 dado la dicha ley pudiendo nos toda via merced sobre  
 ello / nos por ende queriendo cumplir el rigor de la  
 dicha ley en tal manera q los dichos señores de los luga  
 res consientan q les façamos grã e merced como siempre  
 lo ovinos voluntad de lo fazer e los nros naturales non  
 sean sobremiados nin agraviados en su justicia e derecho  
 ordenamos e mandamos q quando los reynos e morado  
 res en los lugares de los señorios se sintieren por agravia  
 dos de alguna sentencia q diese el alcalde o alcaldes  
 en q el derecho otorga apelacion q apele pa ante su señor  
 o pa ante el su lugar teniente q oviere de oyr de sus  
 apelaciones por q es nra merced q las ciudades e villas  
 e lugares do se acostumbro de oyr las apelaciones de algu  
 nas villas e lugares q se vse segun siempre se vsó e otrosi  
 q las bordenes q sobre esto an algunos privilegios q nos  
 los muestren por q nos mandaremos como se denen guardar  
 e si de la sentencia del señor o de su alcalde o alcaldes se sinti  
 eren agraviados q puedan apelar pa ante nos o pa ante  
 los nros alcaldes e los señores e los sus alcaldes q sean  
 tenidos de les fazer otorgar las tales apelaciones e de los  
 non pñer embargo alguno por q non apelen segun los derechos  
 ni les façan mal ni daño en las personas ni en los bienes  
 por esta Razón ca nos lo tomamos en nra guarda  
 e en nra encomienda pa q puedan fazer lo q dicho  
 es e seguir su derecho en esta Razón e a qualquier de los  
 señores e sus oficiales q por si o por otro quisieren embargo  
 a los q así quisieren apelar o apelar en a seguir su derecho  
 o matandolos o firriendolos o prendandolos o desterrandolos o  
 tomándoles alguna cosa de lo suyo por esta Razón q demas



## LÁMINA 34

Ley de Pedro I en Valladolid (folio 82r)

*El Rey do n pedro en valladolid*

89

*a lo q̄ dicen q̄ en los privilegios e cartas q̄ les an de confirmar q̄ les  
 faz en entender q̄ mandan los dela mi audiencia q̄ digan  
 en la confirmacion q̄ les se an guardados como fueron  
 vsados e guardados fasta aqui e pidieron me fmd q̄  
 mande q̄ se non contenga en la confirmacion e digan  
 q̄ les sean guardados segun se en ellas contiene §§§§§§§§§§  
 a esto Respondo q̄ asi lo mande guardar e se guarda en las  
 confirmaciones q̄ se agora fazen*

## LÁMINA 35

Nota manuscrita de Pedro Ponce de León (folio 82v)

*en el año de 1553. su alteza del principe don felipe mando  
 Juntar a fray bernardo de fresneda su confesor y fray alonso de castro  
 y fray fransisco pacheco frayles dela orden de san fransisco y al maestro  
 fray nicolobor cano obispo de canaria y al maestro fray bartolome de miranda*

LÁMINA 36

Nota repetida que acompaña a una de las leyes del segundo grupo de leyes sueltas (folios 119r y 120v)

Ord. de m. m. y. <sup>20/11</sup> del 119.  
 Rey don enrrique q<sup>o</sup>  
 Año de. Lviij. en bmgos  
 C y a d o m m y es p e s u m a s p u e r  
 y sacas y n g u a s d e  
 las y ordena r o  
 an f e l o

En bmgos de la rraa de dnos lxx se oca lla de lxx  
 por q a d e m p l e a m y b e n y a b y a l b i e d l a o f a p u b l i c a .  
 d m s l x x m s y a l p a a f a c e r n d e y t r a n s m i s s a d  
 d l l o s y r o y e a a l m e n i d l a s d i l l a s y l i n g u a s y t r i a s  
 d l a s d e c r e t a s d l o s d i n s o m s l x x m s y p o r q u e y o

Ordena m. Segundo - del Rey don enrrique q<sup>o</sup> En bmgos  
 Año de. Lviij. Sobre las sacas y cosas vedadas. e  
 ordena r o v e j a s e m e v a s p a e l c o s e j o A n o d e  
 Lx. en madrit

# El más antiguo Estado de derecho en Europa y en América (siglos XI al XXI)

Parangón entre el *si recte facias* hispánico, el *rule of law* inglés  
y el *règne de la loi* ilustrado\*

*Rex eris, si recte facias si non facias, non eris*

ISIDORO DE SEVILLA

*Rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege*

BRACTON

*Ein Federstrich des Gesetzgebers lässt Bibliotheken rechtgelehrter  
Literatur zur Makulatur werden.*

VON KIRCHMANN

SUMARIO: Estado de la cuestión.—El Estado de derecho.—*Si recte facias*...—Estado de derecho jurisdiccional e individualista.—Bienes y derechos.—Rechazo hispánico.—I. Reconquista: el más antiguo Estado de derecho en Europa. Frontera entre dos mundos, pluralidad de creencias y de personas. Primer Estado de derecho en Europa. Del señorío de derecho al Estado de derecho. Fueros y *Partidas*. Política basada en deberes. Se obedece pero no se cumple.—II. Conquista: el más antiguo Estado de derecho fuera de Europa. La monarquía entre conquistadores y conquistados. Buen gobierno de los naturales. Recursos judiciales. República de los naturales. Los indígenas, personas y vasallos libres. Estado de derecho multicultural. Organización político-eclesiástica de la América indiana. Dualidad de poderes supremos y Estado de derecho. Poderes supremos y menores. Justicia y gobierno. Audiencia y Estado de derecho. Servicio al rey y defensa de la constitución. Premio, merced y gracia. Lucha por el derecho. Práctica del Estado

---

\* El autor agradece a la Alexander von Humboldt-Stiftung, su apoyo bibliográfico y para realizar una estada de investigación en el Max Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte de Francfort a.M., y al director de este instituto Prof. Dr. Michael Stolleis por su cordial acogida.

de derecho.—III. Modernidad barroca: protección hispánica a los bienes y garantía inglesa de derechos subjetivos en el *rule of law*. Protección frente al poder. *Life-liberty-estate*. Hobbes y el derecho subjetivo. Protección y servicio. El orto del patriotismo.—IV. Modernidad ilustrada. Tres vertientes de Estado de derecho: hispánico, anglosajón e ilustrado. Expansión y erosión del Estado de derecho. Vertientes de la Ilustración y del Estado de derecho. Relación Estado-derecho.—(I). Primera vertiente: Estado de derecho hispánico, apogeo, crisis y la recuperación.. Apogeo del Estado de derecho. Judicatura y Administración. Binomio Audiencia-Presidente. Protección de las personas y bienes, eficacia práctica... Estado modernizador. Crisis del Estado jurisdiccional: las dos constituciones. De la lucha por la constitución a la luchas por el poder. Desgobierno y anarquía. Monarca y Estado. Fin del régimen de gobierno. Quiebra de la constitución jurisdiccional. Monocracia hispánica. De la policía al gobierno. Los otros poderes. El parlamento inalcanzable. Poder y respeto a las personas. Teoría y realidad de su protección. Bello y la crisis del Estado de derecho hispánico. Apego y desapego. La propia consciencia política y conciencia cívica importada. Agotamiento de la constitución escrita y recuperación de la propia. *Estado novo* y pluralidad de poderes y protección a las personas. Representación y protección. Retorno a los recursos. Amparo y *mandato de segurança*.—(II) Segunda vertiente *rule of law*, culminación y caída. Jueces y parlamento. Lost Right, el derecho bajo la soberanía del parlamento.—(III) Tercera vertiente: *règne de la loi*. Por la pendiente totalitaria. Gobierno de las leyes. Constituciones escritas. Entre dos constituciones. Autolimitación del poder. Disolución de la comunidad política. Estatalización del derecho. Protección a las personas. Del gobierno de las leyes al de una Nomenclatura. Estado de derecho y Postmodernidad.—Síntesis y conclusión: casuismo, precedente y legalismo. Casuismo hispánico. Trama multicultural. Casuismo originario, anterior al derecho escrito. Culminación del casuismo y del Estado de derecho hispánico. Entre casuismo y legalismo. Lo importante y lo indiferente, casuismo y constitucionalismo. Precedente anglosajón, *stare decisis*. *Stare decisis* y *statute law*. Legalismo ilustrado. De autolimitación a la estatalización. Para verdades el tiempo.

Del Estado de derecho en el mundo hispánico se habla poco y se sabe menos. Parece haber sido relegado a un segundo plano por otras versiones más recientes, como el *rule of law*<sup>1</sup> o el *règne de la loi*<sup>2</sup>. En parte esto puede deberse

<sup>1</sup> La equivalencia entre *rule of law* y *Rechtsstaat*, fue señalada ya por MAITLAND, F.W. Introducción a GIERKE, Otto, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, 1939. DICEY, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1881) ed. definitiva 1915, Londres 1982 10ª. RAZ, Joseph, «The Rule of Law and its Virtue» en él mismo, *The Authority of Law*, Oxford 1979. MACCORMICK, Neil, «Der Rechtsstaat und die rule of law» en *Juristenzeitung* 39, 1984. HARDEN-LEWIS, *The noble Lie, British Constitution and the Rule of Law*. Londres, 1986. VAN CAENEGEN, R. C., «The Rechtsstaat in Historical Perspective» en, *Legal History : A European Perspective*, Londres-Río Grande 1991. MOHNHAUPT, Heinz, «Zur Geschichte des Rechtsstaat in Deutschland en *Acta Facultatis politico-juridicae Universitatis Budapestiensis* 34, Budapest 1993-1994. Brand JÜRGEN y HATTENHAUER, Hans, *Der europäische Rechtsstaat. 200 Zeugnisse seiner Geschichte*, Heidelberg 1994. SOTO-KLOSS, Eduardo, «La rule of law, una pervivencia de la idea clásica de lo justo natural» en su *Derecho Administrativo*, 2 vols. Santiago 1996, 1.245 y ss. Por el contrario, señalan una contraposición entre *rule of law* y *Rechtsstaat*; ZAGREBELSKY, Gustavo, *Diritto Mite* (1992) trad. castellana *El derecho dúctil*, Madrid 1995. CLAVERO, Bartolomé, *Happy Constitution, cultura y lengua constitucionales* Madrid 1997. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Rule of law o Estado de derecho*, Madrid 2003.

<sup>2</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, «Estado liberal de derecho y Estado social de derecho», en *Acta Salmanticensia*, Salamanca 1955, ahora aumentado en su *La lucha por el Estado de derecho*, Bolonia 1975. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Estado legal y Estado constitucional de derecho* (1986), ahora en sus *Obras completas*, 3 vols. Madrid 1993. CHEVALIER, Jacques, *L'Etat de droit*, París 1992. REDOR, Marie-Joëlle, *De l'Etat legal a l'Etat de Droit*, París 1992. TROPER, Michel (ed.), *L'Etat de droit*, Caen 1993, con trabajos de varios especialistas. PEREIRA MENAUT, nota 1, con bibliografía.



a que su historia es menos espectacular. Su origen y su suerte no han estado sometidos a las cruentas y traumáticas experiencias que acompañan a estas otras versiones, propias de la Europa atlántica, ligadas ambas a las revoluciones de la Edad moderna: la inglesa de 1648 y la dictadura de Cromwell o la francesa de 1789 y el terror de Robespierre. En contraste, con ellas, nada más ajeno al mundo hispánico que la pretensión revolucionaria de rehacer el mundo, a partir de cero, de suerte que en adelante limitaciones o garantías pongan a salvo, de una vez para siempre, a los gobernados del abuso por parte del poder.

El Estado de derecho en estos pueblos es otra cosa. Tiene un sello tan realista y práctico, que parece trivial. Consiste nada menos que en mantener a raya a los malhechores, estén donde estén, tarea siempre necesaria, ya que el derecho no se impone por sí solo. Antes bien, hay que luchar para hacerlo prevalecer. De hecho, los comienzos del Estado de derecho se remontan, en este caso, a la Edad Media. Nace del señorío de derecho. Su razón de ser originaria es similar a la del *rule of law*, pero completamente diferente a la del *règne de la loi*<sup>3</sup>. Lejos de compartir la pretensión que anima a este último a fundar un orden nuevo, donde no haya lugar para abusos del poder o de los poderosos, el Estado está al servicio de un derecho anterior y superior a él mismo. Así lo expresa el aforismo *rex eris, si recte facias, si non facias, non eris*<sup>4</sup>. En una palabra, su fin es nada menos y nada más que mantener el derecho o, según se dice, de modo erudito, más adelante en las *Siete Partidas*, mantener a los vasallos en paz, en justicia y en derecho. Por lo demás, no es otra la razón de ser del señorío y del gobierno en la Europa iletrada de los siglos anteriores<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> HINTZE, Otto, *Staat und Verfassung*, Gotinga 1962. BRUNNER, Otto, *Land und Herrschaft* (1939), Viena 1965. MAGER, Wolfgang, «Zur Entstehung des modernen Staatsbegriffs», en *Akademie der Wissenschaften und Literatur, Abhandlungen der Geistes- und Sozialwiss. Klasse 9*, 1968. GARCÍA PELAYO, Manuel, «Hacia el surgimiento histórico del Estado Moderno» en el mismo *Idea de la política y otros escritos*, Madrid, 1963. BRAVO LIRA, Bernardino, «El Estado en Europa e Iberoamérica durante la Edad Moderna. La estatalización y sus etapas: De los oficios del príncipe a las oficinas del Estado», en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago, 1999-2000.

<sup>4</sup> SEVILLA, Isidoro de, *Etymologiarum* 9,3,4, BALOGH, G., «Rex a recte regendo», en *Speculum* 2, 1920. MARAVALL, José Antonio, «La morada vital hispánica y los visigodos», en *Clavileño* 34, Madrid 1955. ORLANDIS, José, «En torno a la noción visigoda de tiranía», en *Anuario de Historia del Derecho Español* 29, Madrid 1959. CUNHA, Paulo Ferreira da, *Para una História constitucional do Direito Português*, Coimbra 1995.

<sup>5</sup> *Siete Partidas*, 2, *passim*, Kern, Fritz, *Recht. und Verfassung im Mittelalter*, Tübinga 1952. Brunner nota 3. GARCÍA, Pelayo, *La idea medieval del derecho*. MAYALI, Laurent, «De la juris auctoritas... la legis potestas. Aux origines de l'Etat de droit dans la science juridique medievale», en KRYNEN, Jacques y RIGAUDIÈRE, Albert, *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XIe-XVe siècles)*, Burdeos 1994. ALTHOFF, Gerd, *Verwandten, Freunde und Getreue. Zur politischen Stellenwert der Gruppenbildung im Frühmittelalter* Darstadt 1990. Hespanha, António, *Storia delle istituzioni politiche*, Milán 1993. GROSSI, Paolo, *L'Ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, trad. castellana, Madrid 1996. Últimamente SIMON, Thomas «Gute Policey». *Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit*, Frankfurt a. M. 2004. Para la América hispánica BRAVO LIRA, Bernardino, «Vigencia de las Siete Partidas en Hispanoamérica.», en el mismo, *su Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago 1989.

Vale la pena detenerse a examinar esta versión hispánica del Estado de derecho. No sólo por su sello casuista que la hace claramente diferente de las dos más conocidas, sino por su mayor antigüedad, que excluye todo modelo anterior. Tres razones la tornan, además, eminentemente actual en tiempos en que se habla de globalización: su diversidad, amplitud y eficacia. Debido a su fuerte carácter multicultural, tiene vigencia entre pueblos de cuatro continentes y debido a su sentido realista, tiene un alto grado de eficacia en la protección a las personas y sus bienes.

El tema es vastísimo. Con el Estado de derecho sucede como en la feria, cada uno habla de él, según le va en ella. En los países hispánicos la bibliografía es extrovertida, por no decir acomplejada, gira más bien en torno a lo ajeno que a lo propio. De hecho, no disponemos hasta ahora de ninguna historia del mismo, similar a las que hay para el *rule of law* o el *règne de la loi*. Mientras algunos historiadores y constitucionalistas parecen complacerse en exaltar los modelos de allende los Pirineos, otros, en cambio los denuestan. En medio de estas divergencias, apenas queda tiempo para ocuparse del propio Estado de derecho. El primer objeto de estas páginas es reconstruir sus grandes etapas y llenar así, en parte, este vacío. Sin un panorama general, aunque sea aproximado, no es posible intentar una comparación con las otras dos versiones del Estado de derecho.

De todos modos, por ahora hemos de contentarnos con una aproximación. Nos limitaremos a su aspecto más vital, la efectiva protección de las personas frente al poder y a los poderosos. Nada pone mejor de manifiesto hasta qué punto un Estado de derecho es operante o no pasa de ser una entelequia libresca, más o menos vacía. Textos bien sonantes y experiencias inhumanas son la trágica herencia del siglo XX, donde unos se contentan con pomposas declaraciones de derechos y otros con su ineficacia práctica. Dejando en segundo plano otros aspectos, algunos tan relevantes como la conformación institucional del propio Estado en las diversas épocas –como Estado del príncipe constituido por oficios o como Estado institucional, constituido por oficinas<sup>6</sup>–, intentaremos reconstruir los grandes hitos de su historia.

A un somero estado de la cuestión, destinado a situar al Estado de derecho en el mundo hispánico frente a los otros dos de la Europa atlántica, le sigue una mirada a las grandes etapas de la protección a las personas, desde sus orígenes en la Península ibérica hasta el umbral del tercer milenio, en que su vigencia abarca el vasto escenario del mundo hispánico, al que pertenecen también Hispanoamérica y Filipinas. Esta historia tiene muchos vericuetos. Un hecho tal vez no muy conocido es que, en la América hispánica, el Estado de derecho llega a su apogeo antes que en otras partes y antes de las constituciones escritas, bajo la monarquía ilustrada. La exposición se abre con un estado de la cuestión, destinado a situar al Estado de derecho en el mundo hispánico frente a los

---

<sup>6</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, «Oficio y oficina, dos etapas en la historia el Estado indiano», en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 8, Santiago 1981, ahora en el mismo *Poder y respeto a las personas Poder y respeto a las personas en Iberoamérica, siglos XVI a XX*, Valparaíso 1985.

otros dos de la Europa atlántica. Enseguida aborda las grandes etapas de la protección a las personas en el mundo hispánico, desde sus orígenes en la Península ibérica hasta el umbral del tercer milenio, en que su vigencia se extiende a ambos mundos, con particular significación en Hispanoamérica y Filipinas.

Esta historia se descompone en cuatro momentos: **Reconquista**, durante la cual, la Península entre dos mundos, se convierte en cuna del más antiguo Estado de derecho en Europa; **Conquista**, que transforma a la Península en puente entre dos mundos, situados a uno y otro lado del Atlántico, y lleva a fundar el más antiguo Estado de derecho fuera de Europa; **Modernidad barroca**, durante la cual, bajo preponderancia mundial hispánica junto al *si recte facias* vigente en ambos mundos, se consolida, el *rule of law* en Inglaterra; y **Modernidad ilustrada**, durante la cual, bajo preponderancia mundial de la Europa atlántica, se diferencian entre sí tres modalidades de Estado de derecho, al hispánico y al inglés, se añade el *règne de la loi* ilustrado.

A modo de conclusión se destaca lo que en cada una de sus versiones constituye el nervio del Estado de derecho: casuismo hispánico, precedente anglosajón y estatalización ilustrada.

## ESTADO DE LA CUESTIÓN

Tan notorio es el vacío en los estudios sobre el Estado de derecho en el mundo hispánico que no parecen asombrar a nadie. En su antología sobre Estado de derecho, publicada hace poco, Brand y Hattenhauer, dos conocidos historiadores del derecho alemanes, a quienes tendremos ocasión de citar, entre doscientos de textos, reunidos con generoso criterio desde la Antigüedad hasta fines del pasado siglo XX, no incluyen ninguno hispánico, ni siquiera el *si recte facias* isidoriano, alguno de las *Siete Partidas*, el *se obedece pero no se cumple* o el *Viva el rey. Muera el mal gobierno*, de tanta aplicación a ambos lados del Atlántico. No menos significativo es lo que ocurre en los dos volúmenes dedicados a las *surêtes personelles* dentro de los Recueils de la Société Jean Bodin, Allí no se menciona la Península ibérica sino en una excelente, pero muy especializada contribución de Tomás y Valiente sobre fianzas en los fueros<sup>7</sup>.

Sólo unos pocos autores, como los hispanoamericanos Zavala, Góngora y Tau Anzoátegui, y los españoles Sánchez Albornoz, García-Gallo y Sánchez Bella y los portugueses Hespánha y da Cunha, han intentado romper este aislamiento. A ellos se deben notables avances, que contribuyen a poner la investi-

<sup>7</sup> BRAND, Y HATTENHAUER, nota 1. TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *Las fianzas en los derechos aragoneses y castellanos*, en *Les surêtes personelles*, Recueils de la Société Jean Bodin, 28 al 30, Bruselas 1964-1974, 29, 1971. HESPANHA, ANTÓNIO MANOEL, «O indivíduo face ao poder no Portugal do antigo regime (siglos XVI-XVIII)» en la misma, *L'individu face du pouvoir*, vols. 46 y 47, París 1988. *L'individu face au pouvoir Recueils de la Société Jean Bodin*, 47, Bruselas.

gación sobre el Estado de derecho en el mundo hispánico en un nivel semejante al de la bibliografía europea en general. Concretamente tal es el caso de temas como *ius commune*, oficios y oficinas, Estado jurisdiccional, protección a las personas<sup>8</sup>. Todo lo cual invita a elaborar una historia del Estado de derecho en el mundo hispánico.

Pero esto no es posible hacerlo aquí. Tan sólo cabe trazar un cuadro muy general. Aparte de que apenas existen estudios parciales, hay algunas barreras que superar. Al desconocimiento de lo propio, se suma, a menudo, un cierto menosprecio y, como consecuencia de lo uno y de lo otro, un innegable complejo de inferioridad frente a la Europa de allende los Pirineos. Esta actitud se alimenta, a su vez, de dos constantes que causan gran impresión en el público y entre los estudiosos. Uno es el clima de agitación e inestabilidad política dominante en los países hispánicos de ambos mundos, a lo largo de los dos últimos siglos, el XIX y el XX, con todo lo que supuso de abusos e indefensión de las víctimas. Entonces, el Estado de derecho parece haber pasado a pérdida. El otro, es la falta de consistencia en estos países de institutos, como constitución escrita, separación de poderes, garantías individuales, parlamento, partidos y elecciones populares, indisociables del Estado constitucional.

<sup>8</sup> ZAVALA, Silvio, *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, Madrid. 1935 (hay otra edición, México. XLVII, 1971). El mismo, *La defensa de los derechos del hombre en América Latina (siglos XVI a XVIII)*, París 1963. GÓNGORA DEL CAMPO, Mario, *El Estado en el derecho indiano. Epoca de su fundación 1492-1571*, Santiago 1951. El mismo, *Studies in the colonial history of spanish America*, Cambridge 1975, hay edición castellana, por ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo y DAWES, Marcia, Santiago 1998. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires 1992. SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio, «La frontera y las libertades de los castellanos» en inglés en *The New World books and its history, Austin*. 1963, ahora en castellano en *Investigaciones y documentos sobre las instituciones hispanas*. Santiago. 1970. GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Estudios de derecho indiano*, Madrid 1972, el mismo, *Orígenes españoles de las instituciones americanas*, Madrid 1987. HESPANHA, António, *História das instituições. Epoca moderna y medieval*, Coimbra 1982. El mismo, «Para una teoría da história institucional do Antigo Regimen», en él mismo *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regimen*, Lisboa 1984. El mismo, «A historiografia juridico-istitucional e a morte do Estado» en *Anuario de Filosofia del Derecho* 3, 1986. El mismo, *As Vésperas do Leviatán*, Lisboa 1989, trad. castellana, sin notas, Madrid 1989. El mismo (ed.) «O Antigo Regimen» en MATTOSO, José (director) *História de Portugal*, 8 vols. Lisboa, 1993, 4, 123. SÁNCHEZ BELLA, Ismael, *Derecho indiano. Estudios*, 2 vols, Pamplona 1991. El mismo, *Nuevos Estudios de derecho indiano*, Pamplona 1995. Cunha, nota 4. El mismo «Rex propter regnum. «Do modelo de constitucionalismo tradicional nos países de língua portuguesa e castellana», en DIP, Ricardo (ed.), *Tradição, Revolução e Pós-modernidade*, Campinas 2001. Anticipos del presente estudio, BRAVO LIRA, Bernardino, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*. Santiago 1986. El mismo «Derechos civiles y políticos en España, Portugal y América hispana», en *Revista de Derecho Público* 39-40, Santiago 1986, ahora en el mismo, nota 6.: El mismo «Bürgerrechte und politische Rechte in der iberischen und iberamerikanischen juristischen Tradition», en *Rechtstheorie* 24, Berlín 1993. El mismo, «Fortdauer und Problematik des Rechtsstaats in Iberoamerika (16–21. Jahrhundert)» en PECZENIK, Aleksander (ed.), *Proceedings of the 21st. IVR World Congress, en Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 95, Stuttgart 2004. El mismo, «Honor, vida y hacienda. Estado de derecho en el mundo hispánico (siglos XVI al XXI). Contrastes con el rule of law inglés y rège de la loi ilustrado», en *Revista de Derecho Público* 67, Santiago 2005.

Estos dos hechos son innegables y duraderos. No obstante distan mucho de tener el alcance y significación que se les atribuye. Donde verdaderamente pasó a pérdida el Estado de derecho en el siglo XX fue en Europa, tenida por paradigma del mismo. Allí se cometieron, a menudo legalizados, los peores horrores de la centuria, –genocidio, matanza de poblaciones indefensas, exterminio de nacidos y por nacer–. No sin razón el uruguayo Zum Felde denunció la barbarie tecnificada, y posteriormente, el inglés Johnson calificó al Estado como el mayor asesino de la historia, en tanto que el francés Ternon, habló del Estado criminal y de los genocidios del siglo XX. Estas atrocidades, han quedado, por lo general, impunes. También Europa fue la cuna del totalitarismo, que en su variante dura –del socialismo internacional– o blanda –del nacional socialismo o del Estado de bienestar anglosajón y europeo occidental– prevalece en la actualidad<sup>9</sup>.

Muchos malentendidos se disiparon tras el tras la *Wende*, esto es, del vuelco provocado en Europa y en el mundo por la caída de la Unión soviética. Desde entonces, salieron a la luz, entre otras cosas, las lacras de las llamadas democracias occidentales, piadosamente silenciadas por temor a que su conocimiento favoreciera una victoria de las otras democracias, llamadas populares<sup>10</sup>.

A estas alturas, tanto la experiencia como la investigación parecen desembocar en una suerte de desencantamiento del Estado de derecho. Su eficacia no se cifra en aditamentos como una constitución escrita, con división de poderes,

---

<sup>9</sup> ZUM FELDE, Alberto. *El ocaso de la democracia*, Santiago 1939. JOHNSON, Paul, *Modern Times*, Nueva York, 1983, trad. castellana, Buenos Aires, 1988. TERNON, Yves. *L'Etat criminel, les genocides du XXe siècle*. París 1994, trad. castellana Barcelona 1995. COURTOIS, Stéphanie et al *Le livre noir du communisme*, París 1997, trad. castellana, Madrid 1998. ARENDT, Hanna, *Orígenes del Totalitarismo* 1951. TALMON, Jacob, *The Origins of Totalitarian Democracy*, Londres 1952, SEIDEL, Rymo y JENKER, Siegfried, *Wege des Totalitarismus-Forschung*, Darmstadt 1968. UNGER, Aryeh, L. *The totalitarian party. Party and people in Nazi Germany and Soviet Russia*, Cambridge 1974. BRACHER, Karl Dietrich, *Zeit der Ideologien* (1982) Buenos Aires 1989. NOLTE, Ernst, *Der europäische Bürgerkrieg, 1917-1945. Nazionalsozialismus und Bolchewismus*, Frankfurt-Berlin-Viena 1987. MORENO VALENCIA, Fernando, *Utopía, ideologías y totalitarismo*. Santiago 1989. *Sobre el totalitarismo duro y blando*, REINHARD, Wolfgang: *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Munich 1998. BOVARD, James, *Lost Right. The destruction of the American Liberty*. Nueva York 2000. Traverso, Enzo, *El totalitarismo. Historia de un debate*, Buenos Aires, 2001. BRAVO LIRA, Bernardino, «*Fiat ius, ne pereat mundus*. El derecho frente a la globalización de la violencia», en LOSANO, Mario G. y MUÑOZ CONDE, Francisco (eds) *Cedant arma togae. El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia 2004.

<sup>10</sup> REVEL, François, *Comment les démocraties finissent*, París 1983. BRAVO LIRA, Bernardino, «El ocaso de la democracia totalitaria», en *Mástil*, 2.ª época, 1 de marzo de 1990. GOMES Canotilho, José Joaquín, «Malestar da constituição e pessimismo postmoderno», en *Luisiada* 1, 1991. FETJOE, François, *La fin des démocraties populaires. Les chemins du post-communisme*, París 1992. ARGULLOL, Rafael y TRÍAS, Eugenio, *El cansancio de Occidente*, Barcelona 1992. Sartori, Giovanni, *La democrazia dopo il comunismo*, (1992), trad. castellana, Madrid 1993. BEYME, Klaus von, *Die politische Klasse im Parteistaat*, Francfort 1993, trad. castellana Madrid 1995. LUCAS VERDÚ, Pablo, *La constitución en la encrucijada (Palingenesia iuris politici)*, Madrid 1994. SOTELO, Ignacio, «Sobre la actual descomposición de la democracia», en *Política Exterior* 47, Madrid 1995.

parlamento, garantías individuales, elecciones, partidos y demás, sino en algo tangible como el respeto a las personas y a sus bienes. Al respecto, apuntaba no hace mucho Reinhard: «Otras características del Estado, como democracia y derechos humanos, son añadiduras que pueden muy bien faltar sin menoscabo del Estado de derecho»<sup>11</sup>. Después de todo, este andamiaje es de origen reciente. No se remontan más allá del siglo XIX y no tiene demasiado que ver con un Estado de derecho, que, sea como sea, nació antes que él, vivió por siglos sin él y puede seguir viviendo sin él. Buenos ejemplos de ello son Hungría o Inglaterra, Estados de derecho milenarios que no necesitaron ni de constitución escrita ni de ningún otro de esos aditamentos para convertirse en el siglo XX en un Estado moderno<sup>12</sup>.

Dentro de esta perspectiva, la experiencia del mundo hispánico aparece bajo una nueva luz. Revela que estos pueblos no se dejaron deslumbrar por el andamiaje constitucional europeo y estadounidense. Antes bien, mantuvieron sus propias instituciones frente a estos modelos foráneos, incompatibles con ellas, actitud que se ha comparado con la reacción biológica de rechazo<sup>13</sup>. Es cierto que en estos países las constituciones escritas, la división de poderes,

<sup>11</sup> REINHARD, nota 9.

<sup>12</sup> Diversos autores han comparado la historia constitucional de Inglaterra con la de Hungría. Conocidas son las palabras de CSEKEY, István en su «Ungarn Staatsrecht nach dem Weltkrieg» en el *Jahrbuch ds öffentlichen Rechts*, Tubinga 1926, 14: «En consonancia con su largo desarrollo histórico proveniente de la vida del pueblo, la constitución de Hungría no está recogida en un texto constitucional, sino que se encuentra en diversas leyes de diversas épocas... Con las Constituciones de Inglaterra y de Hungría sucede lo mismo que con los edificios de la universidad de Heidelberg o de Oxford. En vano se busca allí una Ley fundamental, en la cual estén compiladas sus principios constitucionales; a diferencia de las cartas constitucionales de otros Estados, estos dos reinos tienen una constitución histórica. En este sentido ambos son iguales y dos casos únicos en todo el mundo. «Para Inglaterra, MAITLAND, F. W., *Constitutional History of England*, Cambridge 1908. JENNINGS Sir W. Ivor, *The Law and the Constitution*, Londres 1933. MCLWAIN, C. M., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell 1947, 2a. ed., TEUBNER, Werner, *Kodifikation und Rechtsreform in England*, Berlín 1974. PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Madrid 1992. CAENEKEN, Raoul C. van *I signori del diritto*, (1987) Milán 1991, HENSHALL, N. *The Myth of Absolutism. Change and Continuity in Early Modern European Monarchy*. Londres, Nueva York 1992. Acerca de tradición y renovación de la constitución histórica en Hungría: GERGELY, András y MATHÉ, Gábor, *The Hungarian State 1000-2000, thousand years in Europe*, Budapest 2000. MATHÉ, Gábor y MEZEY, Barna, (eds.) *Die Elemente der ungarischen Verfassungsentwicklung*, Budapest 2000, con aportes de seis especialistas. Los mismos, (eds.) *Von den Ständeversammlungen bis zum parlamentarischen Regierungssystem in Ungarn*, Budapest-Graz 2001, con aportes de diez especialistas. Los mismos (eds.) *Von dem Vormärz bis zum 20. Jahrhundert, Tradition und Erneuerung in der ungarischen Rechtsentwicklung. Studien zu den Reformen in den 19.-20. Jahrhunderten*, Würzburg-Budapest 2002, con trabajos de ocho especialistas. Los mismos (eds.) *Nationalstaat-Monarchie-Mitteuropa*, Budapest 2004, con aportes de doce colaboradores. MATHÉ, Gábor *Die problematik der Gewaltentrennung*, Budapest 2004.

<sup>13</sup> STEGER, Hanns Albert, «América Latina» en *Encuentros*, 1, Caracas 1987, el mismo, «Deutschland und Lateinamerika, Gedanken zur Anthropologie gegenseitigen Versteehens oder Misverstehens» en *Jahrbuch f. Geschichte, von Staat, Wirtschafts und Gesellschaft Lateinamerikas* 25, Colonia-Viena 1988, .831 ss., esp. 835. CLAVERO, Bartolomé, Ley del código: Transplantes y rechazos constitucionales por España y por América, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 23 Florencia 1994. BRAVO LIRA, Bernardino, Entre dos

los parlamentos y demás, pasan, o mejor, resbalan, según dijo el poeta «como las naves, como las nubes, como las sombras...». Así lo vaticinó, sin saberlo, ya antes de que comenzaran a dictarse estas constituciones, Jovellanos, al decir lapidariamente de ella «se hizo en pocos días, se contuvo en pocas hojas y duró pocos meses» De hecho, estas palabras son hasta ahora una suerte de biografía anticipada, o mejor de epitafio, de las constituciones escritas promulgadas hasta la fecha en el mundo hispánico. Tan es así que, al cabo de dos siglos, no falta en Hispanoamérica quien las repita, también sin saberlo, y afirme con la mayor desenvoltura que la constitución es «una-realidad-que-se-procura-modificar». <sup>14</sup> Es decir, todo menos algo fundamental o inamovible. No en vano, pasan de dos centenares las constituciones escritas promulgadas en estos países y, de ellas, apenas cuatro llegaron a regir siquiera durante medio siglo. Ninguna en España o Portugal <sup>15</sup>. Así se explica que los españoles festejaran como un triunfo, en 2008, las dos décadas de vigencia de su actual constitución.

De hecho, la vida constitucional en estos países no puede ser más accidentada. En ella hay más de apariencia que de realidad. En estas condiciones, la división de poderes no pasa de ser música celestial y la vida de los parlamentos es tan intermitente, que Sánchez Agesta, no puede menos que calificarlos de anecdóticos <sup>16</sup>. Sobran los dedos de la mano para contar los que llegaron a sesionar en forma continuada durante medio siglo, algo que, por lo demás, sólo se ha conseguido en algún país americano. Por lo que toca a las llamadas elecciones populares, de tales tienen poco. Pero, parecen haber tenido mejor suerte. que otras innovaciones del constitucionalismo. Suelen practicarse, aunque no de modo regular, tanto en cuanto a la fecha, como a la forma de realizarlas, para no decir nada ni de la credibilidad de sus resultados oficiales ni del acatamiento de los mismos. Sin embargo esto no tiene nada de dramático. Simplemente significa que tampoco los comicios se toman mayormente en serio. Por

---

constituciones, histórica y escrita, Scheinkonstitutionalismus en España, Portugal e Hispanoamérica, en Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 27 Florencia 1998.

<sup>14</sup> JOVELLANOS, Gaspar Melchor de, «Dictamen sobre la constitución del gobierno interino» 1809, sobre la constitución francesa. BRAVO LIRA, Bernardino, «El concepto de constitución en Jovellanos» en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 10, Santiago, 1984. BOENINGER, Edgardo, «Entrevista», en *El Mercurio*, Santiago 3 de noviembre de 1986. AGUILAR RIVERA, José Antonio, *En pos de la quimera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, México 2000.

<sup>15</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*. México 1992. Con cuadros cronológicos de las constituciones, ahora nueva edición actualizada en el mismo *Constitución y reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica (siglos XVI a XXI)*, Santiago 2010, segunda parte.

<sup>16</sup> SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *La democracia en Hispanoamérica*. Madrid 1987. Para BRAVO LIRA, la subsistencia de un parlamento es el talón de Aquiles de un Estado constitucional en los países hispánicos, nota 15. Para la alternancia entre gobiernos civiles y militares, últimamente REYES ALVAREZ, Jaime, *Arz regnandi. Regierungsstabilität und Herrschaftskrisen in Iberoamerika. Am Beispiel von Argentinien und Chile*. Francfort a. Main 2003. (Estabilidad del gobierno y crisis del orden instituido en Iberoamérica. Los casos de Argentina y de Chile).

lo mismo, no logran echar raíces. Más que un acto cívico, son una liturgia, un rito, un mito<sup>17</sup>.

Esta indiferencia casi biológica o rechazo frente a las instituciones del constitucionalismo europeo y estadounidense es un hecho. En general, se la acepta sin más. Sólo una minoría cultivada se amarga por ello y se consuela, a la manera del peruano Francisco García Calderón en *Les démocraties latines de l'Amérique*, publicada hace casi un siglo en París, con una a vaga esperanza de que algún día tales instituciones llegarán a florecer en suelo hispánico. Se cumplirá, por fin, el *ya no hay Pirineos* de Luis XIV y desde Navarra hasta Tierra del Fuego, todos harán suyos los modelos europeos, al menos en política. Pero hasta ahora este anhelo sigue siendo patrimonio de círculos escogidos. Tan es así que la citada obra sólo fue traducida al castellano en 1979, cuando se había convertido en una curiosidad histórica<sup>18</sup>.

Contrariamente a lo que sostienen todavía algunos, dentro y fuera del mundo hispánico la experiencia muestra que este andamiaje no es indispensable para el Estado de derecho. No está de más hacer hincapié en este punto. La cuestión, tiene mayor actualidad que lo que se supone. Más que nada, porque todavía hay quienes creen poder construir un Estado de derecho a partir de elementos como constituciones escritas, división de poderes, parlamento, partidos, elecciones y demás. Sin ir más lejos es lo que en la actualidad se intenta hacer en distintas latitudes, en países del Africa, del extremo y del medio Oriente, para no mencionar el fundamentalismo democrático, que apela a la fuerza para imponerlo en Irán, Afganistán e Irak<sup>19</sup>.

## EL ESTADO DE DERECHO

Esto nos lleva a la noción de Estado de derecho. Hay que distinguir la cosa misma del nombre. La expresión es reciente, muy posterior a su realización histórica. Surgió a comienzos del siglo XIX. Fue difundida por Welcker en 1813<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> KOLM, S.C. *Les élections ne sont pas démocratie*, París 1981. RIVIÈRE, Claude, *Les liturgies politiques*, París 1988. BRAVO LIRA, nota 7, 21 y s.s. JIMÉNEZ LOS SANTOS, F., *La dictadura silenciosa. Mecanismos totalitarios de nuestra democracia*, Madrid 1993.

<sup>18</sup> GARCÍA CALDERÓN, FRANCISCO. *Les démocraties latines de l'Amérique*. París 1912. trad. castellana, Caracas 1979. ALTUVE-FEBRES LORES, Fernán, «El Tocqueville de la democracia en América Latina, GARCÍA CALDERÓN, FRANCISCO, (1883-1953)», en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 20, (en prensa).

<sup>19</sup> La expresión es del prof. de Harvard Charles ELLIOT NORTON, quien denuncia el «surgimiento de un espíritu bárbaro de arrogancia e irracional autoafirmación» y lo califica el «peor espíritu de nuestra democracia». Carta a E. L. Goldkin, Liggio, Leonard, *Early Anti-imperialism*. Tuchman, Bárbara, *The proud Tower*, Nueva York-Londres 1966. BRAVO LIRA, nota 9.

<sup>20</sup> WELCKER CARL, Theodor, *Die letzten Gründen von Recht, Staat und Strafe*, Giessen 1813, hay reimpresión, Aalen 1964. La difusión del término se debe, sobretodo a Robert von MOHL, autor de *Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tubinga 1832-34. Lucas VERDÚ, nota 2. SCHEUNER, Ulrich, «Begriff und Entwicklung des Rechtsstaates», en DOMBOIS H. y WILCKENS U., *Macht und Recht*, 1956. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriff», en ARNDT, Adolf, *Festschrift zum 65. Geburtstag*, (1969), ahora en



Hasta entonces, puede hablarse de un Estado de derecho *avant la lettre*, pero no por eso, menos efectivo. Si se atiende a sus más tempranas manifestaciones, proviene del siglo XI. De entonces data la transformación del señorío en Estado. De hecho, no poco de los elementos del Estado de derecho del siglo XIX pueden encontrarse en épocas anteriores. Ya en 1871 lo advirtió von Gneist. Según él, por ser fruto de un proceso de formación milenario, el Estado de derecho es también testimonio de un desarrollo cultural común a Europa entera. Ejemplos de ello, son Hungría o Inglaterra, países que llegaron al siglo XX sin constitución escrita, división de poderes ni garantías individuales<sup>21</sup>. Más antiguo es el Estado de derecho en el mundo hispánico, donde las primeras constituciones escritas a ambos lados del Atlántico datan, en cambio, de la época de Welcker, concretamente de 1811, en Venezuela y de 1812 en Cádiz.

A lo largo de su historia, el Estado de derecho se ha entendido de diversas maneras. Para Mohnhaupt la meta común entre los que existen actualidad es someter el Estado a la ley y al derecho. Como antecedente de ello sólo ve los intentos de someter al gobernante a las leyes fundamentales en los siglos XVI a XVIII. Sin embargo, toda una serie de autores, desde Hintze hasta Mayali, muestra que sus orígenes se remontan claramente a la Edad Media<sup>22</sup>. Para verlo, basta considerar, además de la regulación de la acción estatal, otro componente anterior y coetáneo a ellas: la necesidad primaria del núcleo humano, sea parental, local, regional, etc., de protección y seguridad. En este sentido, protección frente al poder y a los poderosos y regulación del poder, parecen llegar a ser complementarias, como una suerte de coordenadas, para el Estado de derecho. Al menos eso es lo que sugieren ya en el siglo VII, algunos testimonios hispanovisigodos y, en un plano más amplio, el nexo histórico entre señorío de derecho y el Estado de derecho. De ello nos ocuparemos más adelante.

En todo caso, el estudio del Estado de derecho tiene que partir de un hecho. Su nombre es muy posterior a él mismo, como realización histórica. Por tanto, no cabe hacer de la noción de Estado de derecho de tiempos de Welcker, el pivote en torno al cual gira su historia, ni menos tomar por tal a la doctrina decimonónica. Eso sería antihistórico. Equivaldría a erigir el Estado de derecho de una época tardía –los siglos XIX y XX– como regla y medida para todos los tiempos.

Por el contrario, es preciso distinguir épocas y lugares. Esto exige reconstruir el perfil del Estado de derecho caso a caso, tal como se dio en su tiempo y

---

El mismo, Staat, Gesellschaft, Freiheit, Francfort 1976. GIACOMETTI, Zaccaria, *Festgabe zum 60. Geburtstag von...*, Zurich 1952. KRÜGER, Herbert, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 1964. BRAVO LIRA, Bernardino, «Raíz y razón del Estado de derecho en Chile», en *Revista de Derecho Público* 47, Santiago 1990. Ahora en él mismo, en *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*, Santiago 1996 Troper, nota 2. MOHNHAUPT, Heinz, «L'Etat de droit en Allemagne. Histoire, Notion, Fonction» en TROPER, Michele (ed.) *L'Etat de droit*, Caen 1994. NEGRO PAVÓN, Dalmacio, *La tradición liberal y el Estado*, Madrid 1995.

<sup>21</sup> GNEIST, Rudolf, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Berlín 1879. Para Hungría e Inglaterra, ver nota 12. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, «Génesis de la constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales una sola constitución» en *Anuario de Historia del Derecho Español* 65 Madrid 1955. BRAVO LIRA, nota 15.

<sup>22</sup> HINTZE, nota 3. MAYALI nota 5.

en su ámbito propio. Esto es de todo punto incompatible con cualquier modelo elegido o preferido *a priori* por el investigador. A fin de cuentas, lo que hay que buscar en el pasado no es la congruencia o incongruencia del Estados de derecho con sus formas actuales, sino las formas que entonces tuvo. Proceder así supone no dejarse desconcertar ni cuando se tope con formas francamente diferentes a las que hoy se tienen por normales, ni tampoco, cuando ellas parezcan o bien muy elementales o bien más logradas en comparación con las actualmente en boga. En definitiva, parafraseando a Ranke, lo que interesa es averiguar cómo fueron propiamente las cosas y, en este caso, cómo fue propiamente el Estado de derecho en otras épocas históricas.

En tiempos de Welcker se perfilaban, aparte de la hispánica, a lo menos otras dos versiones contrapuestas que persisten hasta hoy. Por un lado, se equipara Estado de derecho y *rule of law*. Se trata de una versión más realista y flexible, fundada en un derecho supraestatal, amplio y manejable, emanado de los jueces, según una constitución histórica. Un jurista inglés de la época victoriana, Dicey, lo definió hacia 1880 como «igual sumisión, tanto de los ciudadanos como del poder, a un derecho aplicado por jueces ordinarios y situados por encima de todos». Él mismo habló de *supremacy of law*, pero a estas alturas esa supremacía del derecho ha sido reemplazada por la omnipotencia del parlamento, vale decir, de la ley<sup>23</sup>.

Por otro lado, se hace sinónimo Estado de derecho y *règne de la loi*. Como lo indica la palabra misma, esta es una versión legalista, propia de la Ilustración, que se reduce a un derecho estatal, como tal rígido y estrecho. Descansa sobre textos legales, que consignan por escrito la constitución, cuyos elementos fundamentales son separación de poderes y garantías individuales<sup>24</sup>. Para este Estado de derecho esos elementos son, al menos en el papel, indispensables. De hecho resultan, a veces, difíciles de implantar.

A la luz de esta contraposición entre estas dos versiones recientes del Estado de derecho, resulta más fácil comprender la más antigua, la hispánica, cuyo fundamento es el derecho anterior y superior al Estado.

### SI RECTE FACIAS

Su piedra angular no es el individuo, sino la persona, a la que en las *Siete Partidas* se califica como la *más noble cosa de este mundo*<sup>25</sup>. En consecuencia, gira en torno a sus bienes, concretos y tangibles –*honor-vida-hacienda*, y no a

<sup>23</sup> DICEY, nota 1. COSGRAVE, R. A., *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian jurist*, Chapel Hill 1980. FORD, J. H. *Albert Venn Dicey. The Man and the Times*, Chichester 1985. PEREIRA MENAUT, nota 1.

<sup>24</sup> *Déclaration des droits de l'homme et le citoyen*. París, 26 de agosto de 1789. Artículo 16 «Una sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de constitución», múltiples ediciones en HÉLIE, Faustin Adolphe, *Les constitutions de la France*. París. 1879, 30 y ss.

<sup>25</sup> *Siete Partidas* 7, 1, 26. Cfr. BRAVO LIRA, nota 5.

derechos del individuo, genéricos, iguales para todos y, por lo mismo, susceptibles de ser catalogados *a priori* y de una vez para siempre, mediante declaraciones o proclamaciones como el *Bill of rights*, o la *déclaration des droits de l'homme* francesa de 1789, o la declaración universal de las Naciones Unidas en 1948<sup>26</sup>.

En tercer lugar, los bienes pueden ser reclamados mediante recursos judiciales, en tanto que los derechos, consignados en las declaraciones, quedan en el papel. Esta experiencia hace que las declaraciones –universales o no–, dejen fríos a los hispanoeuropeos y más aún, a los hispanoamericanos. El mundo de los derechos no les conmueve, les parece demasiado artificial e inasible, en comparación al real e inmediato de los bienes, a que están acostumbrados.

Aquí hay un problema de mentalidad. Una cosa es la conciencia política y otra la conciencia cívica. Para ellos lo que cuenta es disponer de lo propio, no meterse en lo ajeno. Así lo hace notar en 1836, nada menos que Andrés Bello, primera figura intelectual del mundo hispánico en el siglo XIX. Señala: «Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo, que prefiera el ejercicio de los derechos políticos, que concede el código fundamental del Estado, al cuidado y conservación de sus intereses y que se sienta más herido cuando se le prive del derecho a sufragio que cuando se le despoja violentamente de sus bienes»<sup>27</sup>.

Lo hispánico es una viva conciencia política, como servicio a la patria, que no se deja reducir a una modesta conciencia cívica como participación más o menos ficticia en el poder. A cada uno le interesa vitalmente ser señor de lo suyo, pero no le interesa para nada ir a meterse en lo común, en lo ajeno. Eso parece más bien una ordinariez, propia de gente que no tiene otra cosa que hacer. Por eso, para ellos lo que cuenta no es participar en el gobierno, sino el buen gobierno, la cosa pública en sí misma, más bien que tomar parte, de modo más o menos esporádico, en elecciones, donde no cabe otra cosa que votar por candidatos elegidos por otros. Este tipo de imposición, suena a juego de tontos de circo. Por más que se hable de acto cívico, libertad política, la votación en las llamadas elecciones populares no dejan de ser y de parecer una mascarada. Una dictadura de quienes imponen los candidatos, en virtud de no qué privilegio. A nadie le gusta ser comparsa. Este juego es cosa de otros y para otros. Que ellos se ocupen. Ni atrae ni provoca indignación. Simplemente no llega a interesar. Votaciones o elecciones en las que los sufragios se cuentan por miles y millones, carecen a sus ojos de sentido y de eficacia. No pasan de ser un

---

<sup>26</sup> SCHWARTZ, B. *The Bill of rights. A documentary History*, Nueva York 1961. Para la *Déclaration* ver nota 21 *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, en HERVADA, Javier y ZUMAQUERO José, *Textos internacionales de Derechos Humanos*, Pamplona 1978. CASTELLANO, Danilo, *Racionalismo y derechos humanos, Sobre la antifilosofía jurídica de la Modernidad*, Madrid 2004. SEGOVIA, Juan Fernando, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid 2004.

<sup>27</sup> BELLO, Andrés, «Responsabilidad de los jueces», editorial de *El Araucano* 305, Santiago, julio 1836, ahora en sus *Obras completas*, 15 vols., Santiago 1881–93, p.191. Acerca de la contraposición entre doctrina de los bienes y de los derechos, es fundamental BRANDT, Reinhardt, *Menschenrechte und Güterlehre* en él mismo (ed.) *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, Berlín-Nueva York 1982.

juego, una liturgia, un mito<sup>28</sup>. Por mucho que se hayan generalizado al norte de los Pirineos, al sur no llegan a convencer. Para los hispanos, acostumbrados a servir personalmente, incluso a su propia costa, en forma libre y voluntaria a su país y a su rey, los deberes cívicos, anónimos e impuestos por igual a todos en virtud de la constitución y las leyes, les parecen forzados y artificiales.

## DEL ESTADO DE DERECHO JURISDICCIONAL AL INDIVIDUALISTA

Este Estado de derecho hispánico, anterior a Welcker, no es menos digno de atención que las otras versiones con que los especialistas están más familiarizados, el *règne de la loi* y la *rule of law*. La divergencia se anuncia ya en las mismas fechas en que aparece el texto de Bello transcrito más arriba. Allí se tiene en vista un Estado jurisdiccional que con su multiplicidad de poderes, viene a ser la antítesis del Estado constitucional, absorbente de la Europa atlántica. A éste se refería en 1837, es decir meses después que Bello, Friedrich Julius Stahl con su célebre afirmación, «Der Staat soll Rechtsstaat sein», el Estado debe ser un Estado de derecho. Pero, como él mismo precisó, el alcance de ella es sumamente limitado: «El concepto de Estado de derecho no se refiere en absoluto al fin y al contenido del Estado, sino tan sólo al modo y forma en que ambos se llevan a cabo», literalmente escribe «der Begriff des Rechtsstaats...bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des States, sondern nur Art und Charkter, dieselben zu verwirklichen»<sup>29</sup>. En estas palabras está el germen de un deslizamiento que culmina en el siglo XX con la no menos famosa afirmación de Kelsen de que un Estado no puede ser más que un Estado de derecho<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> La bibliografía es abundante. Por todos KOLM, nota 17. Rivière, *ibid.*. JIMENEZ LOSANTOS, nota *id.* SOTELO, Ignacio, «Sobre la actual descomposición de la democracia», nota 10. DUVERGER, Maurice, *démocratie sans peuple*, París 1971. LEAL, Antonio, «Democracia y partidos» en *El Mercurio*, Santiago, 5 de enero de 1995.

<sup>29</sup> STAHL, Friedrich Julius, *Die Philosophie des Rechts*, II. Rechts und Staatslehre auf der Grundlage christliche Weltanschauung, Heidelberg 1845, 2a. capítulo 2, 261, se aproxima a Bello respecto del honor. Cfr. 3a, Tübingen-Leipzig 36, 1856 y 5a, *ibid.* 1878. Acerca de la canción formal de Estado de derecho, KRÜGER, 780 ss. FÜSSL, Wilhelm, *Professor in der Politik*<sup>5</sup>. Friedrich Julius Stahl, Göttingen 1988.<sup>3</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel, Derecho constitucional comparado, Madrid 1964 KRÜGER, Herbet, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 1964, 760 ss. Böckenförde, nota 20. PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid 1985. LINK, Cristoph, «Anfänge des Rechtsstaatsgedankens in der Deutschen Staatsrechtslehre des 16. bis 18. Jahrhunderts» in SCHNUR, Roman (ed.) *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, Berlín 1986. Friedrich Julius STAHL (1802-1861), «Christlicher Staat und Partei der Legitimität» en HEINRICHS H. (ed.), *Deutsche jüdischer Herrkunft*, Munich 1993. LÜCKE, Gerhard, (ed) *Die Krise des Rechtsstaates*, con colaboraciones de seis especialistas, Marburg 1995. STOLLEIS, Michael, «Der Rechtsstaates – ein teures und gefährdetes Gut», en *Mitteilung der Deutsche Forschungsgemeinschaft* 3, 1996. SEIFERT, Jürgen, «Der fragile Rechtsstaat. Zum Bedeutungswandel der Rechtsstaatlichkeit in veränderten innergesellschaftlichen und zwischenstaatlichen Strukturen», en *Leviathan*, Sonderheft 19, 1999.

<sup>30</sup> KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín 1925. El mismo, *Reine Rechtslehre*, Leipzig-Wien 1934 El mismo., «Was ist die Reine Rechtslehre?» en GIACOMETTI, Zacarias, *Fests-*

La repitió una y otra vez, en la misma época en que surgían los dos primeros Estados totalitarios, duro del socialismo internacional en Rusia o blando, del nacional socialismo, impuesto, este último en Alemania, como es sabido, no por la revolución sino por impecables vías legales. El Estado de derecho terminó así en la legitimación por el procedimiento, de que habla Luhmann. El gobernante puede hacer lo que fuere siempre que se atenga al procedimiento establecido<sup>31</sup> Como señala Negro Pavón, siguiendo a Welzel «un problema del Estado de derecho consiste en que el único límite del poder sea el derecho, cuya producción se arroga el mismo Estado, no instituciones como la propiedad o el autogobierno, que quedan al margen de la legislación»<sup>32</sup>. Lo cual deja en evidencia lo que se puede y no se puede esperar de un Estado de derecho legalista.

Pero las cosas no quedaron ahí. El totalitarismo cundió en casi en todo el planeta hasta convertirse, asimismo por vías legales, en una forma institucional dominante. Tras la segunda guerra mundial, se extendió, desde la Unión Soviética hasta sus oponentes, los Estados Unidos, que se presentaban como campeones de la democracia, los derechos humanos y la autodeterminación de los pueblos. Si en 1950, el ruso Wyschinski había afirmado «La constitución no es para proteger a los individuos frente al Estado, sino al Estado frente a los individuos» menos de medio siglo después, el estadounidense Bovard denunciaba que en su país «hoy las leyes crecientemente existen para someter a los ciudadanos, no a los gobiernos» Insensiblemente, los demás Estados europeos y anglosajones siguieron esta tendencia. Debido a que se impuso bajo las formas del Estado legalista de derecho que, al decir de Stahl, no se refieren a su fin y contenido, su implantación pasó inadvertida a muchos. De esta suerte, a la larga, el despotismo blando, como lo llamara Tocqueville, sigue las huellas del despotismo duro<sup>33</sup>.

La contraposición entre el Estado de derecho hispánico y estas versiones propias de la Europa atlántica, no puede ser más radical. Mientras el *si recte facias*, apunta a un Estado sujeto a un derecho anterior y superior a él y el *rule of law*, todavía retiene algo del mismo, el *règne de la loi* sitúa de partida al Estado, que hace y deshace a la ley, por encima de derecho. Allí no cabe más que la auto-limitación del poder. En cambio, el *si recte facias*, corresponde a un Estado jurisdiccional constituido por múltiples poderes, –unos supremos, como el estatal y el eclesiástico y otros menores– cada uno con una esfera de acción propia<sup>34</sup>. Los modelos atlánticos corresponden en contraste a un Estado absorbente, constituido sobre la base de un poder único, al que se subordinan los demás.

---

chrift, Zürich 1952 KRÜGER, nota 19, 135 y ss. BRACHER, Dietrich, *Die nationalsozialistische Machtergreifung*, Berlín 1960. Böckenförde, nota 19. Mohnhaupt, nota 1.

<sup>31</sup> LUHMANN, Niklaus, «Öffentliche Meinung», en el mismo, *Politische Planung*, Opladen 1971. El mismo, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1975.

<sup>32</sup> NEGRO PAVÓN, nota 19, 200, 58.

<sup>33</sup> WYSCHINSKI, Andrei, *Cuestiones de teoría del Estado y del derecho* (en ruso), Moscú 1949. BOVARD nota 9. TOCQUEVILLE, Alexis de, *La démocratie en l'Amérique*. París 1835. trad. castellana, México 1957. REINHARD, nota 9.

<sup>34</sup> HESPANHA, «O Antigo Regimen» nota 8.

## BIENES Y DERECHOS

El Estado de derecho hispánico es, ante todo, eminentemente práctico. Atiende a proteger en forma inmediata y directa a la persona misma o a lo que de alguna manera le pertenece. Se ocupa de cosas concretas, tangibles, como son *su* honor, *su* vida, *su* integridad física, *su* libertad física o de residencia, *su* casa, *sus* cargos, *sus* haberes.

Más que luchar por *derechos* –iguales para todos–, por dar lo mismo indistintamente a unos y a otros, se lucha por *el derecho*, por dar a cada uno lo suyo, los bienes que le pertenecen. Esto es tarea común a todos, no sólo de los gobernantes, sino también del pueblo, entendido al modo de las *Partidas*, los grandes, los medianos y los menores. Para decirlo brevemente, este Estado de derecho convoca a todos los sectores del pueblo a fin de hacer prevalecer el derecho frente a la violencia, venga de quien venga, del poder o de los poderosos. Por lo mismo, contempla, llegado el caso, la resistencia y la rebelión legítima, encaminadas a reestablecer el derecho atropellado<sup>35</sup>.

En otras palabras, la protección no recae sobre derechos, sino inmediatamente sobre cosas. De ahí que el lenguaje de los derechos le sea extraño. No se habla de derecho a la vida, a la libertad, al honor o a la propiedad, sino simplemente de dichos bienes. Por lo demás, la noción misma de derecho subjetivo, es decir, como facultad de una persona, es de origen muy reciente. No se remonta más allá de la Edad Moderna y surge, por tanto, en una época en la que esta tradición hispánica ya había alcanzado su madurez<sup>36</sup>. Sólo tardíamente se da el nombre de derechos o libertades civiles a los bienes protegidos.

Menos aún recae esta protección, eminentemente concreta, en abstracciones como los derechos humanos. En rigor, ellos son más bien aspiraciones o ideales, pues apuntan hacia cosas convenientes a todo hombre en todo tiempo y en todo lugar, que, en el hecho, muchos están lejos de poseer. Tales son, por ejemplo, la libertad, la vida, la salud, la educación, la propiedad.

Por estar centrada en bienes concretos, la protección hispánica no conoce otros derechos políticos que los que miran al buen gobierno, uno de cuyos aspectos primordiales es asegurar a cada uno el pacífico disfrute de lo suyo. En consecuencia, no hay aquí lugar para derechos políticos, entendidos como formas de participar en el gobierno, salvo por una vía estamental o por otras como a través de cuerpos u organizaciones intermedias.

<sup>35</sup> *Siete Partidas* 7,1,26. ISENSEE, Josef, *Das legalisierte Widerstandrecht*, Bad Homburg 1969. KERN, Fritz, *Gottesgnadentum und Widerstandrecht*, Leipzig 1914, hay reimpresión Darmstadt 1954, trad. castellana, sin notas, Madrid 1955. BRUNNER, *Land und Herrschaft*, nota 3, en *Recueil de la Société Jean Bodin, Les surêtes personelles*, nota 7. La misma, *L'individu face du pouvoir*, *ibid.*

<sup>36</sup> VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, París 1975. FIORAVANTI, Mauricio, *Appunti di Storia delle Costituzione moderne. La libertà fondamentali*, 1995, trad. castellana, Madrid, 1996. CARPINTERO, Francisco y otros, *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz 2003.

Debido a su carácter práctico, esta tradición no se materializa, como la de los derechos humanos, en pomposas declaraciones, sino en medios operantes de protección. Por eso su surgimiento y sus avances son empíricos, casuístas. Progresa de un modo tanteante, probando y corrigiendo una y otra vez las distintas soluciones, hasta dar con las más eficaces. A menudo ellas nacen como reacción contra males reales a los que pretenden remediar o prevenir.

Las dos vertientes del Estado de derecho, jurisdiccional e individualista, arrojan nueva luz sobre la agitada vida política de los pueblos hispánicos en los siglos XIX y XX. Tanto España y Portugal como Hispanoamérica, se debaten entre lo propio y lo foráneo. Es una tensión entre el Estado jurisdiccional –de la constitución histórica– y el Estado individualista –de las constituciones escritas– que chocan como dos placas tectónicas sin que lleguen a acomodarse entre sí. No pueden menos que provocar repetidos terremotos y conmociones.

## RECHAZO HISPÁNICO

Algunos han atribuido esta inestabilidad política e institucional a incapacidad e inmadurez de los pueblos hispánicos para adoptar instituciones ajenas a su idiosincrasia.

Al respecto, últimamente, el diagnóstico ha cambiado de forma brusca y diametral. Se habla de un *rechazo*, como el de un cuerpo sano frente al elemento extraño. Más aún, el alemán Steger ha afirmado que Hispanoamérica es el *hoyo negro* donde mueren las ideologías del racionalismo europeo, desde el liberalismo hasta el socialismo, desde el progreso indefinido hasta los *ismos* en general. A la luz de la Postmodernidad, aparecen como anacrónicos *metarrelatos*<sup>37</sup>. En esta pugna, entre el país real y el país legal, el primero lleva todas las de ganar. En todo caso, en esto hay diferencias. Mientras los españoles pasan por abiertos a recibir lo que venga de allende los Pirineos, los portugueses son más cautos y los iberoamericanos, más viscerales.

Esto no tiene nada de extraño. Entre ellos lo foráneo no logra arraigar, ni menos prevalecer frente a lo propio. Conocida es la tendencia arcaizante de los núcleos desprendidos de su solar de origen, que constituye para ellos el único modo de mantener la propia identidad en el nuevo medio en que se encuentran. Ejemplos hay muchos, desde el lenguaje, que en Brasil y América española se mantiene más fiel a sus orígenes que en Portugal y Castilla, hasta magnas obras eruditas como el código civil, que es más genuinamente castellano o portugués en Hispanoamérica que en la Península Ibérica<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> STEGER, nota 13. CLAVERO, nota 13. BRAVO LIRA, nota 13.

<sup>38</sup> CRUZ, Guilherme Braga da, «A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro» en Revista da Faculdade de direito, São Paulo, 1955. BRAVO LIRA, Bernardino, «Codificación civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica 1827-1917. Derecho nacional y europeización» en LEVAGGI, Abelardo (ed.) *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires 1992.

Para completar el cuadro no está de más apuntar que esta versión hispánica del Estado de derecho guarda cierta similitud con la de los pueblos danubianos bajo la monarquía austriaca. Hasta ahora, nos hemos limitado al Estado de derecho en la Europa atlántica. Pero naturalmente hay otras versiones más, cuyo origen está también en una transformación del señorío de derecho en Estado de derecho. En Europa central, llama especialmente la atención el caso de Hungría, frecuentemente comparado con el de Inglaterra, por su antigüedad y vigor y, por supuesto, el de la monarquía austriaca, modelo de unión de Estados y de espacio multicultural<sup>39</sup>. Ambas se contraponen a las versiones de la Europa atlántica, porque constituyen un Estado de derecho alejado por igual de la uniformidad impuesta por ley a todos los habitantes y de la reducción de su actividad política a unas ocasionales elecciones populares, a las que, tanto en Hispanoamérica como en Centroeuropa, se mira como algo más bien de mero trámite.

En este sentido, si hay que buscar un modelo similar al hispánico, es preciso ir más allá de la Europa atlántica y de los Estados Unidos, hasta esta Europa central, en el otro extremo del mundo moderno. En Austria y los países danubianos la clave del Estado de derecho es también la persona, más bien que el individuo. Hay una conciencia de la diversidad y del respeto a los demás. En lugar de dar a todos lo mismo, se busca dar a cada uno lo suyo. O sea, se sobrepone a la uniformidad de lo genérico, la diversidad de lo propio, esa pluralidad tan bien destacada últimamente por Csaky<sup>40</sup>.

Sería imposible reconstruir aquí, en detalle, esta historia milenaria del Estado de derecho en el mundo hispánico, llena de incidencias y vicisitudes. Los presentes apuntes pretenden tan sólo mostrar que es muy digna de estudio, que el campo que aguarda aquí a los investigadores es inmenso.

## I RECONQUISTA. EL MÁS ANTIGUO ESTADO DE DERECHO EN EUROPA. PODER Y PLURALIDAD DE CREENCIAS Y PERSONAS

*La persona del hombre es la más noble cosa de este mundo.*  
Siete Partidas

Los orígenes de la protección hispana e hispanoamericana a las personas y a sus bienes se remontan al reino hispano visigodo, que abarcó la Península Ibérica

<sup>39</sup> CSAKY, Moritz, «Österreich und die Mitteleuropaidee», en *Europäische Rundschau*, 1982, 2. El mismo, «Pluralität in der Monarchie als Kriterium der österreichischer Identität», debo el conocimiento del manuscrito a gentileza del autor. WANDRUSZKA, Adam y URBANITSCH, Peter (ed.), *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*, 7 vols., Viena, 1975-2000. BÉHAR, Pierre, *Autriche-Hongrie, idée d'avenir*, París 1991. Para Hungría, en particular, ver nota 12.

<sup>40</sup> CSAKY, Moritz, *Ideologie der Operette und Wiener Moderne. Ein kultur-historischer Essay*, Viena-Colonia-Weimar, 1996, aumentada ibid. 1998 2, esp. Cap. 7 Pluralität-Kultur-Geschichte. PLASCHKA, Richard, STOURZH, Gerald y NIEDERKORN, Jan Paul (eds.), *Was heisst es Österreich?*, Viena 1995, con trabajos de 14 especialistas.



entre los siglos V y VIII. Su gran problema fue la inestabilidad política, fuente de trastornos y abusos sin cuento. Esta situación tenía raíces profundas. De modo muy esquemático, puede decirse que la pugna entre nobleza y realeza había condenado al país a una constante oscilación entre anarquía y represión<sup>41</sup>.

Las luchas incesantes por el poder daban lugar a incontables atropellos. Nadie estaba seguro ni de sus cargos ni de sus bienes ni de su vida. La incertidumbre afectaba no sólo a los poderosos, sino que se extendía también a sus seguidores y dependientes. En medio de ella cobró relieve el apotegma recogido por San Isidoro de Sevilla *rex eris si recte facias, si non facias non eris*<sup>42</sup>.

Pocas palabras han tenido tan larga historia. Desde el siglo VII, no deja de resonar en la vida de los pueblos hispánicos de ambos mundos<sup>43</sup>. Como manifestación de la primacía del derecho sobre el Estado, es una constante. Condiciona el poder al derecho. El gobernante sólo tiene poder dentro del derecho. Si se sale de él o lo deja atropellar, desaparece su poder. Nada lo testimonia con mayor fuerza que el grito *viva el rey, muera el mal gobierno*, que proclama la fidelidad al derecho, representado por el monarca, por encima del gobernante que lo quebranta con sus abusos<sup>44</sup>. En la práctica, este grito se ha usado no sólo para protestar contra el mal gobernante, sino incluso para deponerlo. En este Estado de derecho, el vasallo y luego el ciudadano, no se dejaron arrinconar fuera de la vida pública y convertir en comparsa, a la que sólo se permite asomarse al escenario cuando es convocada a elecciones. Antes bien, cada uno, según el lugar y posición que ocupa, es en todo momento guardián del derecho.

---

<sup>41</sup> THOMPSON E.A., *The Goths in Spain*, Oxford 1969, trad. castellana, Madrid. 1971. CLAUDE DIETRICH, Adel, *Kirche und Konigtum im Westgotenreich, Sigmaringen*. 1971, GARCÍA MORENO, Luis A., *El fin del reino visigodo de Toledo. Decadencia y catástrofe, una contribución a su crítica*, Madrid, 1975. Orlandis, José, *La España visigoda*, Madrid 1977.

<sup>42</sup> Ver nota 4.

<sup>43</sup> Sobre la recurrencia de la rebelión legítima., WIDOW, Juan Antonio, «La rebelión y sus fines» en *Tizona* 41, 1 julio 1973, editorial. TEJADA, Francisco Elías, «La resistencia al tirano», *ibid*. Acerca de los efectos de esta discusión, GARAY, Cristian, «Teoría política y carlismo en Chile», en *Aportes* 22-23, Madrid 1993. GIACHINO PANIZZA, Luis, «España 1936», *ibid*. 45, agosto 1973. Una vez producido el pronunciamiento de Pinochet en Chile en 1973, el último presidente del Senado, Eduardo Frei, lo justificó de la misma manera, a la luz del «derecho a la rebelión». A su juicio en el caso de Chile ese derecho «se convierte en un deber. Es un derecho jurídico proclamado por todos los tratadistas e historiadores, como el Padre Mariana». Cfr. *Entrevista* al corresponsal de ABC Luis Calvo, aparecida el 10 de octubre de 1973. Reproducida parcialmente por *El Mercurio*, Santiago 12 de octubre de 1973. Texto completo en GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, Francisco Javier, *El Partido Demócrata cristiano. La lucha por definirse*, Santiago 1989, apéndice pp. 225 y ss. Otros políticos, como el sucesor del presidente Pinochet, Patricio Aylwin, decidido opositor a Allende, mantuvo una posición similar. Sobre sus declaraciones en 1973 y 1998, SOTO G., Ángel, «Aylwin admitió como mal menor la idea de una dictadura transitoria» en *La Segunda*, Santiago 17 de Julio 2003.

<sup>44</sup> Sobre el sentido y recurrencia del grito, DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio, *Alteraciones andaluzas*, Madrid 1973. En Iberoamérica, JANE CECIL, *Liberty and despotism in Spanish America*, Nueva York 1929, trad. castellana, Madrid 1931. MACHADO RIBAS, Lincoln, *Movimiento revolucionario en las colonias españolas de América*, Buenos Aires 1940. MEZA VILLALOBOS, Néstor. *La conciencia política chilena durante la monarquía*, Santiago 1958. Últimamente, para la segunda mitad del siglo XVIII, ANDRÉS-GALLEGO, José, *Quince revoluciones y algo más*, Madrid 1992. También en Nápoles se usa el mismo grito. GALASSO, Giuseppe, «Introducción» a MATTIA DORIA, Paolo, *Massime del governo spagnolo a Napoli*, ed. Vittorio Conti, Nápoles 1975. esp. XIX.

Anticipo de esta lucha por el derecho son los remedios que se probaron en el reino hispanovisigodo para poner coto a la inseguridad de entonces, algunos de gran refinamiento jurídico. A partir del V Concilio de Toledo celebrado en 626 encontramos diversas medidas concretas, primero en favor de los magnates y, luego, de los hombres libres, en general. Ellas llegan a su punto culminante en el XIII Concilio de Toledo de 683, cuando también la anarquía alcanza un grado máximo. Allí surge la exigencia del juicio previo por sus pares para que los magnates del oficio palatino puedan ser castigados por delito o privados de sus cargos, su libertad o sus bienes. En el caso de los demás hombres libres, se lo exigió también para sancionarlos por delito o desposeerlos de lo suyo<sup>45</sup>.

Pero una cosa son los textos y otra la realidad. No hay que dejarse deslumbrar por ellos. No son sino un testimonio de los lamentables atropellos a los que pretendían poner atajo. Vale para ellos la sentencia de Tácito: las buenas leyes son prueba de las malas costumbres.

Estas medidas no tuvieron mayor eficacia y el reino hispanovisigodo, minado por las luchas intestinas, sucumbió muy pronto a mano de los musulmanes. El paso de estos intentos poco eficaces, a una protección más efectiva de las personas, se produjo durante la reconquista, es decir la lucha secular para recuperar los territorios dominados por los musulmanes.

## FRONTERA ENTRE DOS MUNDOS

Entonces, la Península se convirtió en frontera entre dos mundos, la Cristiandad y el Islam, donde convivieron entre sí, gentes y pueblos de una diversidad cultural desconocida en Europa. Constituyó un núcleo multicultural sin paralelo en Europa, un islote de extrema diversidad en el continente<sup>46</sup>. Allí, más que en ninguna parte, la protección a las personas se convirtió en cuestión vital. Surgió así una suerte de circulación desde las regiones fronterizas hacia las del interior. Para atraer pobladores a las zonas de avanzada, fue preciso ofrecerles mejores condiciones de vida que las que tenían en el interior. A su vez, en estas regiones más seguras, fue preciso mejorar las existentes, a fin de evitar el éxodo hacia las nuevamente ganadas a los moros. En expresión de Sánchez-Albornoz, Castilla se convirtió en un islote de hombres libres en

<sup>45</sup> VIVES, José, *Concilios visigodos e hispanorromanos*. Barcelona. Madrid. 1963, Concilio V de Toledo año 636, 6, p. 229, xm Concilio de Toledo año 653, 2 p. 416 y ss. Esta última disposición fue recogida en el *Liber Iudiciorum* 2,1, 6. GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho español* (2 vols.). Madrid. 1968, hay numerosas ediciones posteriores.

<sup>46</sup> SCHRAMM, Percy Ernst, «Spanien Bastion Europas-Brücke nach Afrika un Amerika en *Die Welt als Geschichte*, 1953. GIESEN, Bernhard (ed) *Nationale und kulturelle Identität*, Francfort a. M., 1991. BADE, Klaus (ed.), *Die multikulturelle Herausforderung, Menschen über Grenzen und Grenzen über menschen*, Munich, 1996. SCHMALE, Wolfgang y STAUBER, Reinhard (eds.) *Menschen und Grenzen und Grenzen und Menschen in der Frühen Neuzeit*, Berlín, 1998. En relación a la América hispánica, RODRIGUES-MOURA, Enrique (ed.), *Von Wäldern, Städten und Grenzen*. Francfort 2003.

medio de la Europa feudal<sup>47</sup>. Algo similar vale para Portugal, en el Atlántico y para Aragón y Valencia, en el Mediterráneo.

En estas condiciones, los precedentes visigodos, no sólo cobraron vigencia sino que se quedaron cortos. Casi se podría decir que iniciaron su verdadera vida. Se ampliaron y robustecieron de modo inesperado y en esos términos, se extendieron luego a América, donde conocieron una nueva e inesperada expansión y fortalecimiento.

De esta suerte, el *si recte facias* no tardó en convertirse en elemento vivo de la conciencia política. Por gobernar se entendió mantener un derecho anterior y superior al poder y los poderosos. Este ideal consuetudinario tuvo larga vida. Anterior a las universidades y a la visión erudita de la política, fundada en autores como Aristóteles y Santo Tomás, que recogen las *Siete Partidas*, pasó a América hispana, donde combinada con el ideal ilustrado de gobierno prevaleció hasta el siglo XX. Esta larga pervivencia de la visión altomedieval de gobierno no es única. También se da en los territorios alemanes, al menos hasta el siglo XVIII<sup>48</sup>.

Confirma lo anterior la vigencia a lo largo del resto de la Edad Media en la Península Ibérica y desde comienzos de la Edad Moderna, también en Hispanoamérica de los cánones de los concilios toledanos, confirmados las más de las veces para efectos civiles por los reyes, y recogidos en el *Liber iudiciorum* como, por ejemplo, los citados del XIII Concilio Toledano. La historia del *Liber* no deja de ser significativa. Después de haberse aplicado en los principados cristianos durante la Alta Edad Media y en la España musulmana para los mozárabes, fue traducido al castellano en la Baja Edad Media bajo el nombre de *Fuero Juzgo* y, como tal, se mantuvo en vigencia en Castilla y luego, además, en América, hasta la codificación que se completa sólo al comenzar el siglo XX.

## PRIMER ESTADO DE DERECHO EN EUROPA

Dos grandes factores contribuyen al florecimiento de la protección a las personas en la Península Ibérica durante la reconquista, por una parte la diversidad de tierras, gentes y derechos y por otra, el *utrumque ius*, cultivado en las universidades europeas. El Estado de derecho es fruto de esta feliz convergencia entre dos vertientes, una práctica y otra científica. La gravitación de ambas es cada vez más notoria desde el siglo XI. Al respecto, dos fechas son sugerentes. En 1085, Alfonso VI, de Castilla y León, tomó Toledo, la antigua capital visigótica, lo que marcó un hito en la reconquista peninsular y, c. 1088, se inició en Bolonia el cultivo del *utrumque ius*, romano y canónico, que desde allí se extendió por todo el continente, hasta convertirse en un *ius commune*

<sup>47</sup> SÁNCHEZ-ALBORNOZ, nota 8.

<sup>48</sup> SIMON, nota 5, BRAVO LIRA, nota 3.

européo, superpuesto a la variedad de derechos propios, vigentes a lo largo y a lo ancho del continente<sup>49</sup>.

Tras la reconquista de Toledo, Alfonso VI se proclamó emperador de las dos religiones, esto es, cristiana y musulmana y confirmó la vigencia en Toledo de cinco fueros diferentes para otros tantos núcleos de población<sup>50</sup>.

Sobre estos presupuestos, se refuerzan ciertas formas de protección a las personas, como las contempladas en los decretos de las llamadas Cortes de León (c. 1188), conocidos bajo el nombre de *Charta Magna Leonesa*. El rey Alfonso IX jura que no procederá contra nadie por simple denuncia, sino después de probados en su tribunal los cargos que se aducen contra él. Antes de lo cual no le hará *malum vel damnun, vel in persona vel in rebus suis*<sup>51</sup>. La exigencia del juicio previo cubre pues, tanto la persona como la hacienda del inculpado.

A ello se añaden algunas medidas prácticas. Por una parte se prohíben varios modos de hacerse justicia por sí mismo y se obliga a ocurrir a los jueces reales, eclesiásticos o señoriales. Por otra parte, se sanciona como delito al que «*ad domum alicuius per vim vadat vel damnun aliquod in ea vel hereditate eius faciat*»<sup>52</sup>. Es decir, se pena al que entra con violencia en casa ajena, causa daño en ella o en la heredad de otro.

Junto a estas formas de protección a las personas aparece en el decreto de Alfonso IX otro elemento: un antecedente de lo que podemos llamar derechos políticos de los estamentos que componen el reino. El rey promete: *quod non faciam bellum vel pacem vel placitum nisi cum consilio episcoporum, nobilium et bonorum hominum per quorum consilio debeo regi*<sup>53</sup>. O sea, el rey admite que debe reinar con consejo de los obispos, nobles y hombres buenos y, por eso, se obliga a no hacer la guerra ni la paz ni la tregua sin su dictamen.

Poco posterior parece ser la manifestación, surgida en Aragón como medio concreto de hacer efectiva la seguridad de la persona. Al efecto, el justicia mayor exige, en caso de prisión, que el afectado le sea presentado o manifiesto<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> Sobre el Derecho Común y su significación europea, COING, Helmut, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3 tomos (5 volúmenes), aparecidos, Munich 1973-82, tomo 1 con abundante bibliografía. BERMAN HAROLD, J., *Law and Revolution. The formation of the western legal tradition*, CAMBRIDGE, Mass. 1983, trad. castellana, México 1996; BELLOMO, Manlio, *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1988, 5ª ed. (revisada) 1991, trad. castellana, por Emma MONTANÓS FERRÍN, Roma, 1991.

<sup>50</sup> SCHRAMM, Percy Ernst, *Das kastilische Königtum und Kaisertum während der Reconquista (11. Jh. bis 1252)* en RITTER, G., *Festschrift*, Tubinga 1950. SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Historia del Derecho*, vol. I, Madrid, 1995, 218, nota 15.

<sup>51</sup> *Decreto de la Curia de León*, 2, ed. Real Academia de la Historia, *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, vol. 1, Madrid 1861, p. 1 ss. pp. 39-42. GARCÍA-GALLO, Alfonso, «El pactismo en el reino de Castilla y su proyección en América», en Instituto de España, *Simposio El pactismo en la Historia de España*, Madrid 1980 esp. pp. 150 y ss. PROCTER, E.S., *Curia and Cortes in León and Castile 1072-1295*, Cambridge. 1980. FERNÁNDEZ CATÓN, José María, *La Curia regia de León y sus «decreta» y constitución*, León 1993, edición crítica de las *decreta*, 98 ss.

<sup>52</sup> *Decreto*, nota 51. 4 y ss, 11 y ss.

<sup>53</sup> *Ibid.* 3.

<sup>54</sup> SÁENZ DE TEJADA Y DE OLAZAGA, Francisco, *El Derecho de manifestación aragonés y el habeas corpus inglés*, Madrid *s/f* (1957); LALINDE ABADÍA, Jesús. *La gobernación general en*

Esta es una época de extrema diferenciación jurídica. Los estamentos eclesiástico y nobiliario terminan por tener un fuero propio, esto es, un derecho y, a menudo también, tribunales privativos. Asimismo, musulmanes y judíos tienen derecho y jueces propios<sup>55</sup>. En una palabra, nos encontramos con una garantía casi desaparecida, la del fuero personal: nadie es juzgado por un derecho que no es el suyo, ni por un juez impuesto de fuera.

Lo mismo se aplica a aquellas villas y lugares, cuyos habitantes gozan de privilegios o garantías, a menudo documentadas en fueros locales<sup>56</sup>. Estos son, una de las más ricas fuentes de información en materia de protección de las personas. Valen para toda la población de una localidad, es decir, se aplican a todos sin distinciones de tipo estamental<sup>57</sup>. Su contenido es eminentemente casuista, de suerte que nos encontramos con gran profusión de medidas protectoras. Pero estos textos, en su redacción original o en otras similares, se difunden entre múltiples localidades. Así, a la postre, la gama de formas de protección a la persona y a sus bienes es bastante uniforme. Se protege la vida de cada uno, su libertad de movimiento y de residencia, su casa, su integridad corporal, sus propiedades y demás.

## DEL SEÑORÍO DE DERECHO AL ESTADO DE DERECHO

La recepción del Derecho Común inaugura una nueva época en la historia del derecho castellano y portugués. Basada en el juego entre práctica y doctrina

---

la *Corona de Aragón*, Madrid-Zaragoza. 1962; *Los fueros de Aragón*, Zaragoza. 1976; MARTÍN-BALLESTERO, Luis, «El justicia mayor del reino y su proyección actual» en *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza* 43, Zaragoza. 1971.

<sup>55</sup> Un panorama general en VALDEVELLANO, Luis García de *Curso de Historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*. Madrid. 1968. ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas*. Madrid. 1975. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Claudio, *De población y repoblación del valle del Duero*. Buenos Aires. 1966; El mismo, nota 8; GIBERT, Rafael, «Derecho municipal de León y Castilla», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 31 (1961). BARRERO, Ana María, *La familia de los fueros de Cuenca*, ibid 46 (1976); «El derecho local, el territorial, el general y el común en Castilla, Aragón y Navarra», en *Atti del convegno de Varenna*. Milano 1980. La misma *El derecho local en la Edad Media y su formulación por los reyes castellanos* (en prensa; debo a sus conocimientos a gentileza de la autora). La misma y ALONSO MARTÍN, María Luz, *Textos de derecho local español en la Edad Media*, Madrid 1989.

<sup>56</sup> Así, por ejemplo. *Fuero de Cuenca*, 1 1, 7, ed. crítica con introducción, notas y apéndices de UREÑA Y SMENJAUD, Rafael de, Madrid. 1935: «todas las casas así del pobre como del rico, así del noble como del non noble un fuero ayan y una calonna». Textos similares en otros fueros, como los de Sepúlveda, Zorita de los Canes, Avilés, Oviedo, o Sahagún. Para esto y lo que sigue FIGUEROA, María Angélica, «Apuntes sobre el origen de las garantías a los derechos humanos en la legislación hispano-chilena», en *Estudios de Historia de las instituciones políticas y sociales*, 2, Santiago 1967, 49 y ss.

<sup>57</sup> «Ninguno ni Señor ni otro no tengan omne preso, maguer (a pesar de) que por propia calonna o por debdo sea venado, mas el juez téngalo preso en su casa fasta que pague lo que debiera.» *Fuero de Cuenca*, nota 56, .1,1,8. Igual texto en otros fueros como de Sepúlveda o de Zorita de los Canes.

jurídica, cobró más adelante singular relieve en la América hispánica, donde el derecho práctico suele llevar ventaja al legislado. Las universidades de Salamanca y Coimbra se convirtieron en el foco del cultivo científico del derecho en todo el mundo hispánico, pues sirvieron de modelo a las de América y Filipinas. En sus aulas se formaron los letrados, laicos y eclesiásticos, que desempeñaron los oficios de la Iglesia, del rey y de las comunas. Su concurso permite al Príncipe transformar el poder señorial en estatal y asumir un papel legislador.

Por este camino, el señorío de derecho, se transformó en Estado de derecho, se estatalizó. Sin perder el fin del poder señorial de conservar y mantener el derecho, surgió por encima de él, un poder más alto, dotado de medios y de un radio de acción de otro orden. Es el poder del Príncipe, cuyo ámbito, sobrepasó al poder señorial sobre tierra y gente y a los lazos bilaterales de fidelidad, derivados de él: protección que el señor debe a sus vasallos y *consilium* y *auxilium* que ellos deben a su señor. El carácter y alcance poder del Príncipe reposa sobre un fundamento institucional diferente. Descansa sobre los oficios y oficiales con que cuenta. Por Príncipe se entiende, aquel que no reconoce superior, en el plano eclesiástico o en el temporal, de suerte que esto vale lo mismo para el Papa en el ámbito universal que para el rey u otro señor en su territorio.

El oficial, a diferencia de la generalidad de los vasallos, está ligado al Príncipe por una relación singular de dependencia, que no es simple fidelidad personal sino institucional. Oficios y oficiales son los pilares del Estado del Príncipe. Ellos constituyen un núcleo estable de personal a su servicio<sup>58</sup> destinado a asistirle en sus necesidades personales y de gobierno, cuyo radio de acción puede extenderse al territorio. Ese núcleo es el origen del Estado. Organizado primitivamente en torno a la casa, corte y oficiales del Príncipe, algunos destacados en diversas partes del reino, abre paso a formas de gobernar netamente diferentes de las señoriales<sup>59</sup>.

El Estado de derecho se configura bajo formas jurisdiccionales. Sus puntales fueron precisamente la primacía del derecho sobre el poder y la protección de las personas. Formado por múltiples poderes, cada uno de los cuales tiene una esfera de acción propia, pero limitada, constituye un Estado de derecho por excelencia, pues a los juristas compete definir la órbita de cada uno y, por tanto, en qué caso hay uso o abuso del mismo<sup>60</sup>. De estos poderes dos son supremos –el estatal y el eclesiástico– y los demás menores. De esta suerte, en

<sup>58</sup> Ver nota BOSL, Karl, editor (de) *Handbuch der Geschichte der böhmischen Länder*, 4 tomos, Stuttgart, 1967 – 1970. BAK, Janos M, *Königtum und Stände in Ungarn im 14.-16. Jahrhundert*. Wiesbaden 1973. HELLBIG, Ernst, *Osterreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Wien– New York, 1974, 2 ed.. 1974. Gergely y Mezey, nota 13. WILLOWEIT, Dietmar y LEMBERG, Hans, (eds.), *Reiche und Territorien in Ostmitteleuropa*, Munich 2006, con trabajos de 21 especialistas.

<sup>59</sup> Para esto y lo que sigue, HINTZE, nota 3. GARCÍA PELAYO, nota 3. BERMAN, nota 49. BRAVO LIRA, nota 3. El mismo nota 6. MAYALI, nota 5. WOLF, Armin Zur *Entwicklung der Territorialstaat*, Munich 1996. PADOA-SCHIOPPA, Antonio, (ed.), *Legislation and Justice*, 1997. GOURON, André y RIGAUDIÈRE Albert, *Renaissance du pouvoir Législatif et génèse de l'Etat*, Montpellier 1998.

<sup>60</sup> Hespanha, «Para una teoría...», nota 8.

la práctica, no solo en la teoría, todos, desde el pontificio y el real para abajo, son limitados. Todos deben actuar dentro del radio de acción que les fija el derecho. Están sometidos al mismo. Según lo respeten o lo pasen a llevar, se distingue entre uso y abuso del poder, buen y mal gobierno, ley justa e injusta. Lo cual hace de la Judicatura, llamada a dirimir los conflictos jurisdiccionales, la clave del Estado de derecho, vale decir, de la primacía del derecho y de la protección de las personas. Por esta vía, ni la persona ni sus bienes quedan a merced del poder y de los gobernantes. En caso de demasías y atropellos, hay recursos judiciales o extrajudiciales. Y, en último término, porque se cuenta, además, entre los medios de restablecer el derecho conculcado, con la resistencia y rebelión legítimas.

Pero nada de esto significa que la protección a las personas se materialice a través de derechos ni que se la sistematice de alguna forma. Sigue siendo tan casuista y concreta como antes, opera a través de recursos y se enriquece y complementa con elementos de raíz romana o canónica.

Así se ve en los fueros locales más influidos por el *ius commune*, como el de Cuenca y sobre todo en la obra cumbre de ese derecho, las *Siete Partidas* (siglos XIII-XIV).

## FUEROS Y PARTIDAS

Los fueros locales protegen a cada uno en su libertad personal contra la prisión sin previa orden judicial<sup>61</sup>; su casa contra la violencia o el asalto<sup>62</sup> su vida contra el homicidio, su integridad física contra las lesiones<sup>63</sup>, su propiedad privada<sup>64</sup> y la comunal<sup>65</sup>, raíz y mueble contra atentados de diversa especie. Sobre esto último señala María Angélica Figueroa: «en el Fuero de Cuenca hay normas especiales en cada caso para regular el daño, la apropiación o destrucción de las bestias o bueyes que aren o trillen –caso en el que no sólo debía pagarse el valor de la cosa, sino también el perjuicio producido– para cada tipo de animales menores, para el daño de rastros, en la destrucción o daño de ruedas y muelas de molino, en los canales y en las represas, entre muchas otras»<sup>66</sup>.

Las *Siete Partidas* son el principal cuerpo de derecho escrito aplicado en España y Portugal desde el siglo XIV y en Hispanoamérica desde el descubri-

<sup>61</sup> *Fuero de Cuenca*, nota 56, 1, 6.

<sup>62</sup> *Fuero de Zorita de los Canes*, ed. UREÑA y SMENJAUD, Rafael de, Madrid, 1911, p. a-32.

<sup>63</sup> Con detalle trata esta materia el *Pseudo ordenamiento de León*, 2, publicado en el *Anuario de Historia del Derecho Español* 13, Madrid 1943: «Que ningún omne por sanna que aya contra otro non deve le mistar a otro ninguno, ni enforzar, ni lisiar, ni matar a chnstiano ni a moro, ca todo esto es justicia del rey e non cae a omne otro ninguno y si alguno otro lo fidere deve estar a la merced del rey».

<sup>64</sup> *Fuero de Sepúlveda*, 23, ed. crítica y apéndice documental de SÁEZ, Emilio, *Los Fueros de Sepúlveda*, Segovia, 1953.

<sup>65</sup> *Ibid.*, 33. *Fuero de Cuenca*, nota 56, 1, 2, 1.

<sup>66</sup> FIGUEROA, nota 56, p. 56.

miento, cuya vigencia se prolongó a ambos lados del Atlántico hasta la codificación, es decir, hasta el siglo xx<sup>67</sup>. Constituyen una verdadera suma de derecho. Pretenden abarcar toda la materia jurídica de una visión unitaria, de fundamento teológico. Dentro de esta perspectiva teocéntrica, exaltan la dignidad del hombre, que está por debajo de Dios, pero que ha sido puesto por Él sobre el resto del universo visible, lo que, como sabemos, da origen a la afirmación: *la persona del hombre es la más noble cosa del mundo*.

La honra, es la expresión más señalada de esta dignidad del hombre, de raíz teológica, concepto que ya en esta época tiene extraordinaria relevancia en la vida de los pueblos de habla castellana y portuguesa. De ello dan fe la literatura y el derecho. Pero también la concepción de la vida política y de los recursos judiciales como medio de protección a las personas.

Según las *Partidas* tres son las honras que Dios hizo señaladamente al hombre. Primero, al hacerlo a su imagen y semejanza con inteligencia para conocer al mismo Dios y a las cosas. En segundo lugar. Dios le dio para su servicio todas las demás criaturas que hizo (salvo los ángeles) y, por último, le dio a la mujer por compañera en la que hiciera linaje, es decir. Dios quiso asociar al hombre a la propagación del género humano<sup>68</sup>.

Conforme a esta noción de honra, la mayor lesión de ella no puede provenir de afuera, de otro hombre, sino del propio sujeto, que se autorebaja cuando procede vilmente, lo que ocurre cuando quebranta el orden debido. Sucede esto cuando falta a la fidelidad y comete traición: «*la más vil cosa e la peor en que puede caer el corazón del hombre*». Con ella, en efecto, «*yerra contra Dios y contra todos los hombres, haciendo lo que no debe hacer*»<sup>69</sup>.

Después del autoenvilecimiento, vienen las diversas formas de lesión a la honra debidas a hecho ajeno. Entre ellas está la esclavitud: «*la más vil cosa de este mundo que pecado non sea*». Por eso «*es la más despreciada; así (como) la libertad es la más cara y la más preciada*»<sup>70</sup>.

Se comprende muy bien que entre los deberes del rey figure el de honrar a los hombres de su reino. Lo que debe hacer de tres maneras, de hecho, de palabra y de modo público... Así, el rey debe «poner a cada uno en el lugar que le conviene por su linaje o por su bondad o por su servicio» y «mantenerle en él, non haciendo porque lo debiese perder». Luego debe honrar a cada uno de palabra «loando los buenos fechos que le hicieron, de manera que ganen por ende fama y buena prez». Por último, debe el rey querer «que los otros lo razonen así y honrándolo será él honrado por las honras de ellos»<sup>71</sup>.

La honra se protege en las *Partidas* contra atentados cometidos por otros, de varias maneras. El título dedicado a las deshonras está colocado inmediatamente después del homicidio. El detalle con que trata de las diversas formas de ella refleja la importancia que le atribuye. Se ocupa de la deshonra de pala-

<sup>67</sup> BRAVO LIRA, nota 5.

<sup>68</sup> *Siete Partidas*, 4 prólogo.

<sup>69</sup> *Ibid.* 7, 2,1.

<sup>70</sup> *Ibid.* 4, 23, 8.

<sup>71</sup> *Ibid.* 2,10, prólogo.



bra, por escrito o por vías de hecho. Entre éstas contempla lesiones corporales o cuando uno persigue a otro para herirlo o apresarlo, «lo encierra en algún lugar o le entra por fuerza en la casa» o «rompiendo un hombre a otro los paños que vistiese o despojándolo de ellos por fuerza o escupiéndole a la cara a sabiendas»<sup>72</sup>.

No obstante, en ningún momento califican las *Partidas* a la honra como derecho. Otro tanto ocurre con la vida, la libertad, la propiedad y demás. Son bienes propios de la persona, que deben ser respetados, no derechos que se le prometen o a que se aspira. Su protección da lugar a múltiples medidas concretas, no a meras declaraciones. De ahí que se hable de deberes y no de derechos.

## POLÍTICA BASADA EN DEBERES

La persona es también sujeto de la política. En consecuencia, se trata de los deberes del rey y de los deberes del pueblo. Tampoco se habla de derechos. Por lo demás, el rey y el pueblo no se presentan en una relación vertical, uno arriba y el otro abajo, como nosotros estamos acostumbrados a plantear la relación entre gobernante y gobernados<sup>73</sup>, reducida a menudo a una dicotomía elegidos y electores.

La visión es siempre teológica y el hombre –sea gobernante o gobernado– está situado debajo de Dios y por encima de las cosas. Así, tanto el rey como el pueblo son sujetos de tres tipos de deberes. En primer lugar, tiene deberes para con Dios, que está por encima de ambos. En el otro extremo tiene deberes para con la tierra, vale decir, la patria, que está entregada al cuidado de ambos. Entre unos y otros deberes están los del rey para con el pueblo y los del pueblo para con el rey.

Estos deberes políticos alcanzaron proyecciones históricas insospechadas. En su origen no fueron, bajo ningún aspecto, derechos políticos. Transformarlos en tales sería sobreinterpretarlos. Por parte del pueblo se resumen en *auxilium* y *consilium* que debe al rey, algo demasiado genérico, como para configurar un derecho del rey, es decir, una regalía. Lo mismo ocurre con la protección que el rey debe a sus vasallos. Abarca principalmente tres tipos de abusos enunciados en las *Partidas*: los del propio gobernante, los de los poderosos y los de los enemigos exteriores<sup>74</sup>. Tampoco da origen directamente a un derecho político de los vasallos, aunque sí forma parte de la noción de buen gobierno y a través de ella, en el siglo XVIII, a la noción de fines del Estado. Del concepto de buen gobierno, brota en la Península y, a lo menos, desde el siglo XVII, también en Hispanoamérica un deber político de velar por el buen gobierno y el orden

<sup>72</sup> *Ibid.* 7, 9, leyes 1, 3 y 6.

<sup>73</sup> Sobre esto y lo que sigue, BRAVO LIRA, nota 5, 67 y ss.

<sup>74</sup> *Siete Partidas* 2, 10, prólogo, BRAVO LIRA, nota 5, 69 y ss.

instituido (constitución no escrita), que es la suma y compendio de todos los demás deberes políticos del gobernante y de los gobernados<sup>75</sup>.

## SE OBEDECE, PERO NO SE CUMPLE

Pero lo que principalmente se fortalece bajo el signo del *ius commune* y de las alteraciones que vive Castilla en los siglos XIV y XV, son las medidas concretas de protección a los vasallos. En 1325 y en 1329 se manda que no se cumplan las órdenes desaforadas, esto es, ilegales, de «lisiar o matar, o desterrar»<sup>76</sup>. Se refuerza así la protección de la vida, de cada uno, su integridad corporal, su libertad física, sus bienes y su libertad de residencia. Algo de esto pervive en el siglo XX en los recursos de inaplicabilidad. Una centuria después ordenó Juan II que se obedezcan pero no se cumplan las reales cartas por las que se despoja a alguno «de sus bienes y oficios» sin que primeramente sean llamados y vencidos<sup>77</sup>. Esto es, se exige el juicio previo para privar a alguien de sus bienes o de sus cargos. Todas estas medidas se recogen en las recopilaciones de leyes de Castilla, pasan como derecho vivo a América y rigen hasta la codificación en los siglos XIX y XX.

No menos relevante es el *obedézcase, pero no se cumpla*, de Juan II en las mismas Cortes que permitió hacer valer el derecho por encima de la legislación en casos concretos y que cobró su máxima significación en el Nuevo Mundo, debido a la distancia y desconocimiento de la realidad en la corte.

Paralelamente se desarrollan los recursos de los gobernados contra el gobierno, por actos arbitrarios o que les sean lesivos<sup>78</sup>. Los más importantes son la apelación contra actos de gobierno y la suplicación contra la sentencia de apelación. La primera se configura plenamente en el siglo XIII. Tiene por objeto obtener la reparación de un agravio, causado por un acto injusto, que podría ser incluso la designación para determinado oficio. Conocía de las apelaciones contra los oficiales y corregidores de las villas, la Audiencia, a la que

<sup>75</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, «Metamorfosis de la legalidad. Forma y sentido de un ideal dieciochesco», en *Revista de Derecho Público* 31-32 (Santiago), 1982, ahora en el mismo, *El juez entre el derecho y la ley en el mundo hispánico, Del Estado de derecho al derecho del Estado (siglos XVI a XXI)*, Santiago 2006. El mismo, *Historia de las instituciones...* nota 8.

<sup>76</sup> *Cortes de Valladolid 1325*, petición 3 y de *Madrid 1329*, en Real Academia de la Historia, *Cortes...*, nota 51. Estas disposiciones se recogieron en la *Nueva Recopilación* 4,14, 4, y en la *Novísima Recopilación* 3, 4,3, y tuvieron dilatada aplicación. Hay testimonios de su vigencia casi cinco siglos después en América: por ejemplo, la invoca la Real Universidad de San Felipe, en Santiago de Chile, en 1808 para oponerse a una resolución del Presidente. MEZA VILLALOBOS, Néstor, «Los orígenes de la cultura política de los chilenos» en *Política* 3, Santiago 1983.

<sup>77</sup> *Cortes de Valladolid 1448*. Pasa a la *Nueva Recopilación* 4,13, y a la *Novísima* 3, 4, 6. GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, «La fórmula obedézcase, pero no se cumpla en el derecho castellano de la Baja Edad Media», en *Anuario de Historia del Derecho Español* 50, Madrid 1980. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «La ley «se obedece, pero no se cumple». En torno a la suplicación de las leyes en el derecho indiano» en *Anuario Jurídico Ecuatoriano* 4 (Quito) 1980, con bibliografía.

<sup>78</sup> Para esto y lo que sigue, VILLAPALOS, Gustavo. *Los recursos contra los actos de gobierno en la baja Edad Media, Su evolución histórica en el reino castellano 1252-1504*, Madrid. 1976.

tres años antes del descubrimiento de América se le reconoció facultad para suspender la ejecución del acto de gobierno apelado<sup>79</sup>. De los actos del rey o de la Audiencia y, en general de aquellos contra los cuales no procedía alzada por vía de derecho, cabía suplicación por vía de merced<sup>80</sup>. Se resolvían, entonces, por equidad más bien que por derecho. Hay noticia de casos en que se condenó al propio rey a indemnizar<sup>81</sup>. Desde las Cortes de Segovia en 1390, el conocimiento de la suplicación se radica en la misma Audiencia<sup>82</sup>, régimen que pasó a América.

## II CONQUISTA: EL MÁS ANTIGUO ESTADO DE DERECHO FUERA DE EUROPA. EL PODER ENTRE CONQUISTADORES Y CONQUISTADOS

«Sea su principal fin procurar inducir y traer a los pueblos de ellas y los convertir a nuestra Santa Fe Católica... y no consientan ni den lugar a que los indios... reciban agravios algunos en su persona y bienes, mas mando que sean bien y justamente tratados. **Isabel la Católica, Códicilo 1503.**»

Los grandes descubrimientos geográficos a fines del siglo XV abrieron una nueva época en la historia del derecho europeo. Con ellos se inauguró su vigencia fuera de Europa, en otros continentes, con pueblos y culturas diferentes, a los que, en parte deben adaptarse y en parte conformarse. Iniciadores de esta expansión fueron Portugal y Castilla, que hasta el siglo XVII, constituyeron las únicas potencias europeas establecidas en ultramar. Por esta razón los autores han llamado Primera América a la hispánica.

Lo propio de ella es que se trata de una Conquista, entendida como prolongación ultramarina de la Reconquista, con su dualidad guerrera y religiosa y no de una forma de colonización o colonialismo como las practicadas a partir del siglo XVII por las otras potencias europeas. Enfrentadas a la diversidad americana, que superaba en todo sentido a lo que se conocía en Europa, España y Portugal pusieron en juego su experiencia multisecular del Estado de derecho peninsular, con variedad de regiones, poblaciones, derechos y culturas. El modo como se realizó la expansión, la distancia de los nuevos territorios y muchos otros factores obligaron a complementar y a adicionar las instituciones de gobierno territorial y las formas de proteger a las personas, conocidas en la Península.

La protección a las personas se amplió y diversificó no sólo en lo que toca a la población de origen europeo, sino sobre todo con las poblaciones aboríge-

---

<sup>79</sup> *Ordenanzas de la Chancillería de Valladolid, 24 marzo 1489 en Libro de Bulas y Pragmáticas* fol. 490-60. Agradezco la ayuda del prof. Agustín Bermúdez Aznar para obtener el texto.

<sup>80</sup> *Leyes del Estilo*, 30, VILLAPALOS, nota 77, 293.

<sup>81</sup> VILLAPALOS, nota 78, 296.

<sup>82</sup> ZAVALA, *Las instituciones...* nota 8, obra hasta ahora no superada.

nes del Nuevo Mundo y cobró forma de un Estado de derecho multicultural, que se desdobló en dos repúblicas: la de los españoles y la de los naturales. En otras palabras, en lugar de abandonar a su suerte a la mayoría conquistada, compuesta de los más dispares pueblos indígenas, la monarquía se interpuso entre ellos y los conquistadores.

## LA MONARQUÍA ENTRE CONQUISTADORES Y CONQUISTADOS

Ante todo, estos reinos se constituyeron sobre la base del vasallaje directo de sus habitantes al rey. Bajo su jurisdicción se constituyeron, dos repúblicas distintas entre sí pero complementarias: la de los españoles, cuyo núcleo fueron los conquistadores y la de los naturales, formada por los conquistados, es decir, por los indígenas, la inmensa mayoría de la población. Este pueblo, eminentemente heterogéneo, articulado en dos círculos por la monarquía constituye en Indias la base originaria del Estado de derecho. Sin él no podría haber ni Estado ni derecho.

Este es un caso único. Fue posible debido a que la monarquía excluyó en Indias los señoríos de vasallos, al modo europeo, que, con poderes propios se interponían entre un núcleo de personas y el monarca. En consecuencia, correspondió al rey asumir la protección de conquistadores y conquistados. Esto se traduce fundamentalmente en el buen gobierno, deber primario del rey y de sus oficiales.

Todo esto es completamente diferente a las colonizaciones que comienzan en el siglo XVII. Nada más lejos de una expansión mercantil y colonial. En lugar de limitarse a buscar tierras o mercaderías, se propone fines más altos que los puramente utilitarios, para los cuales los indígenas están en primer plano: difundir la fe católica y dilatar la monarquía o como dice el poeta, *ganar infinitas tierras para el rey e infinitas almas para Dios*<sup>83</sup>. De acuerdo a estos presupuestos se les reconoció ya desde el siglo XV, esto es, antes de que iniciarse la Conquista en Tierra firme, como personas y vasallos libres del rey. Respecto de ellos, incluso de aquella inmensa mayoría, que estaba por descubrir y sin incorporar todavía a la monarquía, se hicieron sinónimos los términos hombre y persona.

<sup>83</sup> El fin misional aparece reiterado en el *códicilo* de Isabel La Católica de 23 de noviembre de 1504, las *ordenanzas del Consejo de Indias* 24 de septiembre 1571, 5 y otros muchos documentos, como la *Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias 1680*, 2, 28 y, por supuesto en los autores de la época, por todos: Acosta, José, *De procuranda indorum salute*, Salamanca, 1589, esp. 2,8 y 3,2. En el mismo sentido SILVA, Juan, *Memorial* (impreso) citado por LEÓN PINELO, Antonio, *Tratado de las confirmaciones reales de encomiendas, oficios y casos que se requieren para las Indias occidentales*, Madrid 1630, 1,19, 20. 1,19 y por SOLÓRZANO, nota 11, 1, 2,9,8. Al respecto hay una abundante bibliografía: REIN, Gustav Adolf, «Das Problem des europäischen Expansion in der Geschichtsschreibung», Conferencia 1928, ahora en el mismo, *Europa und Übersee, Gesammelte Aufsätze*, Berlín-Francfort 1961, pp. 49 y ss. GÓNGORA, El Estado .... nota 8. El mismo, *Studies*. Ibid BRAVO LIRA, Bernardino, «El Estado misional, una institución propia del derecho indiano» en Estudios en honor de AVILA MARTEL, Alamiro, Santiago 1985.

En todo caso, la iniciativa creadora no vino solamente desde arriba, vino asimismo y con una fuerza casi arrolladora de los propios conquistadores, bajo la forma de exigencias de premios, gracias y privilegios. Frente al rey, acostumbraban subrayar que actuaron por propia iniciativa y, a su *costa y minción*. Es decir, vinieron a América, se equiparon y ganaron nuevos territorios para Dios y para el rey, por propia decisión y sin paga alguna. Gastaron su vida y su hacienda para servir a ambas Majestades. Por ello, reclamaban un premio, una recompensa para sí y para sus hijos. Prendió y arraigó así en Hispanoamérica con vigor extraordinario una conciencia de los propios méritos frente al rey. Ella no se restringió a los estratos dirigentes, sino que alcanzó hasta el último conquistador. En vista de los servicios prestados, todos se sentían merecedores, no sólo de premio, sino también de especial miramiento por parte del rey y de sus agentes. Entre ellos no se trataban de «*tu*», como las personas corrientes, sino de «*vuestra merced*», o sea, *usted*, en castellano o *você*, en portugués.

Esta actitud es una versión actualizada y, en cierto modo, exacerbada en las peculiares condiciones del Nuevo Mundo, de un sentimiento ya recogido en las *Partidas*. Explica porqué no cabe asimilar a los vasallos indios con los emigrantes llegados a estos países cuando ya estaban formados. Si bien estaban dispuestos a consumir sus vidas y haciendas al servicio del rey, no lo estaban a tolerar el menor atropello a su honra y, por tanto, tampoco la menor lesión a sus personas y a sus pertenencias. Esta mentalidad no se limita a las capas superiores. Tampoco dependió de los bienes de fortuna –de lo que se tiene– sino de la dignidad del conquistador –de lo que se es–. Al decir de Eyzaguirre, el hidalgo tiene su honra a flor de piel, aunque cubra ésta con harapos<sup>84</sup>. Lo que concuerda con el dicho, *pobre pero honrado*, tan común en algunas partes de Hispanoamérica.

## BUEN GOBIERNO DE LOS NATURALES

La monarquía acogió desde temprano estos ideales de servicio a Dios y al rey. Sin ser pródiga en los premios, supo satisfacer en alguna medida las pretensiones a veces insaciables de los indios. Por otra parte, tuvo especial cuidado de brindar una efectiva protección a sus vasallos americanos. Consideró que su papel era amparar a los desvalidos y, se interpuso, en consecuencia, entre conquistadores y conquistados.

---

<sup>84</sup> Sobre la concepción de premio y la conciencia de los propios derechos, ZAVALA, nota 8. GÓNGORA, nota 8. MEZA VILLALOBOS, Néstor, *La conciencia política chilena durante la monarquía*. Santiago 1955. El mismo, nota 75. Sobre gracia y merced en el mundo hispánico, BARRIENTOS GRANDON, Javier, «El *cursus* de la jurisdicción letrada en las Indias (s.XVI-XVII)»; en BARRIOS, Feliciano (ed.), *El gobierno de un mundo. Virreinos y audiencias en la América hispánica*, Cuenca 2004. Sobre el sentido del honor, EYZAGUIRRE GUTIÉRREZ, Jaime, *Fisonomía histórica de Chile*, México 1948.

De esta manera, ya desde mediados del siglo XVI, se impuso la distinción entre la república de los españoles, formada por los europeos y criollos y organizada y regida al modo europeo, similar al de Castilla y Portugal, y la de los naturales. «Estas dos repúblicas —explica Barrientos— se constituían sobre la base de unos pobladores que eran jurídicamente iguales frente a la corona, pues Castilla, desde los primeros años de la conquista, reconoció a los naturales como personas, declaradas como tales desde el año 1500 por la reina doña Isabel, asumiendo directamente su protección, en cuanto más débiles que los españoles, a quienes jamás consintió sus pretensiones de declararse señores de vasallos»<sup>85</sup>.

Constituida por la población indígena, que era la inmensa mayoría y a la que se asimilaba a los desvalidos o *miserabiles personae*, esta república se hallaba bajo la protección especial del rey. Organizada bajo sus propias potestades, tenía un régimen privilegiado. Todos los autores de la época, juristas y gobernantes desde el oidor de Guatemala Tomás López, de Guatemala, en 1551, hasta el virrey de México y de Perú Martín Enríquez en 1580 y el célebre Solórzano Pereira, Consejero de Indias, en 1647 convienen en que éste es el modo de conseguir, «el buen gobierno de los naturales y justicia para los españoles», en palabras del virrey Toledo.

Uno de los medios con que cuentan todos los vasallos para hacerlo efectivo es el juicio de residencia. Introducido ya en tiempos de Colón, deben someterse a él los servidores del rey, desde los más altos, virreyes, presidentes y oidores. No por exigirse *a posteriori*, su responsabilidad es menos efectiva. Un comentario del virrey del Perú, Conde de Chinchón, lo deja en claro: el virrey hace su entada bajo palio, pero termina obligado a rendir cuenta de sus actos. El juicio es de esas instituciones que actúan por presencia. La perspectiva de él obliga a moderarse. Todo el mundo es admitido a formular cargos y a reclamar la indemnización que corresponda. De este modo el pueblo contribuye al buen gobierno. Lo que explica la raigambre popular de esta institución. A la inversa, no deja de ser significativo que el supremo honor de un gobernante u oidor fuera no haber cargos en su contra. No pocos cosecharon esta distinción, como los presidentes Garro y Henríquez de Chile en el siglo XVII, lo que constituye un reconocimiento de probidad y acierto en su desempeño<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *El gobierno de las Indias*, Madrid-Barcelona 2004. 212. SOLÓRZANO PEREIRA, Juan, *De indiarum iure*, 2 vols. Madrid. 1629 y 1639, 2,15. 2, 4, capítulos 3 a 8; *Política Indiana*. Madrid. 1647, 5. 3 a 9. TOLEDO, Francisco de, Carta al rey, Los Reyes 8 de Febrero de 1570; en LEVILLIER, Roberto, *Gobernantes del Perú Cartas y papeles*, Madrid 1921, 3, 315.3. ZAVALA, Silvio» Notas sobre el oidor Tomás López», en *Caravelle* 35, Toulouse 1980. ENRÍQUEZ, Martín, información a su sucesor; en WECKMANN, Luis, *La herencia medieval de México*, México 1983. SALVAT MONGUILLOT, Manuel, «Los representantes de la república», en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 6, 1970. SÁNCHEZ-CONCHA, Rafael, «La tradición política y el concepto de *corpo de república* en el virreinato» en HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro, *La tradición clásica en el Perú virreinal*, Lima 1999. LEVAGGI, Abelardo, «República de indios y república de españoles en los reinos de Indias» en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23, Valparaíso 2001.

<sup>86</sup> MARILUZ URQUIJO, José María, *Ensayo sobre los juicios de residencia indianos*, Sevilla 1952. JARPA DÍAZ DE VALDÉS, Emilio, *El juicio residencia en Chile durante el siglo XVIII* (tesis), Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile, 1966.

## RECURSOS JUDICIALES

Con todo, el principal medio de protección a los vasallos indianos —europeos o indígenas, mestizos o mulatos— contra los abusos de los gobernantes o poderosos fue el recurso *a gravamine* o apelación contra actos de gobierno<sup>87</sup>. A lo menos desde 1528 la Audiencia comienzan a ampararles y protegerles, en nombre del lejano monarca. Se trata de un recurso nuevo, podemos decir propiamente americano, por su contenido genérico. Resguarda la posesión de objetos tan disímiles como tierras, sementeras o ganados; libertad de movimiento o de residencia; cargos e incluso del fuero nobiliario, que exime de prisión por deudas. Más aún, el amparo procede no sólo contra actos realizados, sino también contra actos futuros, cuya realización, con el consecuente daño o agravio, se tema fundadamente<sup>88</sup>. Lo dicho basta para mostrar que en ningún país europeo de la época contaban sus habitantes con una protección semejante. Aunque también es cierto, que se hallaban menos expuestos a abusos, que los remotos pobladores de Hispanoamérica.

La apelación contra actos de gobierno a la Real Audiencia no se hallaba al alcance de todos, debido a la enorme extensión territorial de su distrito. Para facilitar el acceso a la justicia se introdujo la visita de la tierra que debía realizar periódicamente un oidor, a fin de reparar en forma rápida y expedita toda suerte de abusos, cometidos por oficiales del rey o por personas privadas<sup>89</sup>. Al parecer, tampoco existía nada semejante en la Europa de allende los Pirineos.

Lo anterior se refiere en general a abusos provenientes de particulares o del gobierno. Pero el vasallo americano contaba con una protección especial frente a los abusos legislativos. Se pensaba que, debido a la distancia, al desconocimiento o, incluso, a torcida información, la ley dictada por el monarca podía ser injusta. En ese caso cabía distinguir, como ya se hacía en Castilla en la Baja Edad Media, entre obedecerla y cumplirla. Se la obedecía, esto es, se la acataba como ley, pero se suspendía su cumplimiento y se suplicaba al rey para que la enmendase. De ahí la expresión: *se obedece, pero no se cumple*<sup>90</sup>.

Otro aspecto que cobra inusitado relieve en Hispanoamérica es la inviolabilidad de la correspondencia. Las cartas son el principal medio para comunicarse con el rey, para informarle, para hacerle llegar peticiones, para denunciar los abusos reales o supuestos. Por ello a fin de salvaguardar este medio de

---

<sup>87</sup> SOLÓRZANO PEREIRA, *De Indiarum iure* nota 84. 2,15. 2, 4, capítulos 3 a 8; *Política Indiana*, nota 84, 5. 3 a 9. Para esto y lo que sigue, LIRA GONZÁLEZ, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novo-hispanos del Juicio de Amparo*, México. 1971; con ejemplos concretos, de actos contra los cuales procede el recurso 59 y ss. FAIRÉN, Víctor, *Antecedentes aragoneses del juicio de amparo*. México. 1971.

<sup>88</sup> SOLÓRZANO PEREIRA, *De Indiarum iure* nota 84. 2,15. 2, 4, capítulos 3 a 8; *Política Indiana*, nota 84, 5. 3 a 9.

<sup>89</sup> Ibid. MUÑOZ FELIÚ, Raúl, *La real audiencia de Santiago de Chile*. Santiago. 1937, cap. 108 y ss.

<sup>90</sup> FIGUEROA nota 56, 94 y ss. TAU ANZOÁTEGUI, nota 77.

comunicación se toman medidas muy estrictas, desconocidas en Europa, donde tal vez no eran tan necesarias<sup>91</sup>.

Pero la mayor ampliación de las antiguas formas de protección personal en Hispanoamérica se produjo en favor de los indígenas.

## REPÚBLICA DE LOS NATURALES

Uno de los más arduos problemas teóricos y prácticos que planteó la expansión ultramarina de Europa fue determinar la situación jurídica de los indígenas en relación a los europeos. Portugal y España fueron los primeros en enfrentarlo. No les bastó para ello la experiencia medieval de los fueros y del *ius commune*. Además, tuvieron que echar mano del derecho natural y del de Castilla<sup>92</sup>. Lo que llevó, en definitiva a reconocerles no sólo como personas y vasallos libres, al igual que los españoles, sino como integrantes de una *répública de los naturales*, distinta de la de los españoles.

Basado en el *ius commune*, se forjó para ellos un espacio propio diferente del de la minoría europea, dentro del cual reconoció expresamente la vigencia de sus modos de vida y de su derecho, siempre que no fueran contrarios a la fe cristiana. Además los rodeó de una malla de privilegios y de formas de protección.

Al parecer, la radical igualación de los conquistados con los conquistadores, por encima de sus diferencias de todo género, de raza, cultura, mentalidad, posición, riqueza, honor, poder y dotes personales, no habría sido posible en el solo plano jurídico. Necesitó una base religiosa. La fe cristiana relativizó esas diferencias propias del más acá terreno. No sólo las relativizó sino que, realizó frente a ellas lo común a unos y otros: su condición de persona, que remite al ser y la dignidad de cada hombre y, en última instancia, a su relación con Dios<sup>93</sup>. Se aplicó allende el océano lo que se decía en las *Partidas*: la persona del hombre es la más noble cosa de este mundo. A diferencia del *tener* –material o cultural–, esta condición de persona dimana del *ser*, que sitúa al hombre

<sup>91</sup> Ya desde 1541 hay disposiciones tendientes a que «toda y cualquier persona puedan escribir y enviar sus cartas de estos nuestros reinos libremente, sin que en lo uno ni en lo otro le sea puesto embargo» bajo pena al que lo impidiese de «perdimiento de todos sus bienes» destierro de los reinos americanos y pérdida de todo cargo público. El texto en *Disposiciones complementarias de las leyes de Indias* (3 vol.) 2.<sup>a</sup> ed. Madrid 1930-32. Ver también *Reales cédulas* 14 septiembre de 1592 en *Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias* 3,16, 2 y 7 octubre 1662 en *Disposiciones complementarias*, cit.

<sup>92</sup> Sobre esto hay abundante bibliografía. Últimamente, PIETSCHMANN, Horst, *Staat und staatliche Entwicklung am Beginn des spanischen Kolonization Amerikas*, Münster. 1980. LUCENA SALMORAL, Manuel, «El descubrimiento y la fundación de los reinos ultramarinos hasta fines del siglo XVI» en RAMOS, Demetrio, *Historia de España y América*, I. 7, Madrid. 1982; CÉSPEDES DEL CASTILLO, Guillermo, *América Hispánica 1492-1898*, Madrid. 1983.

<sup>93</sup> BRAVO LIRA, Bernardino «A.E.I.O.U., La Casa de Austria en el Viejo y en el Nuevo Mundo Dimensión universal del milenio de Austria 996-1996», en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 106, 1997.



dentro de una perspectiva teocéntrica, anterior y superior a las cosas de este mundo. De esta suerte, la categoría grecorromana cristianizada de persona se aplicó a pueblos enteros, completamente ajenos a esa tradición cultural. Esta es, sin duda, una de las mayores proezas en la historia de la expansión mundial de Europa. Sobre esta base fue posible la unificación del mundo moderno bajo la preponderancia europea<sup>94</sup>.

A los ojos de algunos puede parecer obvio, pero no lo es en absoluto. De hecho, a ningún otro pueblo europeo, se le ocurrió tratar como persona a los indígenas con que tropezaron en su expansión ultramarina. Los consideraron como hombres de inferior condición, sin pensar ni remotamente en aplicarles esa categoría de que ellos se atribuían a sí mismos. Por lo demás, tampoco fue fácil proceder como lo hicieron los españoles y portugueses. La consideración de los indígenas como personas no eliminó, ni podía hacerlo, las diferencias abismales que los separaban de la población de origen europea. Por lo mismo, obligó a realizar indecibles esfuerzos para hacerla efectiva. Lo que el estadounidense Hanke, no sin admiración, llamó lucha por la justicia en la conquista de América y el alemán Höffner lucha por la dignidad humana.

En lugar de ser objeto de exterminio o discriminación, como aún hoy lo son los nativos en algunas de las antiguas colonias europeas, que se han hecho tristemente célebres por sus matanzas, se los dotó de un régimen protector. Sin aislarlos, se los rodeó de instituciones defensoras. Con ello se abrió un cauce a la convivencia, al mestizaje y a la colaboración recíproca, al mismo tiempo que se movilizó a muchos de los más dotados al servicio de los más necesitados: no sólo misioneros, oficiales del rey y demás, sino encomenderos, hacendados, doctrineros y vecinos en general. Si todo esto no bastó para extirpar los abusos, al menos consiguió reducirlos y, sobre todo, crear entre los indígenas más cultivados un sentido y una conciencia de la propia dignidad y, no en último lugar, del trabajo como modo de vida.

## LOS INDÍGENAS COMO PERSONAS Y VASALLOS LIBRES

La condición jurídica de los indígenas, se configuró a partir de su calidad de personas<sup>95</sup>. Se definió, desde muy temprano en función de dos elementos complementarios. Por una parte, los indígenas fueron declarados ya en 1500

---

<sup>94</sup> Ha llamado poderosamente la atención, especialmente a los estudiosos extranjeros. HÖFFNER, Joseph, *Kolonialismus und Evangelium. Spanische Koloniaethik im Goldenen Zeitalter*, Tréveris 1947, hay trad. castellana; HANKE, Lewis, *The spanish struggle for justice in the conquest of América*, Filadelfia 1949, trad. castellana. Buenos Aires. 1949; KONETZKE, Richard «Christentum und Conquista in spanischen Amerika» en *Saeculum* 23, Freiburg-München 1972; ZAVALA, nota 8. *La ética en la Conquista de América (1492-1573)*, Salamanca 1984, con contribuciones de diversos especialistas.

<sup>95</sup> ZAVALA, Silvio, *Ensayos sobre la colonización española en América*. Buenos Aires. 1944; GARCÍA-GALLO, Alfonso, «La condición jurídica del indio»; en RIVERA DORADO, Miguel (editor) *Antropología de España y América*. Madrid. 1977.

por Isabel La Católica vasallos libres de la corona<sup>96</sup> y, por otra, desde las Leyes de Burgos de 1512, se les asimiló a las personas menesterosas del Derecho Común<sup>97</sup>.

Tampoco ninguna de estas cosas es obvia. De hecho, lo primero que hizo Colón fue capturar indígenas y llevarlos a España para venderlos como esclavos. Lo que hasta el siglo pasado, se practicaba con la mayor naturalidad con los negros del África. Pero los Reyes Católicos, por motivos religiosos, para facilitar la evangelización, *salus animarum suprema lex esto*, desaprobaron lo obrado por el Almirante. Más aún, a raíz de estos hechos, declararon a los indígenas vasallos libres de la corona<sup>98</sup>. Fue, pues, una decisión real, libre y meditada, la que salvó a los indígenas americanos de la suerte de los negros africanos y de tantos otros nativos y los puso bajo la directa protección del rey. No otra cosa significa su condición de vasallos libres, esto es inmediatos del monarca.

En América, pues, la libertad de los indígenas fue la regla general. Sólo por excepción a algunos indígenas rebeldes se les impuso, como pena, la esclavitud. En cuanto vasallos, los aborígenes son iguales a los europeos. Se establece así, una radical igualdad jurídica dentro de la población indiana por encima de las enormes diferencias étnicas y culturales<sup>99</sup>. Los indígenas no fueron, pues, vasallos de segunda categoría, de inferior condición a los españoles. Antes bien, fueron vasallos privilegiados. Como personas desvalidas tuvieron una especial protección. Además mantuvieron sus costumbres y derechos propios y se les aplicó incluso la distinción de estados castellana<sup>100</sup>. De esta manera, los caciques y principales fueron asimilados a los nobles o hidalgos y el resto, al común<sup>101</sup>.

Pero lo anterior no habría pasado de meras declaraciones, palabras biensonantes, pero vacías, si no se hubiera atendido a dotar a los indígenas de medios prácticos para hacer efectiva su condición de vasallos libres. La cues-

<sup>96</sup> El texto de la real cédula no ha llegado hasta nosotros pero está recogido en forma abreviada en otra real cédula 30 octubre 1503, KONETZKE, Richard, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica 1493-1810*, Madrid. 1953-58,1, 14. ZAVALA, Silvio, nota 82. ROMEU DE ARMAS, Antonio, «La libertad del aborígen americano» en Universidad de Valladolid, Seminario de Historia de América, *Estudios sobre política indigenista española en América*, Valladolid 1975, 1. MORALES PADRÓN, Francisco, *Teoría y Leyes de la conquista*, Madrid 1979. ICAZA DUFOUR, Francisco «De la libertad y capacidad del indígena» en *Revista de Investigaciones Jurídicas* 17, Mexico 1993. GONZÁLEZ MANTILLA, Gorki, «La consideración jurídica del indio como persona: el derecho romano factor de resistencia en el siglo XVI», en HAMPE, nota 85.

<sup>97</sup> *Ordenanzas reales para el buen tratamiento y regimiento de los indios*, 17 enero 1512, en *Anuario de Estudios Americanos* 13 (Sevilla) 1956; GONZÁLEZ OLGUÍN, Diego, *Los privilegios concedidos a los indios*. Lima, 1608.

<sup>98</sup> Ver nota 95. HANKE, nota 94.

<sup>99</sup> VIAL CORREA, Gonzalo, «Teoría y práctica de la igualdad en Indias» en *Historia* 3, Santiago 1964.

<sup>100</sup> KONETZKE, Richard, «La formación de la nobleza en Indias» en *Historia* 3, Santiago 1964.

<sup>101</sup> LIRA MONTT, Luis, «La distinción de estados en Indias», en *Gacetilla del Estado de Hidalgos* 17 (Madrid) 1961; y «Bases para un estudio del fuero nobiliario en Indias», en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 89 (Santiago) 1975.

tión no era fácil porque, nunca hasta entonces los europeos se habían encontrado ante un abismo cultural como el que separaba a conquistadores de conquistados. Dentro de Europa no se conocían casos de semejante inferioridad como la del indígena, aún más culto, frente al europeo. Por tanto, tampoco había experiencia de los monstruosos abusos a que esta situación daba lugar, a causa de lo que el jurista Solórzano Pereira describe como la rendida condición de los indígenas frente a sus propios señores, que no escupían en el suelo, sino en sus manos <sup>102</sup>.

El deber del rey de proteger a los indígenas como vasallos suyos, trasladado del derecho europeo medieval al Nuevo Mundo, cobró a este lado del Atlántico una vigencia y unas proporciones insospechadas. Más aún, si se tiene en cuenta que a él se añadió el de procurar su evangelización, impuesto a los reyes por la donación pontificia de 1492. Las dos cosas son indisolubles en la práctica. Si los indios fueran maltratados rehuirían el contacto con los misioneros y mal aceptarían convertirse. Por otra parte, para los juristas tampoco era admisible que bajo príncipes cristianos su condición fuera más gravosa que la que tenían bajo sus señores paganos.

Muchos factores se conjugaron para hacer que el buen trato de los indios pasara a ser una preocupación primordial. El rey, sus agentes, los obispos, los misioneros y numerosos vecinos se dieron a la tarea, casi increíble, de hacer respetar a los indios en su dignidad de personas y de vasallos libres.

Las medidas que se tomaron en este sentido fueron mucho más lejos de cuanto hasta entonces se había visto en Europa. Allí, por lo demás, no eran tal vez necesarias, porque no había tales abusos o no eran tan frecuentes. Una vez más, se comprueba que las buenas leyes son prueba de las malas costumbres, a las que con ellas se intenta poner atajo.

## ESTADO DE DERECHO MULTICULTURAL

A diferencia de lo que sucedía entonces en Europa, en el Nuevo Mundo no se echa mano sólo de medios aislados de protección. Muy pronto éstos se multiplican y entretajan hasta configurar un auténtico régimen protector. Se asimila a los indios a las *miserabiles personae* del Derecho Común, que gozan de privilegios de diverso orden <sup>103</sup>. Un autor del siglo XVII registra cerca de ochenta, entre reales, canónicos y demás. Se instituyen diversos oficios para velar por ellos, de los cuales el más destacado es el protector de indios <sup>104</sup>. En materia

<sup>102</sup> SOLÓRZANO, *Política...*, nota 87.

<sup>103</sup> ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar, *Código peruano*, ed. GARCÍA-GALLO, Alfonso, «El Proyecto de Código Peruano de Gaspar de Escalona y Agüero» en *Anuario de Historia del Derecho Español* 17, Madrid 1947, ahora en sus *Estudios*, nota 8.

<sup>104</sup> BAYLE, Constantino, «El Protector de Indios» en *Anuario de Estudios Americanos* 1 (Sevilla) 1947; LOHMAN VILLÉNA, Guillermo, *El corregidor de Indias en el Perú bajo los Austrias*. Madrid. 1957.

patrimonial, sus bienes están protegidos por trámites especiales de enajenación, para evitar que los malvendan o les sean arrebatados por quienes abusan de su ignorancia y buena fe<sup>105</sup>. En lo penal se castiga no sólo el homicidio, sino distintas formas de maltrato<sup>106</sup>.

Pero, tal vez lo más llamativo es el régimen laboral, que contempla medidas como salario, cuyo monto se fija con intervención del protector o de la justicia, y jornada de trabajo; días festivos; posibilidad de ingreso independiente del salario, llamado *granjería*; tareas compatibles con la complejidad y capacidad, en fin, formación de un fondo para atender a enfermos y ancianos<sup>107</sup>. Este régimen dejó atrás a las medidas aisladas de protección de los trabajadores de la Europa medieval en ciudades, gremios o corporaciones. Sólo vino a ser igualado en la Europa del siglo XIX, cuando en los primeros tiempos del industrialismo se deterioraron rápidamente las condiciones de vida y de trabajo. Entonces surgió por primera vez en Europa una regulación laboral semejante.

La lucha que se libra en favor de los indios en Hispanoamérica no tiene paralelo en la historia de la expansión europea. Así lo ha reconocido el estadounidense Lewis Hanke en una obra titulada precisamente *La lucha por la justicia en la conquista de América* y con él muchos otros autores<sup>108</sup>.

Pero es una lucha por vía fundamentalmente casuista, contra abusos concretos. Esta lejos de pretender eliminarlos de una vez para siempre, lo que, por lo demás, habría sido imposible. Los europeos cometieron en Hispanoamérica incontables atrocidades, como, por lo demás, lo hicieron en las otras partes del planeta. Lo notable, es el empeño de monarquía por ejercer el poder estatal, del hombre sobre el hombre, para liberar a los indígenas. Principalmente a ella y a la Iglesia, el otro poder supremo, se debe que en América hispana estos atentados contra los nativos no pasaron inadvertidos. Nunca se miraron como algo natural, ciertamente lamentable, pero inevitable. Por el contrario, en ningún momento se los aceptó o toleró. En ningún momento se dejó de buscar medios, también jurídicos, para ponerles atajo o reparar los daños y, en una palabra, para proteger al indígena, en su persona y en sus bienes.

Mucho se ha hablado sobre la ineficacia de estos medios. Se dice que las leyes eran perfectas, pero no se cumplían. Sin duda, en el derecho indiano, como en todo derecho, hubo un margen de incumplimiento. Pero la infracción no fue la regla. Antes bien, sobran los ejemplos de que el empeño de la Iglesia

<sup>105</sup> SILVA VARGAS, Fernando, *Tierras y Pueblos de Indios en el Reino de Chile. Esquema histórico-jurídico*. Santiago, 1962; MARILUZ URQUIJO, José María, «El régimen de la tierra en el derecho indiano» en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 23 (Buenos Aires) 1972, 2.ª ed. aumentada. Buenos Aires. 1978.

<sup>106</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro, *Esquema del derecho penal indiano*. Santiago. 1941.

<sup>107</sup> SALVAT MONGUILLOT, Manuel, «El derecho indiano del trabajo», en *Homenaje a Don Francisco Walker Linares*. Santiago. 1968; ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. «El trabajo en el período hispánico» en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 19, Buenos Aires 1968. Sobre Chile, JARA, Álvaro, *Los asientos de trabajo y la provisión de mano de obra para los no encomenderos en la ciudad de Santiago 1586-1600*, Santiago 1959. El mismo. *El salario de los indios y los sesmos de oro en la tasa de Santillán*, Santiago 1961.

<sup>108</sup> Ver nota 94.

y de la Monarquía, de tantos letrados y personas honradas por proteger a los indígenas, no fue vano. Por lo demás, Hispanoamérica parece ser la única parte del mundo donde los pueblos nativos sobrevivieron masivamente en contacto con los europeos. Por eso, es también la única parte del mundo donde unos y otros se fundieron por el mestizaje, hasta dar vida a una cultura común en la que lo indígena y lo europeo se hermanan.

## ORGANIZACIÓN POLÍTICO-ECLESIASTICA DE LA AMÉRICA INDIANA

Nota distintiva del Estado indiano es la juridicidad, entendida como sujeción y gobernantes y gobernados a un derecho que es supraestatal. Así lo muestra, entre otras cosas, la propia constitución de las Indias que se forja a partir del *ius commune*. Su piedra angular es el dualismo *iurisdictio et territorium*.

Conforme a una sentencia que, al parecer, se remonta a Pilio de Medicina (1169c.1209), los límites de la jurisdicción son los del territorio y viceversa<sup>109</sup>. Sobre estos dos polos correlativos se articularon las Indias en los mismos tres niveles jurisdiccionales que se conocían en Europa: local, territorial y universal. En el plano local, la ciudad o república, consta de cabildo o cabeza jurisdiccional y de términos. En el plano político, el reino se constituye sobre la doble base jurisdiccional y territorial. Similarmente, en el plano espiritual, Iglesia, se asienta bajo la jurisdicción universal del Papa y territorial de los obispos<sup>110</sup>.

Pero en Indias las cosas fueron más fáciles que en Europa. A diferencia de lo que ocurría allí, en el Nuevo Mundo no se tropezó con jurisdicciones concurrentes, como los señoríos de vasallos, ni con ningún tribunal más alto superpuesto a las audiencias. En estas condiciones, la jurisdicción real pudo asentar su supremacía sin obstáculo. La conquista había dado origen tan sólo a provincias y gobernaciones, en cierto modo similares a las colonias o establecimientos dependientes de una metrópoli. Pero sólo bajo una jurisdicción suprema, estas provincias o gobernaciones podían constituir un todo por sí mismo, separado e independiente, con territorio, capital y gobierno propio. Eso fue lo que significó la institución de Audiencias o *Relaçao* en el Nuevo mundo y eso es lo que oficialmente declaran las cédulas de erección respectivas, que hablan siem-

<sup>109</sup> BELLONI, Annalisa, «Collezione delle «Questiones» di Pilio da Medicina» en *Ius Commune* 9, Francfort a.M. 1980. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Historia del Derecho Indiano*, vol I, *Ius Commune-Ius Propium en las Indias occidentales*, (único aparecido), Roma 2000.

<sup>110</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, «*Iurisdictio et territorium*, forma y sentido de la constitución estatal de América», ahora en el mismo *El juez entre el derecho y la ley*, nota 75. Para la Iglesia El mismo, nota 83. SOLÓRZANO, Política... nota 87. SÁNCHEZ-BELLA, Ismael, *Iglesia y Estado en la América española*, Pamplona 1990. DE LA HERA, Alberto de la: «El gobierno de la Iglesia en Indias»; en SÁNCHEZ BELLA, Ismael, DE LA HERA, Alberto y DÍAZ REMENTERÍA, Carlos: *Historia del Derecho Indiano*, Madrid 1992. El mismo, *Iglesia y Corona en la América Española*. Madrid 1992.

pre de provincias, sean las de los reinos de México, del Perú o de Chile<sup>111</sup> En palabras de Baldo, por la jurisdicción suprema se constituye al territorio en un todo cerrado y amurallado, *armatum et munitum iurisdictione*<sup>112</sup>.

No se entiende bien esto cuando se contraponen los Estados desunidos de la América hispánica a los Estados unidos de la América inglesa. Ciertamente es un juego de palabras. Pero la América indiana no puede estar desunida, porque nunca constituyó un reino único, con una sola capital y un solo gobierno, de los cuales dependieran las poblaciones y territorios conquistados. Esto vale para el presente y para el pasado, de suerte que mal puede hablarse desunión. Salvo unos cortos años, antes de se instituyeran otras Audiencias, todas las Indias formaron una unidad bajo la jurisdicción de la Audiencia erigida en Santo Domingo en 1511.

No podía ser de otro modo. No sólo por su extensión y variedad sino por su pertenencia a una monarquía múltiple, con un rey ausente, que debía hacerse presente mediante las Audiencias en sus distintos reinos. Así pues a partir de 1527 se instituyen unas tras otras nuevas Audiencias, cuya pluralidad se mantiene hasta hoy en los actuales Estados de Hispanoamérica. El distrito de estas Audiencias se desgajó del de la de Santo Domingo, de suerte que cada una abrazó una parte de las Indias. En todo caso, ninguna porción de las Indias dejó de hallarse bajo la jurisdicción de una Audiencia. De esta forma se configuró el mapa político de la América indiana, compuesto de tantos Estados, territorial e institucionalmente diferentes entre sí, como distritos de Audiencia, constituidos bajo su jurisdicción y representación del rey.

En cuanto a la Iglesia, se reproduce la misma variedad. La erección de diócesis y su provisión se hace, conforme al real Patronato, por el Sumo pontífice, previa presentación de candidatos idóneos por el rey. Al respecto podía

<sup>111</sup> Textos de las ordenanzas en SÁNCHEZ ARCILLA, Bernal José *Las Ordenanzas de las audiencias de Indias (1511-1821)*, Madrid 1992. Hay una rica bibliografía, SUÁREZ, Santiago-Gerardo, *Las Reales Audiencias Indianas, fuentes y bibliografía*, Caracas 1989. Alfonso, «Las Audiencias de indias» en II Congreso Venezolano de historia, *Memoria*, Caracas 1975, ahora en el mismo. *Orígenes*. nota 8. SÁNCHEZ-BELLA, Ismael, «Las audiencias y el gobierno de las Indias, Siglos XVI y XVII» en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 2 Valparaíso 1977. POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, *Las reales audiencias en las provincias americanas de España*, Madrid, 1992. SÁNCHEZ-ARCILLA. DOUGNAC, Antonio, «Las audiencias indianas y su trasplante desde la metrópoli» en BARRIOS (ed.) nota 84. GARRIGA, Carlos «Audiencia: Justicia y gobierno en Indias.» Ibid. El mismo, «Patrias criollas, plazas militares: sobre la América de Carlos IV» en MARTIRÉ, Eduardo, (ed.), *La América de Carlos IV* 1, Buenos Aires 2006. WEHLING, Arno, y WHELING, María José, *Administração portuguesa no Brasil de Pombal a D. João, 1777-1808*, Brasília, 1986. Los mismos, «Audiencias e Relações» en *Revista Ciências Humanas* 19, Río de Janeiro, 1996. Los mismos *Direito e Justiça no Brasil colonial: O Tribunal da Relação do Rio do Janeiro (1751-1808)* Rio de Janeiro-San Pablo-Recife, 2004. Barrientos, *El gobierno...* nota 85.

<sup>112</sup> UBALDIS, Baldo de, *Opus aureum utriusque iuris luminis domini Baldi de Perusia super feudis...*, Lyon, 1502, II, 54 *De pace iuramento* ...fol. 76 vta. HAMEL, Walter, *Das Wesen des Staatgebietes*, Berlín 1933. COSTA, Pietro, *Iurisdicchio. Semántica del potere politico medievale (1100-1433)*. Milán, 1964. CALASSO, «Iurisdicchio nell diritto comune», en *Annali di storia del diritto italiano*, 1965. SCHWARZENBERG, Claudio. «Iurisdicchio». Artículo en *Enciclopedia Italiana*. 1958-1990, 200-215, con bibliografía. VALLEJO, Jesús, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992. BARRIENTOS, nota 85.

decir Gil González Dávila a mediados del siglo XVII a Felipe IV: «Para el mejor gobierno y aumento de la fe católica, Vuestra Majestad y sus gloriosos progenitores, han fundado en aquel orbe, un patriarcado, seis arzobispados, treinta y dos obispados, trecenas cuarenta y seis prebendas, dos abadías, cinco capellanías reales, premio de la virtud, letras y mérito.» A ellos se agregan parroquias y doctrinas, conventos, universidades, así como colegios y estudios para los naturales<sup>113</sup>.

## DUALIDAD DE PODERES SUPREMOS Y ESTADO DE DERECHO

El Estado de derecho en Indias es inseparable del *utrumque ius*. Tanto la pluralidad de poderes como la preeminencia real sobre los de orden temporal, suponen un derecho al que todos ellos están sometidos, según la clásica definición de Estado de derecho, como aquel en el cual, gobernantes y gobernados están sujetos a un mismo derecho, anterior y superior a ellos<sup>114</sup>. Sin estar sujetos a él todos los poderes, sería imposible que cada uno tuviera una competencia propia, como la que encontramos en el Estado jurisdiccional.

Con el contrapunto entre los dos poderes supremos, el del rey en su o sus territorios y el del Papa en el ámbito universal, el *utrumque ius* colocó a los juristas en condiciones de poner al derecho por encima del poder. Su formación en el estudio de ambos derechos, canónico y romano<sup>115</sup> en las universidades europeas e indianas, los convirtió en guardianes natos del Estado de derecho. Después de todo, a quién si no a ellos correspondió delimitar ambas esferas y, según eso, dictaminar cuando hay uso o abuso de poder, es decir, teocracia o despotismo. De esta suerte, hacen valer la primacía del derecho sobre el poder nada menos que frente a los más altos poderes de la tierra<sup>116</sup>.

<sup>113</sup> GONZÁLEZ DÁVILA, Gil, Teatro eclesiástico de la primitiva iglesia de las Indias Occidentales, 2 vols., Madrid 1649-1655, Dedicatoria. BRAVO LIRA, nota 83.

<sup>114</sup> DICEY, nota 1.

<sup>115</sup> GONZÁLEZ ECHENIQUE, Javier, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino de Chile*, Santiago 1954. REALE, Miguel, «Faculdades de direito na história do Brasil» en *Revista da Faculdade de Direito* 51 Sao Paulo 1961. STEGER, Hanns-Albert, *Die Universitäten in der gesellschaftlichen Entwicklung Lateinamerikas*, Bielefeld 1967-1968. El mismo, «Hochschulplanung in Lateinamerika» en *Zeitschrift für Lateinamerika-Wien*, Wien 1971. El mismo: «Die Bedeutung des römischen Rechtes für die Lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert»; en CATALANO, Pierangelo (ed.), *Diritto romano e Università nell'America Latina*, Università di Sassari, Sassari 1973. VENANCIO, Filho, *A Das Arcadas ao bacharelismo*. 150 anos do ensino jurídico no Brasil, Sao Paulo 1982. BRAVO LIRA, Bernardino, «Universidad y Modernidad en Hispanoamérica. Autoafirmación de Chile y del Nuevo Mundo frente al Viejo, del Barroco a la Postmodernidad», en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 108-109, Santiago, 2000. El mismo: «Cultura de abogados en Hispanoamérica, antes y después de la codificación (1750-1920)» en *Roma e America. Diritto romano comune* 12, Modena 2001.

<sup>116</sup> BERMAN, nota 49. BELLOMO, nota 49. HATTENHAUER, Hans, *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg 1992. BRAVO LIRA, Bernardino, «*Utrumque ius*» en la Universidad de Chile 1758-1912. El derecho por encima del poder», in *Revista Chilena de Historia del Derecho* 18, Santiago 1999-2000.

Estado e Iglesia son poderes supremos, en cuanto no reconocen superior en su orden, pero no por eso, dejan de ser limitados. Tanto el pontífice como el príncipe están circunscritos a una órbita jurisdiccional. Queda excluida así, de un lado la teocracia y del otro, el despotismo. Lo cual engendra una desconfianza instintiva frente a una y otra, con consecuencias inmediatas y decisivas para el hombre común, sin importar su condición. Nadie está sometido a un único poder, que disponga totalmente de él. En expresión de Santo Tomás *homo non ordinatur ad communitatem civilem, secundum se totum et tota sua*<sup>117</sup>.

Aquí radica, en última instancia, según recordara no hace mucho Hattenauer, la distinción entre el derecho europeo frente al musulmán y otros asiáticos<sup>118</sup>. Lo propiamente europeo e indiano es separar dos áreas de gobierno –temporal y espiritual– En lugar de acumularlas en una sola mano, como el califa o el monarca oriental, se radican en dos instancias distintas, representadas, en último término, la una por el pontífice y la otra por el rey o emperador.

Además, puesto que todos los poderes, aun los supremos, son limitados, el *utrumque ius* y sus representantes, los juristas, a quienes compete señalar los límites de cada uno, tienen una clara prioridad sobre ellos. Al respecto, nada más elocuente que el régimen de los oficios públicos. Es fundamentalmente el mismo en el ámbito eclesiástico, real o concejil. En otras palabras es supraestatal. Conforme a él, la competencia de los oficiales es genérica., Salvo que se la limite, se extiende a todos los casos y cosas que se presenten, sin que se la encierre en catálogos de atribuciones, como en el derecho administrativo del siglo XIX. Lo cual vale igualmente en Europa y en Indias, para un oidor, un obispo, un gobernador o corregidor o un regidor. Se comprende bien hasta que punto el Papa, el rey y los otros señores y ciudades se hallan condicionados dentro de esta red permanente de oficios a través de los cuales ejercen su poder.

## PODERES SUPREMOS Y MENORES

Nada es más propio del Estado jurisdiccional que la de una pluralidad de poderes. Los encontramos en la América indiana del mismo modo que en Europa. Pero la constitución territorial indiana está fundada, desde su origen, sobre una bien asentada preeminencia real frente a los poderes menores. Como lo indica la palabra, preeminencia es todo menos poder único sobre toda la población y sobre todo el territorio, a la manera del Estado constitucional del siglo XIX. Por el contrario, la constitución indiana comprende una serie de focos o centros de poder con jurisdicción propia. El poder territorial del rey no es sino uno más, en medio de ellos. Los otros que también tienen jurisdicción propia dentro del territorio y de la población, no derivan ni dependen de él. Sólo están sujetos a su acción moderadora, que consiste en excitarlos a cumplir

<sup>117</sup> AQUINATIS, Thomas, *Summa Theologiae*. 1-2ª, 21, art. 4, 3.

<sup>118</sup> HATTENHAUER, nota 116.



su propia función o refrenarlos ese caso de exceso. Respecto a la Iglesia el monarca ejerce, el patronato dentro de cada reino, cuyo alcance en Indias es amplísimo.

Entre esos poderes menores, están el local de las ciudades o repúblicas o el gremial de las corporaciones. Cada uno cuenta con sus propios oficiales, perfectamente diferenciados entre sí, al igual que la gama de oficiales reales y eclesiásticos<sup>119</sup>.

Expresión institucional de esta multiplicidad de poderes, son los dos grandes focos o círculos jurisdiccionales que se perfilan originalmente en estos reinos nuevos: local y territorial, representados por el municipio y monarquía, es decir, la ciudad en Indias y la corona en la corte. Al respecto no deja de tener fundamento la paradójica afirmación de que en el hecho el rey, en lugar de estar en Europa, en Castilla o en la corte, estaba realmente en América, en cada ciudad y concretamente, en cada cabildo indiano. Así lo hace pensar, por ejemplo, el *se obedece pero no se cumple* y la facultad de suspender en Indias el cumplimiento de las leyes reales<sup>120</sup>.

## JUSTICIA Y GOBIERNO

Los pilares del Estado jurisdiccional indiano son la dualidad de poderes supremos y la separación entre judicatura y gobierno que se marca más tempranamente que en Europa. No tiene nada de extraño. En estos reinos nuevos, gobernar no pudo consistir tan sólo en regir con justicia reinos y Estados ya constituidos. El radio de acción del gobierno fue necesariamente más amplio del que se conocía entonces en Europa. Era preciso encauzar su constitución, a partir de lo que algunos juristas llamaron las dos repúblicas, una minoritaria de origen europeo y otra inmensamente mayoritaria integrada por pueblos aborígenes, a los que el rey debía protección.

Ya nos hemos referido a los fines del Estado jurisdiccional y misional y al vasallaje directo de todos los habitantes del rey. Esto confirmó a la justicia y policía una amplitud desconocida en Europa, hasta el punto de convertirse en ramos separados. Reflejo de eso es el asombro del jurista y oidor de Quito, Rodrigo de Aguiar al comprobar que, si en Castilla «todo es judicial», en Indias «todo es político y de gobierno»<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Para la Iglesia, SOLÓRZANO, *Política...* nota 87. SÁNCHEZ-BELLA, nota 110. DE LA HERA, nota 110. Para la ciudad, MATIENZO, Juan de, *Commentaria Ioannis Matienzo Regii Senatoris in Cancellaria Argentina Regni Peru, in librum quintum recollectionis legum Hispaniae, cum privilegio Mantuae Carpetanae, excudebat Petrus Madrigal*, Madrid, 1591. Solórzano ut supra. ALEMPARTE ROBLES, Julio, *El cabildo en Chile colonial, orígenes municipales de las naciones hispanoamericanas*, Santiago, 1940. ROMERO, José Luis, *Latinoamérica, las ciudades y las ideas*, Buenos Aires. 1876. SALVAT, nota 85.

<sup>120</sup> TAU ANZOÁTEGUI, nota 77.

<sup>121</sup> AGUIAR Y ACUÑA, Rodrigo de, *Sumarios de la recopilación general de las leyes, ordenanzas, provisiones, cédulas, instrucciones y cartas que acordadas por los Reyes Católicos de Castilla se han promulgado, expedido y despachado para las Indias occidentales, Islas y Tierra Firme del Mar Océánico*, Madrid 1628, reimpresso México 1667.

De hecho, ya desde el siglo XVI, mucho antes que los Estados europeos, la constitución de los reinos indianos distingue cuatro ramos o rubros distintos en materia temporal: justicia, gobierno, guerra y hacienda. Cada uno tiene su propia configuración institucional. Al frente suyo está, respectivamente, una audiencia real, un gobernador, un capitán general y una caja real. Los oficios de gobernador y capitán general se acumulan en una misma persona –la cual en algunos casos es, además, presidente y también virrey.

Esto es propio de la constitución indiana. En Europa persiste largamente una división tripartita, descrita para Francia a principios del siglo XVI por De Seyssel, *justice-guerre-finance*<sup>122</sup>. Todavía a fines del siglo XVIII, habla José II de Austria de *état de justice, état de guerre y état de finance*<sup>123</sup>.

## AUDIENCIA Y ESTADO DE DERECHO

La audiencia indiana tiene fisonomía propia. Se aparta de su modelo castellano, de las Chancillerías de Valladolid y Granada. Al igual que ellas es supremo tribunal en su distrito, lo que en este caso reviste una dimensión fundacional. Como tal constituye el nuevo espacio político, distinto de los prehispánicos. Lo cual da la razón a los autores que, como Ruiz Guiñazú y Muñoz Feliú entrevistieron en el distrito de la audiencia el núcleo «del que surgió más tarde un país independiente, cuyos límites territoriales son mas o menos los mismos de la audiencia». El estudio de las cuestiones de límites entre las repúblicas sudamericanas –observaba ya en 1916 Ruiz Guiñazú– acusa en cada caso a la audiencia rigiendo la formación de la nacionalidad. La cual no es producto espontáneo de un movimiento militar o de una declaración de independencia, dada por patriotas reunidos en congreso». Al respecto invoca el ejemplo de la audiencia de Quito, «que desempeñó una función esencial en la constitución de un pueblo, precisamente por ser uno de los núcleos expansivos de la acción española en América, alrededor de los cuales se formaron y condensaron los gérmenes de las futuras nacionalidades hispanoamericanas...». Y añade «igual reflexión corresponde a las audiencias de Charcas, Lima, Méjico, etc.»<sup>124</sup>.

Las audiencias indianas en cuerpo representaban a la real persona, recibían el apelativo de real, tenían el tratamiento de alteza, reservado al monarca, y utilizaban dosel para sus actuaciones oficiales. Además, eran depositarias del sello real, símbolo máximo de la realeza en Castilla, cuya entrada en la ciudad se hacía con la misma solemnidad de la del rey en persona<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> DE SEYSEL, Claude, *La grand monarchie de France*, París 1519, cito ed. 1541. HENSHALL, Nicholas, *The Myth of Absolutism*, Londres 1992.

<sup>123</sup> Joseph II, *Denkschrift über den Zustand der österreichische Monarchie*, en ARNETH, Alfred Ritter von, *Maria Theresia und Joseph II. Ihr Briefwechsel*, Viena 1867.

<sup>124</sup> RUIZ GUIÑAZÚ, Enrique, *La magistratura indiana*, Buenos Aires 1916. 27, 154. MUÑOZ FELIÚ, Raúl, *La Real Audiencia de Chile*, Santiago 1937, 45.

<sup>125</sup> SCHRAMM, Percy, *Herrschaftszeichen und Staatsymbolik* 4 vols. Stuttgart 1954 hay versión castellana del capítulo dedicado a España: *Las insignias de la realeza en la edad media*

Lejos de menoscabar esta primacía de la Audiencia dentro del Estado, la separación entre judicatura y gobierno, la realzó, según hizo ver Villapalos en un magistral estudio sobre los recursos contra actos de gobierno en Indias. Gracias a ella las audiencias indianas asumieron frente a los gobernantes un papel que no tenían ni las de Castilla ni otros altos tribunales de en Europa<sup>126</sup>. Debido a la lejanía del monarca, se extendió su competencia más allá de lo civil y criminal. Por una doble vía abarcó asuntos de gobierno: una judicial de apelación contra actos de gobierno y otra consultiva, en materias graves e importantes en las que el gobernador o virrey estaba obligado a pedir su dictamen. Además resolvían por vía de merced las suplicaciones dirigidas al rey<sup>127</sup>.

En todo caso, la audiencia tuvo una clara superioridad institucional frente a los oficiales de los otros ramos, no sólo de gobierno, sino de guerra y hacienda. Por ser un cuerpo permanente, subsiste incluso con uno solo de sus miembros. Los otros, en cambio, son todos temporales transitorios desde el gobernador-capitán general hasta los corregidores y los oficiales de las reales cajas de hacienda. Sus oficios no son perpetuos. Mientras ellos pasan, la Audiencia permanece, lo que la identifica con el reino, sus costumbres y su derecho y la convierte en garante del orden instituido y depositaria de la experiencia política del mismo.

En suma, la audiencia indiana aparece como pilar y fundamento del Estado jurisdiccional. No sólo constituye bajo su jurisdicción el territorio, sino que vela permanentemente por el buen gobierno, sinónimo de derecho y justicia, que es el fin del Estado. «Castillos roqueros» de estos reinos, las llama de Solórzano, esto es, garantes de su derecho y de su constitución, en una palabra del Estado de derecho<sup>128</sup>.

## VIRREY Y GOBIERNO TERRITORIAL

Con el virrey o el presidente-gobernador se completa la constitución india que combina una doble representación del rey ausente Posterior a las audiencias, el virrey también la tiene y en persona, como *alter ego*, no simplemente en cuerpo como el supremo tribunal.

El virreinato de México se erigió en 1534 y el de Perú en 1542<sup>129</sup>. Solórzano califica al virrey de «gobernador de mayor porte», con lo que apunta al

---

*española*, trad. y prólogo VÁSQUEZ DE PARGA, Luis. Madrid 1960. Sobre la entrada del sello real en América, BAYLE, Constantino, *Los Cabildos seculares en América*, Madrid 1952. GARRIGA, *La audiencia...* nota 110.

<sup>126</sup> VILLAPALOS, Gustavo, «Los recursos en materia administrativa en Indias en los siglos XVI y XVII. Notas para su estudio» en *Anuario de Historia del Derecho Español* 46, 1976.

<sup>127</sup> Id. García-Gallo, nota 111. VILLAPALOS, nota 126. DOUGNAC, nota 111. GARRIGA, id.

<sup>128</sup> SOLÓRZANO, nota 87, 5,3,7. 5,3,7.

<sup>129</sup> Acerca de los virreinos hay una rica bibliografía, aunque dispersa. RUBIO MAÑÉ, José Ignacio. *Introducción al estudio de los virreyes de Nueva España*, 4 vols. México 1955-1963. LOHMAN VILLENA, Guillermo. Las relaciones de los virreyes del Perú, en *Anuario de Estudios Americanos* 16, Sevilla, 1959. LEVILLIER, Roberto: Don Francisco de Toledo, organizador del

carácter político y militar del oficio<sup>130</sup>. Originalmente su razón de ser fue enfrentar una situación difícil de rebelión y desórdenes en dichos países. Pero, según señala el mismo autor, su introducción obedeció, en último término, a las mismas razones de buen gobierno que antes habían llevado a establecer las Audiencias. Se trató de asentar estos reinos nuevos, de los cuales el rey se hallaba tan distante.

La institución virreinal es de origen europeo, pero casi desconocida en la Corona de Castilla y León, cuyos reinos y señoríos eran regidos en forma marcadamente unitaria por unas mismas instituciones judiciales y gubernativas. Sin entrar en el problema de la génesis del virreinato indiano, no puede dejar de tenerse en cuenta que a la hora de enfrentar las cuestiones prácticas, relativas a su potestad y dignidad, se acude a autores europeos de diversa procedencia, en particular a napolitanos como García de Mastrillo, Juan Francisco de Ponte y Juan María Novario<sup>131</sup>.

El virrey es el alter ego del monarca, «el rey vivo en carnes», llegó a decir el marqués de Cañete<sup>132</sup>. Debía usar el guión con las armas reales, no con las suyas; tenía guardia propia y hacía su entrada solemne bajo palio, recibía el tratamiento de excelencia, que todavía mantienen los jefes de Estado en Hispanoamérica. En su persona reunía los oficios de Presidente de la Audiencia, título que también ha sobrevivido, gobernador, capitán general y vicepatrono de la Iglesia<sup>133</sup>.

Sus poderes eran amplísimos. Al decir de los juristas «tiene el mismo poder, mano y jurisdicción que el rey que lo nombra»<sup>134</sup>. Pero se entiende que ese poder está doblemente circunscrito, en el plano territorial y en el temporal. Al término de su desempeño debía someterse al juicio de residencia. Privativo suyo era el mando político y militar de la provincia donde residía y el superior gobierno de otras. Como vicepatrono de la Iglesia ejercía los poderes del rey en materia eclesiástica. Además, tenía una cierta supervisión de la real hacienda<sup>135</sup>. A menos que fuera letrado, no intervenía en los fallos de la Audiencia.

---

Perú, 3 vols. Madrid-Buenos Aires, 1936-1942. RUIZ MEDRANO, Ethelia, *Gobierno y Sociedad en Nueva España: Segunda Audiencia y Antonio de Mendoza*, Michoacán, 1991. Últimamente, LATASA VASALLO, Pilar: *Administración virreinal en el Perú: Gobierno del Marqués de Montecclaros (1607-1615)*, Madrid 1997. BELENGUER, Ernest, «De virreinos indios a virreinos mediterráneos. Una comparación contrastada», en BARRIOS, nota 84. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, «El virreinato de la nueva España» id. LIRA, Andrés «La actividad jurisdiccional del Virrey y el carácter judicial del gobierno novo hispano en su fase formativa» ibid. BARRIENTOS, *El gobierno...* nota 84.

<sup>130</sup> SOLÓRZANO, nota 87, 12, 1.

<sup>131</sup> MASTRILLO, García de, *De magistratibus, eorum imperio et iurisdictione*, Palermo 1616. PONTE, Juan Francisco de, *De potestate proregis...* Nápoles 1622. Cfr. SOLÓRZANO, *Política...* 87, 5, 12, 7 y 5, 13, 3. BELINGUER, nota 129. BARRIENTOS, *El gobierno...* nota 85.

<sup>132</sup> SÁNCHEZ BELLA, Ismael, «Administración territorial»; en SÁNCHEZ BELLA y otros nota 110.

<sup>133</sup> DOUGNAC, Antonio. *Manual de Historia del derecho indiano*, México, 1994.

<sup>134</sup> SOLÓRZANO, *Política...*, nota 87, 5, 13, 30, DOUGNAC, nota 133.

<sup>135</sup> SÁNCHEZ-BELLA, Ismael. *La organización financiera de las Indias (siglo XVI)*, Sevilla 1968.

A la vista de las prohibiciones que le afectaban, parece que su potestad era reglada, esto es, sujeta a derecho y no absoluta<sup>136</sup>. Ese es, el sentir de Solórzano y de una serie de autores que cita: «en nada pueden ni deben proceder de potestad absoluta, como algunos con imprudencia se lo persuaden, sino con la regulada al derecho y a los poderes generales y órdenes e instrucciones particulares o secretas, como latamente se lo dicen y amonestan Lucas de Pena, Marquisano, Pedro Gregorio, Ponte, Cancerio, Bobadilla y Cerdán Tallada y muchos otros que refieren y siguen Mastrillo y Berarto»<sup>137</sup>.

Se comprende así, que debiera ajustarse al derecho vigente, sin que pudiera introducir excepciones, como conceder el título de la ciudad, legitimar espurios, otorgar hidalguías, dar venia de edad o carta de naturaleza<sup>138</sup>. En cuanto reglados, sus actos no escaparon a la jurisdicción de la audiencia, a quien correspondía velar por el derecho.

Los primeros virreyes fueron más que gobernadores de mayor porte. Un Antonio de Mendoza en México o un Francisco de Toledo en Perú, pueden calificarse de verdaderos fundadores, pues dieron cima a la obra de los conquistadores. Entre sus sucesores hubo figuras de la talla de Luis de Velasco, padre e hijo, el Marqués de Cañete y el de Montesclaros<sup>139</sup>.

## RÉGIMEN VIRREINAL

La clave de la constitución indiana es el contrapunto audiencia y virrey. Ambos se complementan. Así lo entendieron, por lo demás, los hombres de la época. Son dos vertientes de la visión judicial el gobierno y del Estado. Ya en las Partidas se habla de una justicia que hacen los grandes señores con su poderío y de otra que se hace por seso y sabiduría. De este modo pudo decir Solórzano que, si la audiencia supremo tribunal en su distrito, representa a la real persona para lo tocante a la justicia conmutativa, el virrey, «gobernador de más

---

<sup>136</sup> Sobre la distinción entre potestas absoluta y ordinata. PEDROSO, M. Sobre la relación entre derecho y Estado y la idea de soberanía, México 1950. POST, Gaines: «Plena potestas and consent in Medieval Assamblies» en *Studies in Ancient and Medieval History, Thought and Religion*, 1943. MARRONE, John: «The absolute and the ordinarie powers of the Pope and unedited text of Henry of Ghend» en *Medieval Studies* 361, Toronto 1974. BANNASH, Klaus: «Die Lehre der doppelten Macht Gottes bei Wilhelm von Ockam» Wiesbaden 1975. DE DIOS, Salustiano, *Gracia, merced y patronazgo Real, la Cámara de Castilla entre 1478 y 1530*. Madrid, 1993. La distinción pasa del campo teológico al jurídico, cuando se aplica al gobernante humano. Cfr. EGIDIO ROMANO, Baldo, BARTOLO, Jasón del Maino. En Castilla, PALACIOS RUBIOS, Juan L. *Glossemata legum Tauri*, Salamanca 1542. DÍAZ DE MONTALVO, Alfonso: Glosa al Fuero Real, esp. voces *generosus donati, donare seu mercedes facere, rescriptum rex*. Glosa a Partidas 1,2 Potestad ordinaria es de derecho y absoluta de hecho. BELLUGA, Petrus: *Speculum principum*, Amberes 1655. 23, 1. De effectibus imperii et iurisdictionis; MATIENZO, nota 112 prefirió hablar de potestas extraordinaria, en lugar de absoluta. Debo la referencia al profesor Javier Barrientos.

<sup>137</sup> SOLÓRZANO, *Política...*, nota 87, 1, 5, 13, 30.

<sup>138</sup> DOUGNAC, nota 131.

<sup>139</sup> Ver nota 128.

alto porte» con mando político y militar la representa en lo tocante a la justicia distributiva.

Este modo de aplicar la distinción entre dos formas de justicia, podrá ser discutible, pero no por eso deja de reflejar fielmente la concepción del buen gobierno, propia del Estado judicial indiano, así como su separación entre justicia y policía. A la naturaleza del Estado jurisdiccional corresponde el gobierno por consejo. Tanto el rey, cabeza de la monarquía, como los virreyes y presidentes, en cada reino indiano, gobiernan con consulta del parecer de personas entendidas. De ahí que, según la ordenanza de la Audiencia, el virrey o presidente deba consultar a los oidores, para mejor acertar en las cosas graves e importantes de gobierno, que son privativas suyas<sup>140</sup>. No está obligado a según su dictamen, pero sí a proceder con el parecer de los letrados más calificados del reino.

El binomio virrey-audiencia permite institucionalizar al otro lado del Atlántico el gobierno por consejo. El virrey o presidente a cargo del mando político y militar, tiene junto a sí a un cuerpo permanente de letrados, con cuyo parecer debe obrar en las cosas graves e importantes de gobierno, al cual podían apelar los afectados por sus actos de gobierno.

Este régimen virreinal no quedó circunscrito a México y Perú. Se generalizó en la América indiana. Solórzano explica que los virreyes se instituyeron originalmente en esos reinos principales<sup>141</sup>. Historiadores como Muro Orejón y García-Gallo coinciden en opinar que se erigieron allí por considerarse que eran reinos<sup>142</sup>. De hecho, alegorías de ambos aparecen en la portada de obras como las Confirmaciones Reales de León Pinelo<sup>143</sup> y los dos figuran como tales en el Salón de los reinos del Palacio del Buen Retiro<sup>144</sup>.

Sea de ello lo que fuere, el hecho es que el régimen virreinal no tardó en extenderse a otras regiones donde había audiencia. El presidente-gobernador fue equiparado al virrey, salvo en cuanto a la calidad de representante de la real persona. Tal fue el caso de Guatemala, Filipinas, Brasil, Nueva Granada, Chile y Buenos Aires. La lista de estos presidentes es muy larga e impresionante. Desgraciadamente, no podemos examinarla<sup>145</sup>.

<sup>140</sup> Ver nota 110.

<sup>141</sup> SOLÓRZANO, *Política...*, nota 87, 5, 12, 22.

<sup>142</sup> ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, «El sistema político indiano» en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 6, Buenos Aires 1954. El mismo «La condición política de las Indias» (1972), ahora en sus *Estudios de Derecho Indiano*, 3 vols. Buenos Aires 1988-92, 1. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. «Las Indias, ¿provincias, reinos o colonias?», en *Revista de Historia del Derecho* 28, Buenos Aires 2000. MURO OREJÓN, Antonio, «El problema de los reinos indianos» en *Anuario de Estudios Americanos* 28, Sevilla 1971. BRAVO LIRA, Bernardino, «El concepto de Estado en los reinos de Indias durante los siglos XVI y XVII» en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 11, 1986. GARCÍA-GALLO Alfonso: «Evolución de la organización territorial de las Indias, de 1492 a 1824» en *Anuario Jurídico Ecuatoriano* V, Quito, 1980, ahora en él mismo. *Los orígenes españoles de las instituciones Indianas*, Madrid 1987, 838 y ss.

<sup>143</sup> LEÓN PINELO, Antonio, *Tratado de las confirmaciones reales de encomiendas, oficios y casos que se requieren para las Indias occidentales*, Madrid 1630.

<sup>144</sup> BROWN, Jonathan y ELLIOT, John Huxtable, *A palace for a King, The Buen Retiro and the Court of Phillip IV*, Yale 1980, trad. castellana Madrid 1981.

<sup>145</sup> MURO ROMERO, Fernando, *Las presidencias-gobernaciones en Indias*. Sevilla 1979.

Distinta es la situación de los presidentes de la Audiencia del Reino de Nueva Galicia, cuyo superior gobierno correspondió al virrey de Nueva España<sup>146</sup> y de las Audiencias de Quito y Charcas, donde el superior gobierno se confió al virrey del Perú<sup>147</sup>. Estas diferencias no tienen nada de extraño, pues no se procede con un cartabón, sino de manera casuista. Basta ver la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias y el proceso recopilador para comprobarlo<sup>148</sup>. Analogías no faltan. Estos casos recuerdan la situación del margraviato de Moravia en la corona de Bohemia o de Transilvania, en la de Hungría<sup>149</sup>.

Naturalmente el contrapunto judicatura-gobierno no permaneció estático. Pasó por altibajos. Garante del derecho en su distrito, la Real Audiencia protege a los vasallos frente al poder y a los poderosos. El gobierno, en cambio, está radicado privativamente en el virrey o presidente, que tiene también el mando militar. El juego entre ambos se perfecciona poco a poco hasta llegar a su apogeo en el Estado modernizador de la segunda mitad del siglo XVIII. Un índice de ello, es la eficacia de las apelaciones a la audiencia contra actos de gobierno. Estudios de Sánchez Bella, muestran que en los dos virreynatos antiguos, fue difícil conseguirla. Hasta el siglo XVIII se consideraba un desaire recurrir contra el virrey. Por lo que sabemos de las presidencias-gobernaciones, al parecer allí, en cambio, resultó más fácil a la audiencia imponerse<sup>150</sup>.

## DEL ESTADO TERRITORIAL A LA CONCIENCIA PATRIA

Como sabemos, en Indias hay tantas constituciones como reinos y países. La representación del rey ausente se erige concretamente para un territorio y unos habitantes determinados. No podría ser genérica, para todo el continente. En ese caso, en lugar de hacer presente al monarca, haría sentir su su alejamiento. Por eso, cada reino tiene su propia constitución y cada constitución su

---

<sup>146</sup> PARRY, John, *The Audiencia of New Galicia in sixteenth century*, Cambridge 1948, trad. castellana, Michoacán 1993. RUIZ MEDRANO, Ethelia, *Gobierno y Sociedad en Nueva España: Segunda Audiencia y Antonio de Mendoza*, Michoacán, 1991.

<sup>147</sup> PARRY, nota 146. CARDOZO, Efraín: «La audiencia de Charcas y la facultad de gobierno», en *Revista de Humanidades* 25, la Plata 1956. MURO ROMERO, nota 142.

<sup>148</sup> GARCÍA-GALLO, nota 112. MURO ROMERO, nota 145. TAU ANZOÁTEGUI, nota 139.

<sup>149</sup> BOSL, Karl, editor (de) *Handbuch der Geschichte der böhmischen Länder*, 4 tomos, Stuttgart, 1967–1970. BAK, Janos M., *Königtum und Stände in Ungarn im 14.-16. Jahrhundert*. Wiesbaden 1973. HELLBIG, Ernst, *Osterreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Wien–New York, 1974, 2 ed. 1974. Gergely y Mezey, nota 13. WILLOWEIT, Dietmar y LEMBERG, Hans, (eds.), *Reiche und Territorien in Ostmitteleuropa*, Munich 2006, con trabajos de 21 especialista.

<sup>150</sup> SÁNCHEZ BELLA, nota 111. BRAVO LIRA, Bernardino. «Protección jurídica de los gobernados frente a los gobernantes en el Nuevo Mundo 1492-1992. Del absolutismo al constitucionalismo» en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 16, Santiago, 1991. El mismo, *Estado de derecho...* nota 20. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, «La fiscalización de los actos de gobierno en la época Indiana y su desaparición durante la república», en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos* 15, 1992-1993.

propia historia, ligada al país, vale decir, al territorio y a la población. La institución es el primer eslabón de una cadena. Con ella se da comienzo a la transformación del territorio y población en una unidad política, que, a su vez, da paso a una comunidad política y, esta, a una nación. De esta manera, a diferencia de lo que suele suceder en Europa, en la América indiana el Estado precede y «forja a la nación»<sup>151</sup>.

Este marco territorial e institucional se superpuso a las comunidades prehispanicas, y tornó posible la convivencia permanente entre poblaciones de origen europeo e indígena y, a la larga, el surgimiento de una conciencia colectiva entre ellos. Al respecto es significativo el papel de la capital, como centro y metrópoli desde el que se gobierna a todo el territorio y a toda la población. Así por ejemplo, son chilenos los que son gobernados desde Santiago y peruanos, los que lo son desde Lima.

## SERVICIO AL REY Y DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

En el marco de una visión teocéntrica de la política, como fue la hispánica, gobernantes y gobernados se hallan bajo la común dependencia de Dios. Así los presentan las *Siete Partidas*, al tratar de los deberes del rey y del pueblo. Del mismo modo que el rey tiene deberes para con el pueblo, sus vasallos tienen también un papel personal y activo en la vida pública, no por una concesión o encargo ajeno, sino por su condición de tales, sin otro límite que su grandeza de ánimo y espíritu de servicio. En cuanto persona libre, el vasallo es dueño de sí y de lo suyo, —compendiado ordinariamente en la tríada honor-vida-hacienda— es decir, bienes concretos y no derechos abstractos, como los individuales, de que se habla en las constituciones escritas decimonónicas<sup>152</sup>. Como señor y dueño de lo suyo, el vasallo —lo mismo que los conquistadores— puede disponer voluntariamente de sí y de sus bienes para servir a su propia costa, a Dios, al rey y a la patria.

Este servicio voluntario es una forma primordial de la actividad política cuyos puntos cardinales son, por una parte, la distinción que el constitucionalismo ignora, entre buen y mal gobierno, uso y abuso del poder, ley justa e injusta y, por otra, la relación personal viva, bilateral con el rey.

Al Estado jurisdiccional no le incomodan estas distinciones, que en el Estado legalista se volvieron inadmisibles. Basta consultar la doctrina y la práctica para comprobarlo. Calaron hondamente en el Nuevo Mundo. Engendraron un sentir generalizado. Se exorcizan los abusos de poder con el milenario término tiranía, que a menudo se hace derivar de San Isidoro<sup>153</sup>. Frente al

<sup>151</sup> La expresión es de ARCINIEGAS, Germán, en «Coloquio sobre la realidad latinoamericana». Münster, W., 20 Febrero 1964. Cfr. STEGER, Hanns-Albert, *Die Universitäten in der gesellschaftliche Entwicklung Lateinamerikas*, Bielefeld 1968, trad. castellana México 1974, p. 287.

<sup>152</sup> Acerca de la contraposición de estos bienes y los derechos. BRAVO LIRA, «Fortdauer.», «Derechos civiles...», «Honor...», nota 8.

<sup>153</sup> Notas 4 y 43.



tirano, el vasallo tiene ante sí anchas perspectivas de acción, sin excluir la deposición del mal gobernante<sup>154</sup>. En casos extremos, los abusos gubernativos despiertan una doble reacción: invocar al rey ausente como garante del derecho y de la justicia y resistir contra los atropellos: viva el rey y muera el mal gobierno<sup>155</sup>. La deposición del tirano no debe malinterpretarse como un derecho, al modo subjetivo. Es más que eso, un acto de defensa del derecho frente a quien lo vulnera, un modo de poner fin a los abusos y de restablecer el buen gobierno, es decir un servicio al rey y a la patria.

En suma, la constitución y el derecho, no están entregados a sí mismos. De algún modo, todos están comprometidos en su defensa. No en vano, se hallan en juego sus bienes más preciados, honor-vida-hacienda, tríada a la que se remiten una y otra vez los autores españoles e indios desde Calderón de la Barca hasta Andrés Bello en pleno siglo XIX<sup>156</sup>.

## PREMIO, MERCED Y GRACIA

El servicio al rey voluntario y a la propia costa, libre disposición de su persona y bienes da lugar al mérito y al premio, ya que según las Partidas, a su vez, debe el rey a sus vasallos no sólo derecho, sino gracia y merced. O sea, el servicio compromete al rey a recompensar voluntariamente con un premio. La merced no tiene un fundamento conmutativo, sino de conveniencia o congruencia. La gracia, en cambio, es un don que no tiene otro fundamento que la benignidad real.

Como se lee en las Partidas, una cosa es la misericordia real, que se funda en la piedad del rey y otra, la merced que el mismo hace «por merecimiento de servicio que (otro) le hizo» y, en fin, la gracia es una tercera cosa, que otorga por favor o benignidad «a alguno (de la que) con derecho se puede excusar de lo facer»<sup>157</sup>. Al respecto, glosa Gregorio López merces est, cum aliqui ob meritum suum indulgetur. Gratia vero est, cum quid aliqui datur, qui si noluisse, non tenebatur dare<sup>158</sup>.

---

<sup>154</sup> Id.

<sup>155</sup> Id.

<sup>156</sup> CALDERÓN DE LA BARCA, Pedro, El Alcalde de Zalamea, acto 2, escena 18. FEIJÓO, Benito Jerónimo, *Cartas eruditas y curiosas* (5 vol.) Madrid. 1769-70, 3, Dedicatoria al rey. ARROYAL, León de. *Cartas político-económicas al Conde de Lerena*, Madrid, 1878, 221-22. hay ed. Antonio Elorza, Madrid. 1968. JOVELLANOS, Gaspar Melchor de. «Memoria sobre educación pública...» en Rivadeneyra (editor) *Biblioteca de autores españoles*, vol. 46, 30 y ss., la cita en 263. SUCRE, Antonio José «Discurso de instalación de la Corte Suprema de Bolivia», Charcas 16 de julio de 1827, en MENDIETA, Joaquín, «Breve historial de la Corte Suprema de Justicia» en «Corte Suprema de la Nación», *Libro homenaje a la Corte Suprema de Bolivia*, 2 vols. Sucre, 1972, 2, 156. BELLO, nota 27, varios otros textos suyos de los años 1830 a 1850, en los que se refiere a esta misma trilogía en: BRAVO LIRA, Bernardino, «Bello y la judicatura. La codificación procesal» en Departamento de Ciencias del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, *Bello y el Derecho*, Santiago 1982, esp. 129 y ss. A ellos pueden agregarse editoriales de *El Araucano* 296 de 6 mayo 1836 en Obras Completas, nota 27, 9, 296 y 638 de 8 septiembre 1850 *Ibíd.* 9, 429.

<sup>157</sup> LÓPEZ GREGORIO, glosa *Siete Partidas*, 7,32., a lex III.

<sup>158</sup> Id.

En todo caso es el rey quien decide dónde y cómo premia. En Indias, el principio básico es que los méritos se premian donde se hicieron. Esta política contribuyó a arraigar a los vasallos en estos reinos nuevos y a que se sintieran identificados con esta tierra donde sus méritos valen, lo cual es, en cierto modo la antítesis del hacer la América, de los emigrantes del siglo XIX. La monarquía contribuyó de esta manera a la formación de una conciencia patria, fundada en el servicio a Dios, al rey y a la patria.

Este servicio al rey, dio lugar a que se produjeran y publicaran innumerables informaciones de sevicios, que han llegado hasta nosotros. Su objeto era impetrar premios y mercedes al rey. Al igual que los conflictos jurisdiccionales entre distintos poderes, estas informaciones son testimonio de una una activa vida política<sup>159</sup>.

No está de más apuntar que este servicio voluntario y libre que da lugar al mérito, más se parece a la relación con Dios, que a los deberes del ciudadano, anónimos, iguales y compulsivos del constitucionalismo posterior. El vasallo sirve generosamente por un ideal Dios-rey-patria, no por obligación. Esta actitud sobrevivió en cierto modo, hasta el siglo XX en el servicio al Estado sin retribución, como antes al rey, llamado *ad honorem*.

## LUCHA POR EL DERECHO

La constitución del reino no es una cosa inerte en el Estado jurisdiccional. Antes bien, no hay reparo en discernir entre ley justa e injusta y entre resistencia legítima e ilegítima. Como bajo la preeminencia real, juegan múltiples poderes fue un asunto candente<sup>160</sup>. Da la impresión de que todo eran conflictos. Nadie campea por sus fueros con mayor ardor que los cabildos, prelados, fiscales y oidores de las Audiencias. Bien consciente de ello era en el siglo XVI el oidor Matienzo, quien señala que a causa de la distancia del rey, el poder de los cabildos indianos es mayor que el de los de Castilla<sup>161</sup>. Por su parte, el arzobispo de Charcas, Fray Gaspar de Villaroel, dedicó su obra *Gobierno eclesiástico pacífico*, a las relaciones nada fáciles entre oidores y obispos<sup>162</sup>. Esta lucha por el derecho domina la vida colectiva. Como ha mostrado Néstor Meza Villalobos, contribuye a moldear la conciencia política indiana<sup>163</sup>. No se limita a clérigos y seglares, europeos y criollos. Es notable la prontitud con que indios, caciques y comunes, aprendieron a pleitear<sup>164</sup>.

<sup>159</sup> MEZA VILLALOBOS, nota 84.

<sup>160</sup> Esta conciencia política refleja el aforismo de Isidoro de Sevilla, *Rex eris si recte facias, si non facias, non eris*, en *Etymologiarum* 9, 3,4. Ver nota 43.

<sup>161</sup> MATIENZO, nota 119.

<sup>162</sup> VILLARROEL, Gaspar de, *Gobierno eclesiástico pacífico y unión de los dos cuchillos, pontificio y regio*, 2 vols, Madrid 1656-1667, reimpresso allí 1738.

<sup>163</sup> MEZA VILLALOBOS, nota 84.

<sup>164</sup> Id.

Es una lucha sumamente concreta. Se traduce en la contraposición entre buen y mal gobierno, uso y abuso del poder, ley justa e injusta y supone una movilización de los vasallos para hacer prevalecer el derecho en caso de ser amagado <sup>165</sup>. Sobre esta base se asienta el Estado de derecho en Indias. Lejos de ser una construcción doctrinal, fría y distante, frente a la cual los demás elementos de la población permanecen indiferentes, es una realidad vivida y defendida con ardor, si llega el caso.

El modo como el pueblo –mayores, medianos y menores en expresión de las Partidas <sup>166</sup>– sale en su defensa, revela que la constitución indiana no estaba abandonada a sí misma, como sucedió demasiado a menudo, con las constituciones escritas de los siglos XIX y XX. En la medida en que el pueblo veló por ella, el Estado de derecho y la constitución indiana no fueron una entelequia. El mismo sentido tienen los conflictos de jurisdicción entre virreyes y gobernadores y Audiencias, por un parte, y obispos y prelados, por otra. Su virulencia es prueba del agudo sentido del derecho de que estaban poseídos, al obrar en nombre de las instituciones que cada uno representaban.

En suma, la constitución indiana no es una construcción legal o doctrinal más o menos feliz, sino una trama viva de poderes e instituciones, arraigadas en ideales políticos comunes a la población, como buen o mal gobierno, uso y abuso del poder, leyes justas e injustas, y el servicio a Dios, el rey y la patria, voluntario y meritorio, que hace acreedor a premio, merced o recompensa de parte del rey. Debido a este anclaje en la conciencia política, la constitución tiene una vitalidad propia y una capacidad de adaptación a nuevas condiciones que le permite vivir y sobrevivir de uno u otro modo hasta nuestros días.

## PRÁCTICA DEL ESTADO DE DERECHO

Los testimonios de aplicación del derecho muestran, mejor que ninguna explicación, el grado de efectividad del Estado de derecho. Brevemente mencionaremos tres casos que corresponden a los primeros tiempos del reino de Chile. Desde luego, antes de recibir a Pedro de Valdivia, el primer gobernador, en 1548, se le exigió juramento de repetir las libertades y franquicias de la ciudad y sus vecinos y de mantenerlos en paz y en justicia. Se inició una costumbre que persistió hasta el fin de la monarquía en el siglo XIX <sup>167</sup>.

En cuanto al respeto de las persona y bienes, Valdivia, a fin de tener gente con la que hacer una fundación en Concepción, despojó a algunos encomendados de Santiago de dicha merced, que les impedía concurrir. Los afectados ocurrieron a la recién intituída audiencia de Lima, dentro de cuyo distrito se halla-

---

<sup>165</sup> EYZAGUIRRE, Jaime, *Ideario y ruta de la emancipación chilena*, Santiago 1951. BRAVO LIRA, nota 15.

<sup>166</sup> *Siete Partidas*, 2. 10, 1 cfr. 1,2, 5.

<sup>167</sup> MEZA VILLALOBOS, nota 84. BRAVO LIRA, *El Estado de derecho en la Historia de Chile*. Santiago 1996.

ba Chile y el tribunal ordenó indemnizarles con otras encomiendas, las primeras que estuvieran disponibles <sup>168</sup>.

Muerto trágicamente Valdivia en 1553, tres capitanes pretendían sucederle en el mando. Conforme al sentir del cabildo y personalidades convinieron someter el caso al parecer de letrados. Sólo había dos en el reino, quienes emitieron su dictamen <sup>169</sup>.

No habían pasado tres años, cuando los indios de Santiago obtuvieron, a su vez, una indemnización. Un encomendero acudió al cabildo de Santiago e hizo presente que el cacique Martín, por lo visto ya convertido, decía que el finado Pedro de Valdivia había fundado la ciudad en tierras que eran de sus indios. Como al rey sólo pertenecían las tierras vacantes, esto es que no fueran propiedad de los indios, el cabildo, después de hacer las indagaciones pertinentes, los indemnizó con otras tierras en el valle de Puangue, que conservaron hasta la independencia en el siglo XIX <sup>170</sup>.

No se puede negar que cuando se habla Estado de derecho, ya en la primera mitad del siglo XVI, en países tan nuevos y remotos como Chile, se habla de algo operante.

### III MODERNIDAD BARROCA: PROTECCIÓN HISPÁNICA A LOS BIENES Y GARANTÍA DE DERECHOS SUBJETIVOS EN EL *RULE OF LAW* INGLÉS

«expondría su persona, su vida y su hacienda para el servicio de Su Majestad y de esta república y reino como uno de los hijos principales de ella» **Juan Rodolfo Lisperger, 1655.**

Mientras al otro lado del Atlántico, Hispanoamérica se forja una cultura propia, Europa atraviesa por una grave crisis <sup>171</sup>. En Bohemia, en Cataluña, en

<sup>168</sup> Id.

<sup>169</sup> GONZÁLEZ ECHENIQUE, Javier, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino de Chile*, Santiago. F. 1954.

<sup>170</sup> HUNEEUS PÉREZ, Andrés, *Historia de las polémicas de Indias en Chile durante el siglo XVI (1536-1598)*, Santiago s/f. SILVA VARGAS nota 105.

<sup>171</sup> En las últimas décadas se estudia con intensidad lo que se ha dado en llamar crisis del siglo XVII. TREVOR-ROPER, Hugh Redwaid, *The general crisis in the seventeenth Century in Past and Present 1619-59*, ahora re-trabajado en Aston TREVOR (editor) *Crisis in Europe 1560-1660*, Londres 1965, trad. castellana, Madrid 1983, que contiene otros trabajos sobre el tema. TREVOR-ROPER, H. R., *Religion, Reformation una Soziale Umbruch, Die Krise des 17 Jahrhunderts*, Berlín 1970. STEENSGAARD, Niels, *Det syttende arhundredes Krise en Historisk Tidsskrift*, Copenhague 1970, ahora en PARKER, Geoffrey y SMITH LESLEY, M. (editores) *The general crisis in the seventeenth Century*, Londres 1978. ELLIOT, John Huxtable y otros, *Revoluciones y rebeliones en la Europa moderna*, Madrid 1972. KAMEN, Henry, *The Iron Age. Social Change in Europe 1550-1660*, Londres 1971, trad. castellana, Madrid 1977. MARAVALL, José Antonio, *Estado moderno y mentalidad social. Siglos XV a XVII*, 2 vol., Madrid 1972; ROTELLI, Ettore y SCHIERA, Pierangelo (editores) *Lo stato moderno*, 3 vol., Bolonia 1973-74, 2, Principie ceti, 3, *Accentamento e rivolte*. MAURO FRÉDERIC, *Le Portugal et l'Atlantique au XVII<sup>e</sup> siècle (1570-1670)* s. 1. 1960. ALEXANDRE

Portugal, en Inglaterra, en Francia, los estamentos y la realeza se enfrentan violentamente. Es la época de la rebelión de los bohemios contra Fernando II<sup>172</sup>, del alzamiento de Cataluña y Portugal contra el Conde-Duque de Olivares, valido de Felipe IV<sup>173</sup>, de la Fronda en Francia<sup>174</sup> y de una serie de revueltas de diverso género en Nápoles, Rusia, Escandinavia, Suiza y Alemania.

Pero en ninguna parte fueron las convulsiones tan violentas como en Inglaterra. A las pretensiones de Jacobo I se oponen las del Parlamento. Así se llega a la revolución de 1648, con la decapitación de Carlos I y la dictadura de Cromwell. A la cual siguen la restauración de 1660 y la nueva revolución, sin sangre, llamada gloriosa, de 1688<sup>175</sup>.

En medio de estas vicisitudes se produjo la quiebra de la constitución del reino, descrita por John Fortescue (1394-1471), como principado mixto, *regimen politicum et regale*. La tradicional dualidad rey-parlamento, dejó paso a la omnipotencia del parlamento. Con ello entraron en crisis la dependencia del poder respecto del derecho, recogida por Bracton (c. 1216-1268) en la célebre sentencia: *rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege*, y el propio *rule of law*. El *statute law*, derecho legislado emanado del parlamento, se sobrepuso al *case law*, derecho del caso, emanado del precedente y del juez<sup>176</sup>.

---

TÉRRERA, Francisca, «La revolución portuguesa de 1640» en *Saitabi* 17, Valencia 1967. LEHMAN, Harmut, *Das Zeitalter des Absolutismus*, Stuttgart 1980, Königsberger. HELMUT, G., «Die Krise des 17. Jahrhundert» en *Zeitschrift für historische Forschung* 9, Berlín 1982.

<sup>172</sup> STURMBERGER, Hans; Georg Erasmus Tschernebl. *Religion, Libertät und Widerstand*, Viena 1953. El mismo. *Kaiser Ferdinand II und das problem des Absolutismus en Österreich-Archiv*, Viena 1957; ahora en El mismo. *Land ob der Enns und Österreich*, Linz 1979; El mismo *Aufstand in Bohmen*, 1959.

<sup>173</sup> TREVOR DAVIES, Hugh R., *Spain in Decline 1621-1700*, Londres 1954, trad. castellana, Barcelona 1969. ELLIOT, John Huxtable, *The Revolt of the Catalans 1598-1650*, Cambridge 1963, trad. castellana, Madrid 1977. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco y otros. «La España de Felipe IV»; en JOVER, José María (director) *Historia de España*, vol. 25, Madrid 1982.

<sup>174</sup> PORSNEV, Boris F., *Die Volksaufstände in Frankreich von der Fronde (1623-1648)*, Leipzig 1954. MOUSNIER, Roland, *Recherches sur les soulèvements populaires en France avant la Fronde en Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 5, París 1958; ahora en el mismo. *La plume, la faucille et le marteau*. París 1970. El mismo, «Pourquoi États-Généraux et États provinciaux ont ils joué un si faible rôle pendant la Fronde?» en *Parliaments, Estates et Représentation* 1, Londres 1971. El mismo. *Les institutions de la France pendant la monarchie absolue*, 2 vol. París 1974-80. GARRISON, Francois. *Histoire du droit et des institutions*, 2 vol. París 1984. MÉTHIEVIER, H. *La Fronde*, París, 1985.

<sup>175</sup> BERCÉ, Yves-Marie. *Revolts et révolutions dans l'Europe modeme XVIe XVIIe siècles*, París, 1980. Para Inglaterra, por todos, la excepcional obra de SCHRÖDER, Hans-Christoph, *Die Revolutionen Englands im 17. Jahrhundert*, Francfort a M. 1986. AYLMER, G. E. *Rebellion or Revolution? England from civil war to Restoration*, Oxford-Nueva York 1986.

<sup>176</sup> GOUGH, John Wiedhofft, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford 1955. PEREIRA MENAUT, nota 17. VAN CANAEGEN, Raoul Charles, «The common law seen from the European Continent» en el mismo, *Legal History: a European perspective*, Londres 1991. SMITH, David I., «The idea of rule of law in England and France in the seventeenth century», en ASCH, Ronald G. y DURCHHARDT, Heinz (eds.), *Der Absolutismus-ein Mythos*. Colonia-Weimar-Viena 1996. FIORAVANI, Maurizio, *Constituzione*, Bolonia 1999, trad. castellana. Madrid 2001. CERDA, José Manuel, *Parliamentary assemblies in the making. Spanish courts and English councils in the twelfth century*, tesis, Universidad de South Wales 2005.

Pero, tal vez el rasgo más propiamente inglés de esta ruptura, es su disimulo hasta donde es posible. La primacía del derecho sobre el rey y el parlamento se desvaneció muy poco a poco. Constituyó más bien una cuestión de principio, que tardó siglos en llegar a sus últimas consecuencias prácticas. En rigor, sólo terminó de extinguirse en el siglo xx<sup>177</sup>. Todavía frente a Jacobo I, Edward Coke (1552-1634), la máxima figura del *common law*, invocó a Bracton para sostener que las leyes contrarias a la razón y a los principios fundamentales del *common law* no tenían valor alguno. Pero luego las cosas cambiaron. Se alzaron voces que proclamaban la soberanía u omnipotencia del parlamento. Frente a ellas hizo notar en 1679 John Withehall, que esta inversión de la relación entre el derecho y el poder no podía menos que acabar con el *common law* y con la propia *rule of law*<sup>178</sup>.

## PROTECCIÓN FRENTE AL PODER

Reflejo del papel cada vez más relevante del *statute law*, son los documentos fundamentales de la tradición inglesa de protección a las personas, elaborados precisamente en los tormentosos años del siglo xvii. En ellos cobró forma la noción de derechos subjetivos. Nos referimos, en primer lugar a la *Petition of rights* de 1627, obra de Coke, al *Habeas corpus Act* de 1679 y al *Bill of rights* de 1688<sup>179</sup>. Estos textos, tienen un inconfundible sabor de compromiso estatal, pero revisten la forma de leyes y, en cierto modo, de leyes fundamentales. Pretenden proteger libertades y privilegios, tan a menudo atropellados en esta época. Al respecto, presentan, además, tres rasgos muy sugerentes. Se trata de una protección frente al gobierno, esto es más bien política; legal, es decir, cuyo alcance queda a merced de la ley, y tienen por objeto no bienes concretos, sino derechos.

En otras palabras, en estos documentos la protección no se plantea en términos amplios, contra quien fuere, sino que tiende a concentrarse dentro de un ámbito mucho más reducido, pero sumamente conflictivo entonces, el de las relaciones entre gobernantes y gobernados, vale decir, el plano político. Se trata, ante todo, de protección contra las arbitrariedades, de los gobiernos, tan frecuentes entonces.

En segundo término, en la medida en que la protección queda entregada a la ley, se torna más variable e incierta que la que opera por vía judicial. Finalmente, hay aquí un cambio de lenguaje. Los bienes protegidos son denominados ahora insistentemente derechos. En lugar de estar por encima de las leyes, están a merced de sus disposiciones. No se habla sólo de libertades y privile-

<sup>177</sup> ATIYAH, P. S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979. El mismo, *Law and Modern Society*, Oxford 1983. VAN CAENEGEN, nota 1.

<sup>178</sup> PEREIRA MENAUT, nota 12.

<sup>179</sup> SCHWARTZ, nota 26. STOURZH, Gerald, «Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17 und 18 Jahrhundert. Zur Génesis des modernen Verfassungsbegriffs»; en VIERHAUS, Rudolf (editor) *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen*, Göttingen 1977.

gios, de derechos y de objetos concretos protegidos. Además, se los tiende a englobar a todos bajo la denominación común de derechos. Estamos al parecer ante el despuntar de los derechos subjetivos. Al menos en el área inglesa. En todo caso hace falta una cuidadosa revisión de los textos y de la literatura jurídica de la época para determinar el alcance preciso de esta terminología que ahora vemos imponerse. Naturalmente, esto sobrepasa los límites del presente estudio.

Sin embargo, el actual estado de la investigación permite afirmar que por ese tiempo se produce el tránsito de la concepción de los bienes protegidos a la de derechos subjetivos. Figura clave al respecto es Hobbes (1558-1679), cuyo *Leviathan* se publicó en 1651. Antes de él, la palabra derechos –*rights*– parece aplicarse a la protección personal en conjunto, más bien *pars pro toto*. Es decir, alude a algunos bienes en concreto y, al mismo tiempo, a todos los demás en general, sean libertades, privilegios u otros bienes protegidos como la integridad corporal, las casas, cargos, propiedades y demás<sup>180</sup>.

### LIFE, LIBERTY AND ESTATE

Hobbes echa mano de la trilogía *life, liberty and estate* vida-libertad-propiedad, que tuvo gran fortuna en la Inglaterra de esa época. Su interés se explica sobradamente por el clima de inseguridad y arbitrariedades que se vivía. Con ella sucede algo parecido a lo que ocurre con la *Petition of rights* y los documentos posteriores. Ya no se plantea la protección en un plano concreto y personal, como afirmación de la vida, la libertad y la propiedad frente a cualquiera que atente contra ellas. Antes bien, ella se dirige indeterminadamente contra el gobierno, de quien provenían entonces los más brutales abusos y despojos.

Este planteamiento era ya explícito, antes de la revolución, en los escritos de Jacobo I, conocido sostenedor de la doctrina protestante del derecho divino de los reyes. Según él, los súbditos debían servir al monarca como a Dios: «tanto con el alma como con el cuerpo». Por lo que «al rey es debida tanto la afección del alma como el servicio del cuerpo de sus súbditos» Tales pretensiones no dejaron de suscitar reacciones. El propio canciller Francis Bacon (1561-1626), tan próximo a Jacobo, no dejó de puntualizar: «acaso no es un

---

<sup>180</sup> POLIN, R., *Philosophie et politique chez Thomas Hobbes*, París 1952. HOOD, F. C., *The divine politics of Thomas Hobbes*, Londres, 1964. VILLEY, Michel «Le droit de l'individu chez Hobbes» en *Seize Essais de Philosophie du Droit*, París 1969». Les origins de la notion de droit subjectif «en *Archives de Philosophie du Droit* 2, París 1953-54, ahora en castellano en sus *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, 1976; *La formation de la pensée juridique moderne*, París. 1968, nueva ed. corregida. París. 1975, esp. p. 240 y ss.; MAC PHERSON, *The political theory of progressive individual from Hobbes to Locke*, Londres, 1962, BRANDT, nota 27: distingue la doctrina ética de los bienes como se la encuentra, por ejemplo, en Platón y la doctrina jurídica de los mismos de los autores ingleses y posteriores. SOMMERVILLE, John P., *Thomas Hobbes: political ideas in historical context*, Londres 1992. CARPINTERO, nota 36. FIORAVANTI, nota 36.

principio común que el derecho favorece tres cosas: vida, libertad y posesiones (*life, liberty and estate*)<sup>181</sup>.

En lo sucesivo, esta tríada fue invocada por los dos bandos, el rebelde y el del rey. En 1647 los rebeldes recuerdan que el Parlamento ha declarado que es la libertad de todo súbdito gozar del beneficio de la ley y no ser arbitraria e ilegalmente puesto en prisión, ni despojados de sus vidas, libertades, bienes y posesiones, sino por debido proceso de derecho, de acuerdo con la *Magna Charta* y la *Petition of rights*. Apenas dos años después, pronuncia Carlos I sus famosas palabras, en las que, reafirma una vez más que es tarea del rey proteger a sus súbditos contra la arbitrariedad e ilegalidades del Parlamento: «No hablo solamente en favor de mi propio derecho, como vuestro rey que soy. Hablo además por la libertad de todos mis súbditos, que consiste no en el poder del gobierno, sino en vivir bajo un gobierno y unas leyes que sean capaces de brindarles la mejor seguridad de sus vidas y propiedad de sus bienes»<sup>182</sup>.

A primera vista, parece que en los dos textos anteriores no se habla de derechos subjetivos. El acento está puesto en la protección concreta de los súbditos y no en la de unos derechos suyos. Con todo, el punto requiere un examen más detenido. Por el momento debe quedar abierto.

## HOBBS Y EL DERECHO SUBJETIVO

En cambio, lo que sí es claro es la terminología de Hobbes, en sus obras publicadas entre 1640 y 1651, *Elements of Law*, *De Cive* y, sobre todo, *Leviathan*. Allí encontramos, ya maduro el concepto de derecho subjetivo. Según el autor, hay derechos naturales, que son anteriores a toda sociedad y de los que es imposible suponer que nadie, cuando entra en sociedad, abandone o transfiera al gobernante<sup>183</sup>. Piensa en la legítima defensa de la vida, pero también frente a la prisión ilegítima o contra el despojo de sus bienes. De esta suerte configura Hobbes la vida, la libertad y la propiedad como derechos. En consecuencia, se habla de derecho a la vida, a la libertad y o la prosperidad. En una palabra, se transforma la protección práctica y directa de esos bienes concretos en protección teórica y mediata a unos derechos subjetivos.

Después de Hobbes la trílogía tiende a entenderse como enumeración de derechos subjetivos. Es la línea consagrada por autores como Tyrrell (1642-1718) y sobre todo, Locke (1632-1704)<sup>184</sup>. Esta reducción de los bienes concretos a derechos subjetivos es el abismo que separa al Estado de derecho

<sup>181</sup> *The political Works of James I 1616*, reimpresso Nueva York 1965, pp. 63-64. BAHATEC, Josef, *Menschen und Bürgerrechte in der englischen Publizistik*; en SCHNUR, nota 29.

<sup>182</sup> OVERTON, Richard, «An Appeal (julio de 1647)»; en WOLFE, D. M., *Levelles Manifestoes of the Puritan Revolution*, Nueva York, 1967, p. 166. GARDINER, S. R. (editor), *Constitutional documents of the Puritan Revolution (1625-1600)*, Oxford, 1906 (hay reimpresión 1968), p. 375.

<sup>183</sup> HOBBS, Thomas, *Leviathan*, 14, 8.

<sup>184</sup> TYRRELL, James, *Patriarcha non Monarcha*, 1681. Locke, John, *Two Treatise of Government* ed. Laslett, Peter. Cambridge. 1960. BRANDT, nota 116. VILLEY, nota 36; TULLY, James.



inglés del hispánico. Su desenlace natural no parece ser otro que sacrificar la persona al totalitarismo, duro o blando <sup>185</sup>.

En el continente las cosas son distintas. Al menos si consideramos las dos grandes monarquías que contienden por la preponderancia europea, España y Francia. La pugna se prolonga hasta 1648-59, en que Francia coge el relevo de España.

## PROTECCIÓN Y SERVICIO

En ambas se conocen trilogías semejantes a la inglesa. Pero hay salientes contrastes.

Hasta los años 60, la España del siglo XVII es una potencia combatiente. Pelea en Europa por la causa católica en la Guerra de Treinta Años y luego lucha con Francia. En la propia península enfrenta las rebeliones de portugueses y catalanes. Hostilizada por piratas y corsarios se comunica no obstante con el pujante mundo ultramarino formado por Hispanoamérica y Filipinas.

Los grandes ideales están vivos, pero la distancia entre ellos y la realidad circundante crece por momentos. Se insinúa entonces la duda sobre su validez en las actuales circunstancias. Hasta qué punto cabe seguir tomándolos en serio. Es el drama colectivo que inmortalizó Cervantes en *El Quijote*, tal vez la más barroca de las obras del barroco. En el plano político, el centro de esta crisis es el antiguo ideal de servicio a ambas Majestades, a Dios y al Rey, por el que las generaciones anteriores consumieron sus vidas en el Viejo y en el Nuevo Mundo.

Expresión de este momento son los versos, pronto famosos, de Calderón de la Barca (1601-80) en *El Alcalde de Zalamea*:

«Al rey la hacienda y la vida se ha de dar,  
pero el honor es patrimonio del alma  
y el alma sólo es de Dios» <sup>186</sup>.

Aquí encontramos una tríada, que es distinta de la inglesa en varios sentidos.

En primer lugar, se habla de honor, vida y hacienda en lugar de vida, libertad y propiedad. Es decir, no se queda en bienes corporales. La libertad inglesa forma parte de ellos en cuanto consiste en la libertad física, esto es, no ser apresado ilegalmente. Aquí, en cambio, se introduce un bien espiritual, el honor, que pertenece al alma y se refiere a Dios.

Enseguida es diferente la jerarquía. La vida ya no es lo primero. Por encima de ella está el honor, por el cual merece darse la vida y gastarse la hacienda.

---

«Locke »; en BURNS, James H. y Goldie MARK (eds), *The Cambridge History of Political Thought*, Cambridge 1991. FIORAVANTI, CARPINTERO, nota 36.

<sup>185</sup> ATIYAH, nota 113. REINHARD, nota 9. BOVARD id.

<sup>186</sup> CALDERÓN DE LA BARCA, Pedro, *El Alcalde de Zalamea*, acto 2, escena 18.

En tercer lugar el sentido de la tríada es opuesto. Mientras el inglés busca proteger celosamente lo suyo, ponerlo a salvo del gobierno, contra los abusos del rey y del parlamento, el español busca servir, dispone espléndidamente de lo suyo, primero para Dios y luego para el rey y la patria. Este contraste es el más decisivo para los efectos de nuestro estudio. Refleja la diferencia entre la actitud medrosa del inglés del siglo xvii, víctima de toda suerte de atropellos y la actitud magnánima del español, portugués o hispanoamericano, acostumbrado a hacer de sí y de lo suyo lo que le venga en gana. Al inglés le importa ante todo no perder lo que tiene, al hispano no le importa gastar lo que tiene por su Dios, por su rey y por su patria. Aquí parecen separarse dos mentalidades, la burguesa y la señorial.

Así se explica que en Inglaterra los derechos personales pasen a primer plano en el siglo xvii. Como sucede en las épocas turbulentas, se convierten en asunto vital, al menos para los sectores dirigentes. Por eso se los hace objeto de documentos solemnes. Lo cual era completamente superfluo en España, Portugal o Hispanoamérica, donde imperaba un orden bastante efectivo, de suerte que los gobernados no sólo no tenían que defenderse de abusos de sus gobernantes, sino que estaban espontáneamente prestos a ponerse a su servicio, ellos mismos con la vida y con todos sus haberes. Por eso el inglés puede hablar en esta época el lenguaje de sus derechos, del derecho subjetivo, por ejemplo, a la vida o a la propiedad. En cambio, el español no necesita hacerlo, le basta con hablar simple y concretamente de su vida o de su hacienda, medios sobre los que dispone a su arbitrio sin mayores obstáculos.

Por último, la escala honor-vida-hacienda es teocéntrica. Desciende de Dios al alma, del alma al cuerpo, que recibe de ella la vida, y del cuerpo a los bienes exteriores. Vida y hacienda son cosas de este mundo y por tanto, medios temporales para el servicio de Dios y del rey. Persiste aquí la misma subordinación del más acá terrenal al más allá ultraterreno de las *Partidas*. La honra o el honor, expresión de la dignidad humana constituye el nexo entre ambos planos. Pero una dignidad que no tiene un fundamento terrenal, sino teológico, que no dimana de los hechos propios ni de los dichos ajenos, sino que es don del mismo Dios.

Este enfoque teológico es muy distinto del inglés. Ya vimos que para Jacobo I, se debe servir al rey *con el alma y con el cuerpo*. De la misma manera, Hobbes, aunque menciona un estado natural, tiende a reducir los derechos personales a un asunto puramente terreno, en el que entran en juego solamente gobernantes y gobernados.

## ORTO DEL PATRIOTISMO

La concepción que para abreviar hemos llamado hispánica, es válida con matices para todo el mundo de habla castellana y portuguesa. En la Península Ibérica, Hispanoamérica y Filipinas la vida colectiva gira en la época del barroco en torno a esta tríada jerárquicamente escalonada.

En todo el mundo hispánico el barroco, más allá de la contradicción entre ideal y realidad, es una época espléndida, llena de colorido y animación. Basta ver las fiestas, las artes, las letras, las ciudades y la vida en general. Pero al otro lado del Atlántico, tiene una significación especial. Allí el barroco es la primera gran manifestación cultural común al continente, desde California hasta Río de la Plata. En este marco germina la conciencia patria en diversas partes del continente, como Brasil, México y Chile. Manifestación de ella, es la transformación de la comunidad política en una comunidad nacional o protonacional<sup>187</sup>. En el curso del siglo XVII, se pasa del viejo ideal de los conquistadores, de servicio a Dios y a la patria, a la trilogía Dios-rey-patria de los hijos de la tierra. Esta tríada tuvo larga vida. En algún caso llegó incluso hasta el siglo XX, recogida en las constituciones escritas<sup>188</sup>.

Un ejemplo de estas transformaciones es la actitud de Juan Rodulfo Lisperguer, perteneciente a una de las grandes familias del reino de Chile con ocasión de del alzamiento general de los indígenas del sur en 1655. El Cabildo de Santiago lo envió como procurador ante el Virrey del Perú a para solicitar, entre otras cosas, la destitución del presidente de Chile. Lisperguer se negó a aceptar la suma acordada para gastos, por los capitulares, diciendo que, aunque no andaba sobrado de dineros, haría el viaje a sus expensas y «expondría su persona, su vida y su hacienda para el servicio de Su Majestad y de esta república y reino como uno de los hijos principales de ella»<sup>189</sup>. Sus palabras no sólo aluden a la tríada honra-vida y hacienda sino también al servicio al rey y a la patria.

Pero esta trilogía no es exclusiva del mundo de habla castellana y portuguesa. También se menciona en Francia. Después del triunfo de la monarquía, cuando se extinguen los últimos brotes de la Fronda, los franceses quedan a salvo de los abusos de las facciones. Como los españoles, portugueses e iberoamericanos se siente razonablemente seguros. Al igual que ellos hablan de honor, vida y hacienda. Pero lo hacen en otro contexto.

---

<sup>187</sup> Para Brasil, CALMON, Pedro, *História da Civilização Brasileira*, Río de Janeiro 1934, trad. castellana, Buenos Aires 1937. MELHO, Evaldo, *Rubro Veio. O imaginario da restauração pernambucana*, Río de Janeiro 1997. Para México, JIMÉNEZ MORENO, Wigberto, «La crisis del siglo XVII y la conciencia nacional en Nueva España», en *Revista de Indias* 159-162, Sevilla 1980. BRAVO LIRA, Bernardino, «El Barroco y la formación de las nacionalidades hispanoamericanas», en Instituto italo-latinoamericano, *Simposio sul barroco latinoamericano*, 2 vols., Roma 1982 y 1984, 1 Ver 1981. Ahora en el mismo: (ed.) *El Barroco en Hispanoamérica. Manifestaciones y significación*, Santiago 1981. BRADING, David, *The first America. The Spanish monarchie creole patriots and the liberal state*. 1492-1867. Cambridge 1991, trad. castellana, México 1991. Para Nueva Granada, JARAMILLO URIBE, Jaime, «Nación y región en los orígenes del Estado nacional en Colombia», en Buisson, Inge y otros (eds.), *Problemas de la formación del Estado y de la nación en Hispanoamérica*, Bonn 1984, 340 ACEVEDO, Edberto Óscar, «Política, religión e Ilustración en las intendencias altoperuanas: regionalismo frente a unidad en el Virreinato rioplatense» *ibid.*

<sup>188</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, «Religiao-patria-lei. Primacia de la constitución histórica sobre la escrita en Brasil» en Séptimo Congresso da associação iberoamericana de academias de História, Annais, Río de Janeiro 2000.

<sup>189</sup> MEZA VILLALOBOS, nota 84, 110.

No podemos entrar en detalles. Baste un ejemplo para ilustrar el contraste. Henri Pussort (1615-97) al comentar las *Ordenanzas* de 1667 argumenta que el juez no está sobre la ley porque «si... pudiera contravenir impunemente la ley sería, por una consecuencia infalible, señor de los bienes, del honor y de la vida de los súbditos del rey»<sup>190</sup>.

O sea, aquí, como en Inglaterra, todo tiende a reducirse a una relación terrena, entre gobernantes y gobernados, sin referencia superior a Dios. Pero, a diferencia de lo ocurrido en Gran Bretaña y en Francia, la monarquía asumió un papel efectivo de protección de sus vasallos en el Estado pacificador, incluso frente a los posibles abusos de sus propios agentes y oficiales.

#### IV MODERNIDAD ILUSTRADA. TRES VERTIENTES DEL ESTADO DE DERECHO: HISPÁNICO, INGLÉS E ILUSTRADO

«nadie temía ser encarcelado ni expatriado por un abuso de autoridad»,  
**General Francisco Antonio Pinto, acerca de la monarquía ilustrada.**

La Modernidad ilustrada abarca aproximadamente desde la *Enciclopedia* hasta la Postmodernidad, es decir, los dos siglos que transcurren entre la constitución escrita de 1791 en Francia y la *Wende*, o vuelco provocado por el derrumbe de la Unión soviética al término del del siglo xx. Así como la época del Barroco vio nacer el moderno *rule of law* y los derechos subjetivos, la época de la Ilustración vio surgir el *règne de la loi* y los derechos humanos.

#### EXPANSIÓN Y EROSIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

Para el Estado de derecho es una época ambivalente. En el curso de ella, su vigencia se amplía espectacularmente más allá de Europa y de Hispanoamérica, a pueblos y continentes donde hasta entonces era desconocido. Pero esta universalización no se hizo sobre la base de las versiones hispánica o inglesa sino de una nueva nacida con la Ilustración, cuya eficacia práctica resultó claramente menor. En consecuencia, junto con generalizarse, la noción de Estado de derecho se degradó hasta quedar reducido a un vago ideal humanitario. A fuerza de ampliarse, se convirtió en una etiqueta, tanto más cómoda de usar, cuanto más pobre de contenido. Sucedió con el Estado de derecho lo que con la moneda: la mala desplazó a la buena.

Esta erosión del Estado de derecho corre a parejas con el auge y caída de la Ilustración. Nada lo muestra mejor este que el uso que tuvo la expresión *Rechtsstaat*, con la que desde los albores del siglo xix se designó al Estado de derecho. Tras aplicarse genéricamente, sin mayores distinciones, a las antiguas versiones hispánica e inglesa, así como a la nueva, ilustrada en sus múltiples

<sup>190</sup> *Procès verbal* relativo a la redacción de las Ordenanzas de 1667, 1, p. 496, citado por EMERIGON, *Traité des assurances et des contrats de la grosse*. 2 vols., París. 1827.

variantes, terminó por extenderse, con el aval de juristas como Kelsen<sup>191</sup>, al Estado totalitario, surgido un siglo después de Welcker en la Unión soviética. Se produjo así, más que una desvirtuación del concepto una inversión de su sentido. Según hicieron ver juristas, como García de Enterría y Ernst Wolf, el Estado de derecho se volvió contra el hombre, en un instrumento de opresión del hombre por el poder. Para el primero: «en la ley ( se comenzó a ver) algo en sí mismo neutro, (que) no sólo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad, sino que con la misma naturalidad puede convertirse en *la más fuerte y formidable amenaza para la libertad*, incluso en una *forma de organización de lo antijurídico* y hasta un instrumento para *la perversión del orden jurídico*»<sup>192</sup>. Por su parte, Wolf cree que no hay más escapatoria que una reconstrucción metódica y objetiva de la seguridad jurídica, sin la cual ninguna confianza de los hombres en el Estado de derecho es posible<sup>193</sup>.

De hecho, esta fue la pesadilla del siglo XX, que vio cometer las mayores atrocidades de la historia contra poblaciones y hombres inocentes. Ternon habla de Estado genocida, mientras que Johnson no duda en calificarlo como el mayor asesino de la historia<sup>194</sup>. No obstante, la expresión Estado de derecho se siguió usando sin más en todo el arco comprendido entre la Unión soviética y los Estados Unidos. Si en 1950 el ruso Wyschinski afirmaba que la constitución no está para proteger a los individuos frente al Estado, sino, al revés, al Estado frente a los individuos, en 2000 el estadounidense Bovard, denunciaba con amargura que en los Estados Unidos la ley había dejado de ser una garantía para los ciudadanos, como en el siglo XVIII, cuando se dictó la constitución, y se había convertido en el peor instrumento de opresión del ciudadano por el Estado<sup>195</sup>. Más que descartar esta coincidencia, con la simplista afirmación de que los extremos se tocan, hay que reconocer en ella un testimonio del hundimiento del Estado de derecho en esta etapa final de la Modernidad.

## VERTIENTES DE LA ILUSTRACIÓN Y DEL ESTADO DE DERECHO

La historia del Estado de derecho en esta época es vasta y ramificada. La Modernidad ilustrada se abre, en diversas direcciones y corrientes. Entre ellas, se distancian entre sí una Ilustración católica y nacional, que tiene sus focos son Europa central y el mundo hispánico<sup>196</sup>, otra irreligiosa y cosmopolita,

<sup>191</sup> KELSEN, nota 30.

<sup>192</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Reflexiones sobre la ley y los principios generales de derecho en derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública* 40, Madrid 1963. El mismo, *Justicia y seguridad en un mundo de las leyes desbocadas*, Madrid 1999.

<sup>193</sup> WOLF, Ernst, «Die Krise des Rechtsstaat-Festvortrags des Jubilars», en LÜKE, nota 29.

<sup>194</sup> Ver nota 9.

<sup>195</sup> WISCHINSKY nota 33. BOVARD nota 9.

<sup>196</sup> Sobre la Ilustración católica y nacional, MERKLE, Sebastian, *Die Katholische Beurteilung des Aufklärungszeitalter*, Berlín 1909. El mismo, *Die Kirchliche Aufklärung in katholischen Deutschland*, Berlín 1910. MONCADA, Luis Cabral de, *Italia e Portogallo nel settecento*, Roma 1949. Ahora en el mismo, *Estudios de Historia do Direito* 3, Coímbra 1950. WANDRUSZKA, Adam, «Il reformismo cattolico del settecento in Italia ed Austria», en: *Storica e politica* 3-4, 1965.

cuyo epicentro es Francia<sup>197</sup> y otra práctica, más bien indiferente en materia religiosa, de los países de habla inglesa, para los cuales las creencias y la patria son cosas más bien privadas<sup>198</sup>. Todas comparten la confianza en el poder de la razón para transformar el mundo y hacer a los hombres más felices. Sin embargo, entienden de distinto modo esta ampliación de los fines del gobierno, más allá de mantener la paz y la justicia, para abarcar también lo que entonces se denominaba *policía*<sup>199</sup>, de suerte que terminar enfrentadas entre sí.

En Europa central y el mundo hispánico, espíritu reformador e ideal católico y nacional van unidos. La crítica a la Iglesia, no pone en duda la Revelación divina, sino que se dirige contra la credulidad y las supersticiones que la deforman, así como contra abusos disciplinares o prácticos. Del mismo modo, en

---

El mismo, «Die Katholische Aufklärung Italiens und ihr Einfluss auf Österreich», en: KOVACS, Elisabeth (ed.), *Katholische Aufklärung und Josefinismus*, München, 1979. VENTURI, Franco, *Settecento riformatore*, Turín 1969. PLONGERON, Bernard, «Recherches sur l' Aufklärung catholique en Europe occidentale 1770-1830», en *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 16, 1969. MARAVALL, José Antonio, *Estudios de la historia del pensamiento español del siglo XVIII*, Madrid 1991. HESPANHA, António, *La gracia del derecho*, Madrid 1993. KLUETING, Harm, (ed.) *Katholische Aufklärung-Aufklärung in katholischen Deutschland*, Hamburg 1993. WHITAKER, Arthur P., (ed) *Latin America and the Enlightenment* 1942. GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo, *El misonéimo y la modernidad cristiana en el siglo XVIII*, México 1948. GÓNGORA DEL CAMPO, Mario, «Estudios sobre el galicanismo y la Ilustración católica en América española», en: *Revista Chilena de Historia y Geografía* 125, Santiago 1957. El mismo, «Aspectos de la Ilustración Católica en el pensamiento y vida eclesiástica chilena (1770-1814)», en: *Historia* 8, Santiago, 1969, ahora ambos en: El mismo, *Estudios de Historia de las ideas y de historia social*. Valparaíso 1980. KRAUSS, Werner, *Die Aufklärung in Spanien, Portugal und Lateinamerika*, Munich 1973. RÍPODAZ ARDANAZ, Daisy, *El Obispo Azamor y Ramírez. Tradición cristiana y modernidad*, Buenos Aires 1982. BRAVO LIRA, Bernardino, «Feijóo y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa», en: *Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas* 22, Colonia-Viena, 1985. El mismo, «Verney y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa», en *Historia* 21, Santiago 1986. SEELANDER, Airton L. Cerqueira, *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre*, Francfort a M 2003.

<sup>197</sup> CASSIRER, Ernst, *Filosofía de la Ilustración* (1932), trad. castellana, México 1943. GAY, Peter, *The Enlightenment. An interpretation*. 2 vol. 1. *The rise of modern paganism*, 2. *The science of freedom*, Londres, 1966-1969 y JÜTTNER, Siegfried y SCHLOBACH, Jochen, (ed.) *Europäische Aufklärung(en)*. Hamburgo 1992.

<sup>198</sup> BURKE, Edmund, *Reflexiones sobre la revolución francesa* (1790), Madrid 1954, Edmund Burke and the Revolt against the Eighteenth Century, Londres 1960. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Der Verfassungsbegriff in der deutsche Staatslehre der Aufklärung und der Historismus*, Berlín 1967; Gay, nota 196. BAHATEC, Josef, «Menschen und Bürgerrechte in der englischen Publizistik»; en SCHNUR, Roman(ed.) *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, Berlín 1986.

<sup>199</sup> HESPANHA, «Poder...» nota 8. JÜTTNER, y SCHLOBACH, nota 196. SCHIERA, Pierangelo, «Disciplina, Stato moderno, disciplinamento: considerazioni a cavallo fra la sociología del potere e la storia costituzionale»; en PRODI, Paolo (ed) *Disciplina dell' anima e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, Bolonia 1994; STOLLEIS, Michael, (ed.) *Policey im Europa der frühe Neuzeit*, Frankfurt a. M. 1996. BLICKE, Peter, «Gute Polizei oder Sozialdisziplinierung»; en MAIER, Hans, *Festschrift zum 65. Geburtstag*, Paderborn-Munich-Viena-Zurich 1996 y observaciones de DINGES, Martin, «Policeyforschung statt Sozialdisziplinierung» en *Zeitschrift f. Neuere Rechtsgeschichte* 3-4, Viena 2002. REINHARD, nota 9. Traverso, id. BENEDISCTIS, Angela de, *Politica, governo e istituzioni nell' Europa moderna*, Bolonia 2001. COSTA, Pietro y ZOLO, Danilo, (eds.) *Lo Stato di diritto*, Milán 2003, 93-94. SIMON, vid. nota 5.

materias profanas, junto con fomentar los adelantos científicos y técnicos, se renuevan con sentido nacional el propio derecho e instituciones y se fomentan en general, los recursos y la prosperidad del país. En cambio, la meta de los enciclopedistas en Francia es disociar el más acá terreno del más allá ultraterreno, a fin de liberar al hombre de sus creencias y de su pasado, y dejarlo sometido únicamente a los dictados de la razón, vale decir, de los llamados filósofos.

Distinto es el caso de los países de habla inglesa. Ahí la religión no es ni rechazada ni reconocida. Se mira como cosa privada. Se habla más bien de creencias. Esta indiferencia frente a ellas permite, centrar la vida pública en otras cosas, como el individuo y sus derechos, que solían compendiarse en la trilogía *life liberty and state* <sup>200</sup>. De hecho estos bienes terrenos, pasan a ser lo único sagrado e intangible. A la hora de realizar los ideales de la Ilustración, el sentido práctico anglosajón, procura evitar los trastornos sociales, más que nada en atención a los propietarios. Más importante que esos ideales es la estabilidad, política y la tranquilidad económica. Ni reformas ni revolución, pero tampoco inmovilidad. No conviene provocarse problemas por otros asuntos, aunque eso signifique discriminación contra los católicos en Inglaterra o la esclavitud de los negros en Estados Unidos. En suma, si las otras vertientes de la Ilustración brillan por sus realizaciones, esta brilla por su modo de realizarlas, con un mínimo de costo. Como observó Chaunu, a diferencia de Francia, Inglaterra no necesitó de una revolución para transformarse en un país moderno <sup>201</sup>.

El distanciamiento entre las distintas vertientes de la Ilustración abarcó un amplio espectro, desde las creencias y tradiciones, hasta las ciencias y la técnica. Sus repercusiones prácticas fueron inmensas. En especial porque coincidieron con la industrialización que, dentro de un plazo comparativamente breve, cambió radicalmente las condiciones generales de vida y la posición relativa de las potencias. Mientras Inglaterra y Francia tomaron la delantera, tras su independencia los Estados sucesores de las monarquías española y portuguesa, pasaron a ocupar un lugar de segunda y tercera categoría.

## RELACIÓN ESTADO-DERECHO

El Estado de derecho se halla en el centro de las tensiones desatadas por la Ilustración en Europa y en Iberoamérica. En estas condiciones sus variantes se multiplican. No es posible examinarlas una a una, sobre todo porque su gama es enormemente dispar. A tono con las directrices dominantes de la Ilustración, se perfilan diversas constituciones, una propia, como es la jurisdiccional, fundada en instituciones y vigente desde hacia siglos en Europa e Iberoamérica y también en Inglaterra, y otra cosmopolita, producto de la Ilustración, escrita, cuyos modelos son las de los Estados Unidos y Francia. El panorama de sus encuentros y desencuentros da para mucho.

---

<sup>200</sup> Nota 179.

<sup>201</sup> CHAUNU, Pierre, *Le grand déclassément*, París 1989.

Aquí sólo cabe apuntar que a lo largo de la Modernidad ilustrada se perfilan claramente tres grandes áreas, contrapuestas entre sí. Por un lado, los promotores de la constitución escrita, por otro, un núcleo de países con un Estado de derecho propio, como los europeos y los hispanoamericanos, que, por lo mismo, tuvieron las máximas dificultades para conciliar su constitución jurisdiccional con una constitución escrita. Por otro lado, una vasta y variada periferia, formada por pueblos de fuera de Europa y de Hispanoamérica, que no conocían el Estado de derecho y, por ende, tuvieron menos problemas para adoptar una constitución escrita.

Los grandes modelos fueron el *rule of law* inglés y el *règne de la loi* ilustrado. Mientras el *rule of law*, surge como ejemplo durante el siglo XIX, pero sucumbe en la década de 1920 frente a la avalancha de la legislación, el *règne de la loi*, reemplaza la primacía del derecho sobre el poder por una autolimitación del propio Estado, cuyo precio es la estatalización del derecho y cuyo resultado es un Estado totalitario, duro o blando.

Frente la capacidad de renovación de una constitución no escrita como la inglesa y a la tendencia absorbente de las constituciones escritas, el mundo hispánico es un caso aparte. Ofrece un ejemplo de sentido práctico en la protección a las personas y de resistencia –*hoyo negro*– frente a las construcciones y abstracciones del racionalismo europeo<sup>202</sup>. Pero su historia es accidentada. Parece descomponerse en tres actos: después de alcanzar un punto culminante en la segunda mitad del siglo XVIII, el Estado de derecho se sume en una crisis a lo largo del siglo XIX, de la que sólo hay a partir de la década de 1920 signos de recuperación.

En suma, la suerte del Estado de derecho bajo la Modernidad ilustrada, está ligada en último término a la relación entre Estado y derecho. Si el derecho se mantiene por encima del Estado, también lo está la protección a las personas y a sus bienes. Tal es el caso del Estado jurisdiccional hispánico o inglés, donde en la medida en que el derecho conserva esta primacía sobre el poder, sustenta otros múltiples poderes que se interponen entre gobernantes y gobernados. Por el contrario, en el *règne de la loi*, el Estado constitucional se sitúa derechamente por encima del derecho. No puede ser de otro modo, ya que, se basa en una contraposición entre Estado y sociedad civil *sine imperio*, que sólo puede imponerse y mantenerse por un Estado y por una ley que estén por encima del derecho. Bajo estas condiciones, sin poderes que se interpongan entre ellos y el Estado, a los gobernados no les queda más que la sumisión incondicional, cuya expresión más cabal es el Estado totalitario.

### **(I) Primera vertiente: Estado de derecho hispánico, apogeo, crisis y recuperación**

A lo largo de la Modernidad ilustrada el Estado derecho discurre en el mundo hispánico bajo el signo de una modernización impulsada desde arriba, una constante a lo largo de estas dos centurias. En el curso de ellas, cabe hablar de tres etapas apogeo bajo la monarquía ilustrada, descomposición de la monar-

<sup>202</sup> STEGER, nota 37.



quía múltiple y de sus Estados sucesores y al cabo de un siglo, recuperación con el *Estado novo*. En éste de apogeo, crisis y una de recuperación.

Movidos por las minorías ilustradas, los gobernantes se sintieron llamados a imponer desde arriba al grueso de los habitantes. La modernización Las reformas comprendieron desde educación popular, fomento económico, mejoramiento de las condiciones de vida, hasta todo un aparato administrativo, de oficinas, instituciones, obras públicas, sin olvidar el derecho escrito, que se sistematizó en códigos y constituciones. Se trata de transformaciones de largo alcance que se llevaron a cabo en momentos y bajo condiciones muy dispares.

## APOGEO DEL ESTADO DE DERECHO: JUDICATURA Y ADMINISTRACIÓN

La primera etapa se abre bajo el impulso nacional de las monarquías ilustradas. Su empeño por resurgir y acortar la distancia que las separaba de las potencias más avanzadas, les lleva a ampliar la acción del Estado de Derecho. La renovación del mismo comprende dos directrices principales. Por una parte se ensanchan los fines del gobierno, más allá de los antiguos deberes del monarca, a la justicia se anade la policía o preocupación por la felicidad de los gobernados. Paralelamente, se potencia la protección de los vasallos frente a los abusos de gobierno.

La nueva imagen del rey gobernante de la Ilustración, promotor de la felicidad de sus vasallos, no elimina la imagen milenaria del *rey justiciero*, encargado de mantenerlos en paz y en justicia. Después de todo, exigencia primaria de su felicidad es el tranquilo disfrute de lo suyo. Dentro de esta línea, bajo la monarquía ilustrada asistimos a un perfeccionamiento de los antiguos medios de protección de las personas, en particular, frente a los posibles abusos de los agentes del poder, en estos tiempos de expansión del Estado<sup>203</sup>. Al efecto se los perfecciona y hace más eficaces, de acuerdo con las exigencias críticas de la razón. El Estado de derecho alcanza así su plenitud.

En rigor, estos cambios, no suponen una ruptura del Estado jurisdiccional, sino más bien su reforma. En virtud de ella se transforma en un Estado modernizador, que no es sino una versión corregida y ampliada del anterior. La clave del mismo es una administración estatal, compuesta por oficinas, cuyo personal, en lugar de desempeñarse según su leal saber y entender, al modo de los antiguos oficiales, dotados de competencia propia, se desempeña bajo la dirección y subordinación disciplinaria de un jefe, quien, a su vez, depende en últi-

---

<sup>203</sup> *Instrucción para substanciación de causas criminales del presidente Ambrosio O'Higgins*, Santiago 26 agosto 1796, fundada, entre otras cosas en «la proveída y paternal atención que le merecen al soberano hasta los más desvalidos de sus vasallos» Texto en CORVALÁN Jorge y CASTILLO, Vicente, *Derecho procesal indiano*. Santiago. 1951, 413 y ss. BRAVO LIRA, nota 73.

mo término de un secretario o ministro del ramo respectivo<sup>204</sup>. Puntales de esta nueva administración fueron los ministerios e intendencias.

Estas transformaciones del Estado se llevaron a cabo, paralelamente, en los dos niveles de la monarquía múltiple: el gobierno de toda monarquía y el de cada uno de los reinos que la componían. De esta manera en ambos se reemplazó, el antiguo gobierno por consejo por el nuevo gobierno por ministerios. Al respecto, se ampliaron los poderes y medios de acción del presidente. Apareció así la figura del presidente gobernante, que une al mando político y militar, un conjunto de oficinas bajo su dependencia. De esta manera, el gobierno por consejo, que tenía por meta el acierto y por cometido primordial dirigir al bien común, dejó paso al gobierno por ministerio, cuya meta es la eficacia y cuya misión consiste en transformar las condiciones de vida de la población<sup>205</sup>. Todo lo cual persiste hasta ahora en los Estados sucesores, de cuya constitución la Administración es hasta ahora la parte más sólida e indiscutida por encima de todas las variaciones de las constituciones escritas de los siglos XIX y XX.

## BINOMIO AUDIENCIA-PRESIDENTE

No menos relevante es la otra cara de esta transformación del Estado. Junto con la formación de la administración se fortaleció frente a ella la judicatura. Al mismo tiempo que se potenció el papel del presidente, se reforzó el de la audiencia como garante del derecho. Lo cual no pudo menos que extender y dar mayor eficacia al dualismo gobierno-audiencia y la protección de los gobernados contra los abusos de poder, clave del Estado jurisdiccional.

Ante todo, se instituyó en 1776 un regente de ella, encargado de velar por la efectividad de las apelaciones contra actos de gobierno. Con ello se consiguió hacerlas operantes en Perú y en México, donde hasta entonces, no lo habían sido demasiado. Puede decirse que de esta forma, el régimen virreinal llega a su apogeo<sup>206</sup>. Concilia la eficacia del gobierno con la protección judicial de los gobernados, lo que constituye la clave de un Estado de derecho.

<sup>204</sup> ESCUDERO, José Antonio, *Los secretarios de Estado y del Despacho*, 4 vols., Madrid 1969. El mismo, *Los orígenes del Consejo de Ministros en España. La Junta Suprema de Estado*, 2 vols. Madrid 1979. MARILUZ URQUIJO, José María, *Orígenes de la burocracia rioplatense. La secretaria del virreinato*, Buenos Aires, 1974. El mismo, *El agente de la administración pública en Indias*, Buenos Aires, 1998. BRAVO LIRA, Oficio... nota 6. El mismo, *Historia de las Instituciones...*, nota 8. WEHLING, Arno y WHELING, María José, *Administração portuguesa no Brasil de Pombal a D. João, 1777-1808*, Brasília, 1986. Los mismos, nota 87. ARNOLD, Linda, *Beaurocraty and Beauocrats in Mexico City, 1742-1835*, Arizona, 1988, trad. castellana México 1991. SOLÍS DE OVANDO, Joaquín, «La secretaria de gobernación en Chile, orígenes y organización institucional», en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 18, Santiago 1999-2000.

<sup>205</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. «Del Estado modernizador al Estado subsidiario. Trayectoria institucional de Chile 1891-1995», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1995.

<sup>206</sup> SÁNCHEZ BELLA, nota 110. Las audiencias y el gobierno de las Indias (siglos XVI y XVII) en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 2, 1977, ahora en su *Derecho indiano*, nota 8. BRAVO LIRA, Bernardino, «Protección jurídica de los gobernados frente a los gobernantes en el

Con el regente se dio un paso más en la separación entre Judicatura y Gobierno. El Presidente mantuvo el título de tal, pero la dirección de los trabajos de la Audiencias recayó sobre el nuevo magistrado. En sus instrucciones se consultan medidas muy concretas: «tomará razón semanalmente o con menor dilación, si le pareciere, de los presos que hubiere en la cárcel por orden del virrey o presidente; y no siendo de los que notoriamente gozan el fuero militar, no se les rematará a presidio ni otra pena corporal por vía de providencia, pues deberá recoger los autos del gobierno y pasarlos a la sala del crimen para su reconocimiento y aprobación, según su naturaleza y lo que exija la justicia; y cuando no se aprueben por la sala las determinaciones del virrey o presidente, se lo manifestarán al regente a fin de que las moderen o revoquen»<sup>207</sup>.

Principalísimamente se encarga al regente velar por la eficacia de la apelación a la Audiencia contra los actos del gobierno «apartando cualquier motivo de temor que intimide a las partes para dejar de seguir su derecho»<sup>208</sup>. Esta preocupación por hacer accesible el recurso a cualquier agraviado por el gobierno, dio motivo a varias otras disposiciones en 1778, 1782, 1788, 1797 y 1806<sup>209</sup>. Con notoria prolijidad se afina en las tres décadas siguientes este recurso. Al efecto se distingue entre materias de gobierno y de justicia. En 1778 se prohibió al virrey o gobernador someter al voto consultivo de la Audiencia, asuntos que podían ser objeto de apelación ante ella. Sin duda se quería prevenir posibles recusaciones contra sus ministros. Pero la medida perjudicó el otro papel de la Audiencia como cuerpo consultivo. En consecuencia, se la dejó sin efecto en 1782, no sin aclarar que los ministros no se inhabilitarían por sus dictámenes para conocer las apelaciones que interpusieren las partes<sup>210</sup>.

Por real cédula de 1788 se aprobó la práctica, introducida desde antigua data, de solicitar la venia al virrey o presidente, antes de apelar contra actos de gobierno. Oído su asesor, éste solía denegarla cuando aparecía manifiestamente improcedente y no tenía otro objeto que dilatar el cumplimiento de lo resuelto. Pero, en 1797 la dejó sin efecto y restituyó a los agraviados la facultad de ocurrir directamente a la Audiencia<sup>211</sup>.

Finalmente en 1806 se intenta compaginar la agilidad que requieren los actos de gobierno con la protección a los vasallos. Al efecto se establece que, en caso de duda acerca de si un asunto es de gobierno o de justicia, corresponde al presidente decidir. Si lo declara de justicia, cabe apelación inmediatamente.

---

Nuevo Mundo 1492-1992. Del absolutismo al constitucionalismo» en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 16, Santiago, 1991. El mismo, nota 53. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, «La fiscalización de los actos de gobierno en la época india y su desaparición durante la república», en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos* 15, 1992-1993.

<sup>207</sup> *Real instrucción 20 junio 1776*, 28. Texto ed. SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *Revista Chilena de Historia del Derecho* 3 (Santiago) 1964; BRAVO LIRA, Bernardino, *Historia de las instituciones...*, nota 8. El mismo, nota 206.

<sup>208</sup> *Ibid.*, 41.

<sup>209</sup> *Reales cédulas* 29 agosto 1778, 23 diciembre 1782, 19 mayo 1788, 1797 y 29 agosto 1806. MUÑOZ FELIÚ, nota 88, esp. p. 105 y ss.

<sup>210</sup> *Real cédula*, 28 agosto 1778 y 23 diciembre de 1782. MUÑOZ FELIÚ, nota 88.

<sup>211</sup> *Real cédula*, 19 de mayo de 1788. MUÑOZ FELIÚ, nota 88.

Si lo declara de gobierno, no caben apelaciones de momento, pero sí desde que se adopte providencia definitiva o equivalente a definitiva. O sea, no se puede apelar en el curso de la tramitación el asunto, sino una vez que interviene resolución definitiva. Así pues, ni siquiera en materia de gobierno está excluida la apelación<sup>212</sup>.

## PROTECCIÓN A LAS PERSONAS Y BIENES: EFICACIA PRÁCTICA

Dentro de la protección general a sus vasallos, el rey presta especialísima atención a dos puntos, libertad personal y juicio previo, cuyos antecedentes, al menos legales, se remontan al reino hispano-visigodo. Por real cédula de 1775 se mandó que «se arreglen las leyes en la formación de procesos criminales y no se cometan atentados de prender y sentenciar a ningún vasallo sin formar autos y oírle»<sup>213</sup>. Las consecuencias de esta orden fueron múltiples.

En Chile se redactaron en 1778 una *Instrucción para la substanciación de las causas criminales*, que constituye un anticipo de la codificación del procedimiento penal y unas *Instrucciones para el alcaide de la cárcel de Santiago*, que le prohibió recibir en ella a preso alguno ni siquiera esclavo sin orden de autoridad competente<sup>214</sup>.

Por lo que toca al honor, a fin de proteger la fama de las personas, se pena la impresión de papeles sin informe de los tribunales<sup>215</sup>. Se regula, también, la constitución de asociaciones, como cofradías, hermandades y corporaciones<sup>216</sup>.

La solicitud real se extiende hasta los últimos entre sus vasallos, los esclavos. Por real cédula de 1789, llamada *código carolino*, se manda a sus amos cuidar de su instrucción y atención religiosa, proporcionarles «los alimentos y vestuario que comúnmente usan los jornaleros y trabajadores libres», hacer trabajar sólo a los mayores de 17 años y menores de 60, en labores compatibles con su edad, sexo y robustez, determinadas horas por día, salvo domingos y festivos y castigarlos moderadamente. La injuria, herida o muerte del esclavo se pena igual que contra la persona de estado libre<sup>217</sup>. Estas medidas de protección son operantes y confirman a los esclavos aspectos que ni siquiera se pro-

<sup>212</sup> *Real cédula*, 29 de agosto de 1806. MUÑOZ FELIÚ, nota 88.

<sup>213</sup> *Real cédula 19 febrero 1775*. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *La organización política argentina en el período indiano*, Buenos Aires 1959, cito 3ª. ed. 1967, 27.

<sup>214</sup> Ambas en CORVALÁN Y CASTILLO, nota 202.

<sup>215</sup> *Real cédula* 10 octubre 1792. Texto en *Archivo Nacional* (Chile) Real Audiencia, vol. 3.124 pza. 17 fs. 147.

<sup>216</sup> *Real cédula* 8 marzo 1791. Texto en *Archivo Nacional* (Chile) Capitanía General 740 fs. 55

<sup>217</sup> *Real Cédula* de 31 mayo 1789, en MATRAYA Y RICCI, Juan Joseph, *El Moralista Filalético Americano*, vol. 1, Lima, 1819; y en LEVAGGI, Abelardo, «La condición jurídica del esclavo en la época hispánica» en *Revista de Historia del Derecho* 1, Buenos Aires 1973. LUCENA SALMORAL, Manuel, *Los códigos negros de la América española*, Universidad de Alcalá 1996.

meten a los ciudadanos en la modesta *Declaración de derechos del hombre*, aprobada con gran alborozo en Francia unos meses después<sup>218</sup>.

A uno y otro lado del Atlántico la doctrina se mantiene dentro de esta misma línea de protección concreta. Antes y después del surgimiento del *règne de la loi* y de las constituciones escritas, desde Feijóo hasta Bello los autores son unánimes al respecto. Algunos hablan de constitución política, al igual que De Lolme y otros, pero sin pensar que pueda ser escrita. Tal es el caso de los españoles Jovellanos y Villava, los portugueses Mello Freire y Ribeiro dos Santos y los americanos, Miranda y Mier.

Asimismo hablan de bienes y no de derechos y concretamente, de honor, vida y hacienda. Feijóo (1676-1764) presenta estos tres bienes como frutos de la paz, más bien que como derechos<sup>219</sup>. León de Arroyal (1775-1813) en cambio, al finalizar el siglo XVIII, se levanta contra la convicción popular de que «el rey es señor de la vida, las haciendas y el honor»<sup>220</sup>. De su lado, Jovellanos (1774-1811) introduce una variante al afirmar que «los bienes naturales se pueden reducir a cuatro objetos: la vida, la fama, la hacienda y el placer»<sup>221</sup>.

## EL ESTADO MODERNIZADOR

Esta transformación de los fines y de las instituciones del Estado fue duradera. Abrió paso a una orientación absorbente que persistió hasta el ocaso de la Ilustración y el ideal modernizador en el siglo XX.

Junto con fortalecerse el poder estatal dieron comienzo a una progresiva expropiación de los otros poderes, el de la Iglesia y los inferiores. Se inició así la concentración de la actividad política en el gobierno y la minoría ilustradas, preludio de la contraposición Estado-sociedad. La colaboración entre los dos poderes supremos, Estado e Iglesia, persistió, pero se buscó restringir el poder universal del Papa en los reinos de la monarquía<sup>222</sup>. Esta actitud es común a la Ilustración católica, desde Riegger y von Maritini en Viena, hasta Pereyra de Figueredo y Mello Freire en Portugal, Campomanes y Floridablanca en España y numerosos hispanoamericanos, como Justo Donoso y Francisco de Paula Vigil. Este regalismo sobrevivió largamente en los Estados sucesores de ambas monarquías, en los que imprimió un sello propio a las constituciones escritas, desconocido en las anteriores de Francia y los Estados Unidos<sup>223</sup>.

<sup>218</sup> Cfr. *Déclaration*, nota 24.

<sup>219</sup> FEIJÓO, Benito Jerónimo, *Cartas eruditas y curiosas*, vols.; Madrid. 1769-70, 3, Dedicatoria al rey.

<sup>220</sup> ARROYAL, León de, *Cartas político-económicas al Conde de Lerena*, Madrid, 1878, 221-22. Hay ed. Antonio ELORZA, Madrid. 1968.

<sup>221</sup> JOVELLANOS, Gaspar Melchor de, «Memoria sobre educación pública...» en Rivadeneira (editor) *Biblioteca de Autores españoles*, vol. 46, 230 y ss., loc. cit. en 263.

<sup>222</sup> SÁNCHEZ BELLA, nota 110. DE LA HERA, nota 11.

<sup>223</sup> GÓNGORA, nota 196. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, «Regalismo y universidades en el Perú del siglo XIX» en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23, Valparaíso 2001. MERELLO, Arecco, «El derecho de preentación en un canonista chileno del siglo XIX: Justo Donoso Vivanco» *Ibíd.*

Por otra parte el reverso de la política reformadora fue la resistencia que despertó en diversas partes, a veces con desusada violencia, como sucedió en Perú con Tupac Amaru, en el Alto Perú (Bolivia y en Nueva Granada (Colombia)<sup>224</sup>. En Chile el intento de implantar la recaudación directa de algunos impuestos despertó en 1772 gran resistencia. Entre otras cosas, se argumentó que el rey había tenido siempre en la hacienda de sus vasallos el recurso para hacer frente a las urgencias de la guerra contra los indios, sin que dichos vasallos hubieran sido entonces premiados por ello<sup>225</sup>.

No obstante, como lo muestran testimonios posteriores, la impresión general en los Estados sucesores de ambas monarquías fue sumamente positiva. Trancurridas más de dos décadas de su derrumbe, en Chile las figuras más destacadas coinciden en destacar su corrección y eficacia. Portales hace ver que «en España se ahorca al asesino y se ahorcaba en Chile cuando era colonia española, con las mismas leyes que hoy sirven para absolverlo o conmutarle la pena»<sup>226</sup>. El general Pinto, héroe de la independencia y dos veces presidente, anota en sus *Apuntes autobiográficos*: «los capitanes generales que conocí, todos, sin excepción eran hombres buenos, estimado y respetados por su probidad» y aclara que en el Chile de entonces, «nadie temía ser encarcelado ni expatriado por un abuso de autoridad»<sup>227</sup>. Bello, por su parte no oculta su admiración; «Hasta en las cosas materiales presenta algo de imperial y de romano la administración colonial de España. Al gobierno español debe todavía la América todo lo que tiene de grande y de espléndido en sus edificios públicos, Confesémoslo con vergüenza, apenas hemos podido conservar los que se erigieron bajo los virreyes y capitanes generales y téngase presente que para su construcción se erogaron con liberalidad las rentas de la corona y no se impusieron los pechos y trabajos forzados con que Roma agobiaba a sus provincias»<sup>228</sup>.

## CRISIS DEL ESTADO JURISDICCIONAL: LAS DOS CONSTITUCIONES

La crisis del Estado de derecho en el mundo hispánico, es sin duda la etapa más difícil de su historia, difícil para los pueblos y difícil para sus historiadores, demasiado agitada y demasiado larga. Se abrió bruscamente a principios del siglo XIX, con el desmembramiento de las monarquías múltiples a consecuencia de la invasión francesa de Portugal en 1807 y de España en 1808.

<sup>224</sup> Ver nota 44.

<sup>225</sup> SILVA VARGAS, Fernando, *La Contaduría Mayor de Cuentas del Reino de Chile en Estudios de las Instituciones Políticas y Sociales* 2, Santiago 1967.

<sup>226</sup> PORTALES, Diego, «Administración de justicia criminal», en *El Mercurio*, Valparaíso 17 de enero de 1832.

<sup>227</sup> PINTO, Francisco Antonio, «Apuntes autobiográficos del General Don ...», en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 17, Santiago 1941.

<sup>228</sup> BELLO, Andrés, «Investigaciones sobre la influencia de la conquista y del sistema colonial de los españoles en Chile» en *El Araucano*, Santiago, 8 y 15 de noviembre de 1844, ahora en sus *Obras completas*, 7.

Entre 1816-1826 las dos dejaron paso a una veintena de Estados sucesores, demasiado débiles y divididos entre sí, como para mantenerse entre las potencias mundiales. Este desenlace contrasta con la suerte de la monarquía austriaca, en el extremo opuesto de Europa, la cual, por el contrario, salió fortalecida y engrandecida del enfrentamiento con Francia. No sólo se mantuvo entre las grandes potencias por más de un siglo, hasta la guerra mundial 1914-1918, sino que llegó a ser un modelo de Estado de derecho multicultural y multinacional, al punto que actualmente se habla de ella como un anticipo de la Unión Europea del siglo XXI<sup>229</sup>.

La suerte de los Estados sucesores de las monarquías peninsulares fue completamente diferente. Según ha reconocido José María Portillo, lo peor no fue su desunión, sino la quiebra de la propia constitución<sup>230</sup>. Devorados por luchas intestinas, comenzaron a devorar sus propias instituciones. Opusieron a la multisecular constitución jurisdiccional, constituciones escritas de reciente factura, extrañas a su idiosincracia. Es decir, se comportaron como países nuevos, carentes de un modelo institucional propio y, por tanto, dependientes mentalmente de modelos extranjeros. Sin embargo, la realidad fue más fuerte. Estas constituciones escritas no consiguieron durar, en tanto que la jurisdiccional se resistió a morir.

Tal es el nudo de una crisis que, en líneas generales persiste hasta hoy. Desde entonces estos Estados se debaten entre dos constituciones, o, dicho de un modo más descarnado, viven bajo el desbordamiento de toda constitución, tanto de la jurisdiccional como de las escritas. Esta situación desembocó en una disociación permanente entre el país real de las instituciones y el país legal de las constituciones. Al respecto es significativo el hecho de que se hable de las dos Españas o de los dos Brasil<sup>231</sup>. La raíz de esta rivalidad es la antinomia apego-desapego, vale decir, pasión por lo propio e indiferencia frente a lo importado.

## DE LA LUCHA POR LA CONSTITUCIÓN A LA LUCHA POR EL PODER

Esta tensión, característica de los pueblos hispánicos, no se encuentran con la misma pasión en otras latitudes. Desde luego, cala más hondo que el plano teórico o institucional. Nadie lo comprendió mejor que Bello. Ya en la década

---

<sup>229</sup> WANDRUSZKA, nota 39,1 prólogo. BÉHAR, nota 39. SOSA WAGNER, FRANCISCO y SOSA MAYOR, IGOR, *El Estado fragmentado. Modelo austro-húngaro y brote de naciones en España*, Madrid 2006.

<sup>230</sup> PORTILLO VALDÉS, JOSÉ MARÍA, *Crisis atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispana*, Madrid 2006.

<sup>231</sup> Este lenguaje se emplea también en Italia, Francia y otros países europeos del siglo XIX. En el mundo hispánico hablan de las dos Españas en el siglo XIX, BALMES y DONOSO CORTÉS, y en el XX, BLASCO IBÁÑEZ y ORTEGA Y GASSET, así como el portugués FIGUEREIDO, FIDELINO, *Las dos Españas*, Santiago 1936. Cfr. CACHO VIU, VICENTE, «La imagen de las dos Españas» en *Revista de Occidente* 60, Madrid 1986. De los dos Brasiles habla MACIEL DE BARROS, R. S. *Directizes e bases da educação nacional*, Sao Paulo 1960. Posteriormente hacen suya la expresión historiadores como GARCÍA ESCUDERO, JOSÉ MARÍA, en las últimas ediciones de su obra *Historia política de las dos Españas*, 4 vols. Madrid 1976 y JULIÁ, SANTOS, *Historia de las Españas*, Madrid 2004.

de 1830, advirtió que esta toma de posición frente a las dos constituciones lejos de ser pasajera era algo vital, ligado al ser y al modo de ser de estos pueblos. Lejos de ser cuestión de gustos o de opiniones, responde a algo más profundo. Conforme a este sentir, media un abismo entre disponer de lo propio, conforme a la constitución jurisdiccional y meterse en lo ajeno –por la vía de una participación en el gobierno– conforme a las constituciones escritas.

Bello, siempre mesurado, no vacila en calificar esta distancia de infinita: «Los pueblos son menos celosos de la conservación de su libertad política que de la de sus derechos civiles: los fueros que los habilitan para tomar parte en los negocios públicos, les son infinitamente menos importantes que los que aseguran su persona y sus propiedades». «Cualquier obstáculo, pues, que impida el ejercicio de nuestra libertad civil, cualquier ultraje a ella nos son infinitamente menos llevaderos que las trabas con que se encadene nuestra libertad política; y las leyes protectoras de aquéllas producen un bien a que damos mil veces más valor que al que resulta de las que protegen a la segunda»<sup>232</sup>.

Esta es, a su juicio, la clave del problema. El conflicto entre las dos constituciones responde a una postura vital, que se traduce en apego-desapego. Entre los hispanos, las preferencias van del lado de los bienes de las personas y no de las constituciones escritas y su andamiaje institucional. Por eso, bajo las constituciones escritas, desaparece la lucha masiva y efectiva de la población a favor de la jurisprudencial, al grito *viva el rey, muera el mal gobierno* y aparece una lucha por el poder entre las distintos sectores de la oligarquía. Un paso más en el análisis, es comprobar que, salvo algunas individualidades, estos pueblos carecen del más mínimo sentido cívico, entendido al modo usual allende los Pirineos. Ni defienden ni respaldan como cosa propia el aparato institucional de la constitución escrita, los gobiernos elegidos, los parlamentos o el sufragio. En esto radica cabalmente la gran diferencia entre las dos constituciones.

Nada deja ver mejor la hondura de la crisis del Estado modernizador que este vuelco. Por tener su raíz en el sentir hispánico, la crisis se vuelve tan inamovible como él. Casi dos siglos han transcurrido y su actitud frente a las dos constituciones no parece haber cambiado mucho. Las encuestas confirman una y otra vez su desapego frente al andamiaje de las constituciones escritas. En cambio, tanto su pasión por los bienes de la persona como su indiferencia frente a los derechos individuales siguen intactas. Lo mismo vale para su inclinación al gobierno y su indiferencia respecto al parlamento y para su apego a la disposición de lo propio frente a su indiferencia por las elecciones y todo lo que sea ir a meterse en lo ajeno. Por lo que toca a los partidos políticos, algunos como Leal, estiman que su rechazo se ha vuelto irremediable<sup>233</sup>. Si hay una constante es la poca importancia que se da a los deberes cívicos, desde participar en las elecciones hasta participar en el gobierno, todo lo cual se abandona sin más, como cosa ajena, a una *Nomenklatura* partidista.

<sup>232</sup> BELLO, nota 27.

<sup>233</sup> LEAL, nota 28.



## DESGOBIERNO Y ANARQUÍA

La fase de resurgimiento de ambas monarquías y de apogeo del Estado modernizador se cerró en 1808. Se abrió, en cambio, una etapa en la que nada tuvo duración ni estabilidad ni los gobiernos, fueran civiles o militares, constitucionales o dictatoriales, cuya permanencia se tornó eminentemente precaria; ni las constituciones escritas, que se desecharon una tras otra; ni tampoco la legitimación *a posteriori* de los cambios políticos violentos o irregulares, mediante constituciones o elecciones, que, bastaba otra elección más u otra constitución para anular; ni en fin, la seguridad de las personas y los bienes que quedaron a merced de los vaivenes de los gobiernos y los partidos. No sin deconcierto se habla al respecto de *anarquía hispanoamericana*, pero en rigor, este espectáculo es común a los países hispánicos de uno y otro lado de Atlántico, como lo muestran los pronunciamientos –veinticinco sólo en Portugal entre 1860 y 1926– y las dictaduras o *dictablandas* en la España y el Portugal de los siglos XIX y XX.

El curso histórico de la crisis está por reconstruir. No es fácil hacerlo. Se entrecruzan múltiples factores. En todo caso, cabe examinar las alteraciones que por efecto suyo experimenta el Estado modernizador. Son fundamentalmente ajustes y reajustes de orden institucional que se producen a partir de 1808. Al respecto pueden distinguirse diversos niveles. En primer término, tenemos un núcleo duro del Estado modernizador, de origen borbónico, constituido por las oficinas, los ministerios, las intendencias y en general el gobierno por ministerios que no solo sobrevivió, sino que pasó a ser su parte más sólida y duradera. Ligado al núcleo duro está la pluralidad de poderes, dos supremos y otros menores, que se resiste a desaparecer. En tercer lugar, el epicentro de la crisis puede localizarse en la desaparición de la monarquía y el estallido de la lucha por el poder en el seno de la oligarquía. Con ello se hunde el régimen de gobierno y el binomio Audiencia-Presidente deja paso a la monocracia.

A partir de entonces todo fue diferente. Al favor de la crisis, se impusieron la oligarquía y la monocracia. El Estado modernizador subsistió, pero dentro de este nuevo marco: sin régimen de gobierno, que hasta ahora ni ha podido ser reemplazado, salvo algún caso, y bajo una monocracia, que se impuso de hecho y termina por convertirse en una segunda naturaleza. En estas condiciones, Estado modernizador apeló a la monocracia, sostenida por los ministerios e intendencias y a la Iglesia para enfrentar la lucha de la oligarquía por el poder. En medio de la inestabilidad reinante, la seguridad y la protección a las personas llevaron la peor parte. Una constante a lo largo de la crisis, son los intentos de implantar en estos países constituciones escritas, al modo de Francia y de los Estados Unidos.

## MONARCA Y ESTADO

La crisis tuvo su punto de partida en el cautiverio de Fernando VII. Este hecho desencadenó una reacción de fidelidad en toda la monarquía. No obstante,

provocó una ruptura del vínculo entre el Príncipe y el Estado, que nunca más volvió a restablecerse. El Estado del Príncipe se transformó en un Estado-institución, del cual el monarca pasó a ser nada más que una parte, importante, pero parte al fin. En adelante el rey por la gracia de Dios, situado por encima del Estado, como titular único e indiscutido del poder, dejó paso a un modesto jefe del poder ejecutivo, hereditario o temporal, sin más poderes que los que se les reconozcan como tal<sup>234</sup>.

La única excepción fue Brasil, donde el emperador Pedro I, atajó este *capitis deminutio*. Además del poder ejecutivo, se le declaró oficialmente como garante del régimen instituido. Al efecto se le reconoció un poder moderador y la calidad de jefe supremo de la nación, que pronto se atribuyó también al Presidente en Chile, quien la retuvo hasta 1980, y medio siglo después al de Argentina, quien la mantiene hasta hoy.

Sin un monarca que, la mantuviera fuera del alcance de los poderosos, la constitución jurisdiccional se desajustó, como una orquesta sin director. No hubo nadie que se interpusiera entre los poderosos y los débiles, como a menudo debió hacerlo la monarquía en América, ni tampoco nadie que hiciera valer los fines supremos y permanentes del Estado frente a la oligarquía gobernante. En una palabra, no hubo nadie que velara por la unidad de fines y de medios de acción del Estado<sup>235</sup>.

## FIN DEL RÉGIMEN DE GOBIERNO

Primera manifestación de este vacío fue el hundimiento del régimen de gobierno imperante hasta 1808. Abruptamente llegaron a su fin tres siglos durante los cuales estos pueblos se habían acostumbrado, a que sus gobernantes se sucedieran y se desempeñaran ordenadamente en el poder, conforme al *si recte facias*. En adelante, esto ya no se volvió a ver, más que por excepción. Antes bien todo se hizo *de facto*, al compás de la lucha por el poder entre las distintas facciones de la oligarquía.

Todo el mundo hispánico se sumió en el desgobierno y la anarquía, de los que ha costado salir. De hecho, de ninguno de los Estados sucesores de las dos monarquías puede decirse que en estos doscientos años haya vuelto a tener un régimen de gobierno, cuyos hombres estén acostumbrados a sucederse orde-

<sup>234</sup> MARTIRÉ, Eduardo, 1808. *Ensayo histórico-jurídico sobre la clave de la emancipación hispanoamericana*, Buenos Aires, 2001. *Constituição política do imperio do Brasil 1824*, art. 103. BUENO, José Antonio Pimenta, *Direito Público brasileiro do Imperio*, Río de Janeiro 1857. En Chile, *Constitución de 1833*, art. 80 y *Constitución política de 1925*. *Constitución de Argentina de 1860*, art.86, 1. BRAVO LIRA, nota 187.

<sup>235</sup> Sobre la monarquía y su propiedad de sustraer el poder a manos de los poderosos, BERNATZIK, Edmund *Republik und Monarchie*, Tubinga 1919. FARCASANU, Mihail, *Ueber die geistesgeschichtliche Entwicklung der Monarchie*, Wuerzburg 1938. DREITZEL, Horst, *Monarchiebegiffe in der Fuerstengesellschaft*, 3 vols. Colonia-Weimar-Viena 1991. KIRSCH, Martin, *Monarchie und Parlament im 19 Jahrhundert* Gotinga 1999.

nadamente en el mando y a ejercerlo en forma regular y previsible. Salvo dos o tres excepciones, todos los conatos abortaron a poco andar. No subsistieron siquiera medio siglo, lo mínimo que cabría esperar si se habla de régimen<sup>236</sup>.

Las excepciones corresponden al *Scheinkontitutionalismus*. En primer término a la monarquía en Brasil, Su constitución que rigió desde 1824 hasta 1889, fue la primera que duró más de medio siglo en el mundo hispánico y su parlamento, que sesionó normalmente desde 1826 hasta el fin del imperio en 1889, fue también un caso único. Otra excepción fue la república de Chile. Su constitución de 1833 rigió hasta 1925 y su parlamento sesionó regularmente desde 1830 hasta 1925. Entonces había llegado a ser el más antiguo del mundo en funciones después del inglés y del estadounidense. Un tercer caso fue el de Argentina que mantuvo desde 1861 hasta 1930 una constitución y un parlamento vigentes.

En general las oligarquías, tanto en América como en la Península, permanecieron fieles al ideal modernizador de las monarquías reformadoras. Utilizaron y ampliaron el Estado de oficinas para llevarlo adelante. Por eso, sobrevivieron sus instituciones, aun en medio del desgobierno. Pero en manos de la minoría dirigente, el Estado modernizador perdió empuje y eficacia. Cambió de signo. Se demolieron poco a poco los fines del Estado y se los reemplazó por fines partidistas. La trilogía Dios-rey-patria se disolvió en la disputa entre confesionalidad y aconfesionalidad del Estado, gobierno nacional y gobierno de partido, ley o contrato como reguladores de las relaciones económico sociales.

El Estado y sus instituciones se transformaron más temprano o más tarde en botín e instrumento de los bandos y partidos. Este gradual deslizamiento, no pudo menos que erosionar los cimientos de la constitución jurisdiccional. La modernización se vio frenada por la inestabilidad de los gobiernos, que hizo imposible toda política de largo alcance, y por su subordinación a los intereses de la oligarquía, cuya posición dominante se cuidó de no comprometer. Esto dio lugar a una forma de modernización tradicional, como se la ha llamado, moderada por esa preocupación de no afectar a los dueños del poder. Este deterioro del Estado resultó tanto o más notorio, cuanto que coincidió con un aumento de la distancia entre los países hispánicos y las potencias industrializadas<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> Sobre la distinción entre régimen de gobierno, gobierno y desgobierno, esp. BRAVO LIRA, Bernardino: *Gobierno y régimen de gobierno en Chile. De Portales a Pinochet*, Santiago 1985. El mismo, «Constantes y variantes en el régimen de gobierno de Chile (1790-1990)». Del advenimiento de Carlos IV a la ascensión de Aylwin, en *Revista de Derecho Público* 50, Santiago 1991.

<sup>237</sup> Acerca de la industrialización en Inglaterra y Francia, hay una bibliografía abundante y dispar. BAÏROCH, Paul, *Révolution industrielle et sous-développements*. París, 1963, trad. castellana, México 1967, esp. Anexo histórico 231 s.s. Para los países hispánicos y centroeuropeos, una aproximación, BRAVO LIRA, Bernardino, «América en la Historia mundial. Su lugar en el mundo moderno unificado bajo la preponderancia europea» en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 100, Santiago 1989.

## QUIEBRA DE LA CONSTITUCIÓN JURISDICCIONAL

Sin embargo, la quiebra de la constitución jurisdiccional no provino de este desajuste originado por las oligarquías, sino de la ruptura del binomio Audiencia-Presidente. En la península permaneció en cierto modo velada porque el monarca se mantuvo como jefe de Estado, en América, en cambio, quedó a la vista el choque entre las dos constituciones. Se suprimió el papel de la Audiencia como garante del derecho, a través de su doble competencia, desconocida en Europa y en los Estados Unidos, a saber, consultiva en materias de gobierno y protectora de los gobernados. Desde entonces la Judicatura quedó confinada a las materias civiles y criminales, lo que concuerda con teoría ilustrada de la separación de poderes.

Ahora bien esta ruptura tuvo efectos inesperados. No sólo trastornó la constitución jurisdiccional, tanto en lo que toca al gobierno y como a los gobernados, sino que abrió en estos países un vacío institucional que fue llenado por la monocracia presidencial. En efecto, bastó con que se impidiera a la Judicatura interponerse entre unos y otros, para que los gobernados quedaron indefensos frente al presidente y el presidente libre de toda limitación judicial y consultiva.

A partir de entonces, desapareció la posibilidad de contrapesar el aumento de poderes del presidente, como se había hecho en el apogeo del Estado modernizador, con el fortalecimiento de la protección judicial de los gobernados contra abusos de gobierno. Por el contrario a la transformación del presidente gobernante en monocrático correspondió un debilitamiento y desaparición de los recursos judiciales contra actos de gobierno. Ésta pasó a ser una constante a lo largo de los dos siglos de crisis del Estado modernizador.

La realidad fue más fuerte que las teorías. Eliminada la dualidad audiencia-presidente, la figura del presidente monocrático se impuso por sí misma. Como tal, no tardó en convertirse en el único contrapeso capaz de hacer valer los intereses del Estado, en medio de la lucha por el poder, entre los diversos sectores de la oligarquía. En estas condiciones, respaldado por la administración subordinada a él —ministerios, intendencias y oficinas—, pasó a ser el elemento más estable dentro del Estado modernizador. Lo que le permitió presentarse como el guardián del orden. Desligado de toda limitación judicial o consultiva, como la que antes ejercía la audiencia, nadie pudo disputarle esta preeminencia, ni los partidos políticos, ni menos parlamentos de vida intermitente, como los de éstos países. El presidente gobernante de la Ilustración, acabó por transformarse en un presidente monocrático.

## MONOCRACIA HISPÁNICA

Pero su perfil cambió. Además de la apelación en contra de actos de gobierno se suprimió el juicio de residencia<sup>238</sup>. Eliminado el papel de la Judicatura

---

<sup>238</sup> MARILUZ, nota 86. MARTÍNEZ BAEZA, Sergio, «La residencia en el derecho patrio chileno», en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 4, Santiago 1965. BRAVO LIRA, nota 150. BARRIENTOS, nota 150.

como garante del derecho, el presidente se acostumbró a sentirse cada vez menos sujeto a un derecho anterior y superior a él mismo. Derivó de hecho hacia la monocracia. Ejerció el poder sin consulta ni recurso en contra de sus actos. Es decir dejó de ser un gobernante reglado y se transformó en monocrático. Surgido de hecho, al margen de una y otra constitución, como alternativa frente a la anarquía y al desgobierno, tuvo como razón de ser atajar el desorden, lo que según los casos equivale a restablecerlo o salvarlo o mantenerlo.

Antes que mantener el derecho, *–si recte facias*, como en el Estado jurisdiccional– o que promover la felicidad pública o policia, como en el Estado modernizador, su papel primordial consistió en mantener el orden público, *salus reipublicae suprema lex*. Al respecto, la constitución de Cádiz es muy elocuente. Dice del rey y lo repiten otras constituciones del presidente, que «su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la constitución y las leyes»<sup>239</sup>. De ahí que el gobernante monocrático de hecho no esté atado por las leyes ni por la constitución escrita. Como responsable del orden, está por encima de ellas. Lo que, naturalmente, no obsta para que se sujete a un derecho más alto, supraestatal, como aquel que refleja el milenario *si recte facias* isidoriano, tantos siglos anterior al nacimiento del Estado y la ley estatal.

## DE LA POLICÍA AL GOBIERNO

El orden pasa a constituir el primer cuidado del gobernante. Se habla de guardar el orden, lo que quiere decir ser responsable de él. Esta misión pasa ser una para el Estado jurisdiccional y de la felicidad para el Estado modernizador. No menos expresiva es la afirmación que se hace en Chile en 1857, de que «un gobierno fuerte es la única manera de afianzar el orden»<sup>240</sup>.

Continuador del virrey o presidente, gobernador-capitán general, el gobernante monocrático no ha podido ser substituído. Como, por otra parte, hasta ahora no encuentra contrapeso, tampoco ha tenido dificultad en persistir. Representa la primacía del país real de las instituciones frente al país legal de las constituciones escritas.

Como tal, mantuvo de hecho, sin problemas, el su poder legislador, que en el derecho indiano era parte y muy principal del gobierno. No fueron obstáculo para ello, las construcciones teóricas del constitucionalismo sobre la división de poderes. Frente a él, las constituciones escritas resultan impotentes. No faltan quienes las califican como diques de papel. Después de todo, si hay algo de lo que la monocracia no necesita para consolidarse, son leyes. Se impone de

---

<sup>239</sup> *Constitución de Cádiz*, art. 170, texto en SEVILLA, Andrés, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, 2 vol., Madrid 1969. Cfr. *Constitución de 1833 en Chile*, art. 81.

<sup>240</sup> Partido nacional, *Manifiesto político*, Santiago 1857, texto en FUENTES, Jordi y CORTEÉS, Lía, *Diccionario político de Chile (1810-1966)*, Santiago 1967, 341-342.

facto, sin contrapeso, como único soporte del gobierno y del Estado. Además, la erosión del Estado de derecho brinda al gobernante una coartada permanente para hacer valer el axioma romano *salus rei publicae suprema lex esto* y presentarse como salvador de la patria. Al respecto, no está demás, evocar la actuación del emperador Pedro I de Brasil frente a los constituyentes de 1823, que parece revivir un siglo después en la tradición uruguaya del golpe de Estado monocrático, dado por el propio presidente, según una práctica vigente desde 1930<sup>241</sup>.

Extraconstitucional o extralegal no significa arbitrario. Tampoco se lo entiende así. Según lo deja en claro, por ejemplo Portales, el gobernante está siempre sujeto al derecho, aun en el caso de que pase por encima de la constitución y las leyes. El *si recte facias* no se agota en la legalidad. Por encima de ella hay un orden más alto que el promulgado por los gobernantes. Medio en broma medio en serio, escribe Portales, «con ley o sin ella, a esa señora que llaman á Constitución hay que violarla, cuando las circunstancias son extremas». La situación de excepción, puede eximir de atenerse al derecho legislado, pero no del ajustarse a un derecho superior, no escrito. En tal caso, prosigue Portales «la ley la hace uno, procediendo con honradez y sin espíritu de favor» Esto lo repite un siglo después, con todas sus letras, el presidente Ibáñez. La víspera de su elección como presidente de Chile, con una abrumadora votación, nunca alcanzada por un político de partido, no trepidó en decir ante las dos ramas del Congreso: «no omitiré sacrificios ... para mantener el orden, aunque al término de mi período, en vez de poder aclarar que me he ceñido estrictamente a las leyes, sólo pueda afirmar, repitiendo la frase histórica: *juro que he salvado a la república*»<sup>242</sup>.

Los testimonios podrían multiplicarse. Cuando el orden legal está en peligro o se encuentra en crisis, se apela para restablecerlo a otro superior. Lo que parece revivir el «Viva el rey, muera el mal gobierno». La misma actitud encuentra Jaime Reyes en su estudio sobre los gobiernos militares de Argentina y Chile en el siglo xx<sup>243</sup>.

## LOS OTROS PODERES

La pluralidad de poderes de la constitución jurisdiccional se mantuvo. Junto al poder del Estado, cuyo núcleo son los ministerios y las intendencias, también permaneció indiscutida la Iglesia, como el otro poder supremo. Al

<sup>241</sup> DE SOUSA, Octavio Tarquino, *A mentalidade da constituinte*. Río de Janeiro 1931. BRAVO LIRA, nota 187.

<sup>242</sup> PORTALES, Diego, Carta a Antonio Garfias, Valparaíso, 6 de diciembre de 1834, en DE LA CRUZ, Ernesto, *Epistolario de D. Diego Portales*, 3 vols., Santiago 1936-1937, 3, 378, la cita 379. GUZMÁN BRITO Alejandro, *Portales y el derecho*, Santiago 1988, 12 y ss. IBÁÑEZ, Carlos, Discurso de apertura de la legislatura, 21 de mayo de 1927, en Senado, *Boletín de sesiones ordinarias*, Santiago 1927.

<sup>243</sup> Sobre este grito, nota 44. REYES ALVAREZ, nota 17.

respecto las constituciones escritas se plegaron a jurisdiccional para confirmar la Iglesia como religión del Estado.

Este es un rasgo original del constitucionalismo hispánico, que se aparta del francés o del estadounidense. Deja de lado el modelo de Estado como único poder supremo y mantiene la dualidad, varias veces centenaria Estado-Iglesia. Es decir antepone este elemento propio a la división de poderes y a las garantías individuales de las constituciones escritas. En esto coinciden la constitución de Venezuela, de 1811 y la de Cádiz de 1812 que son las primeras, con las posteriores.

Junto al reconocimiento, los Estados sucesores de ambas monarquías invocan su calidad de tales para reclamar, cada uno en su territorio, el patronato sobre la Iglesia de que habían gozado los reyes de Portugal y Castilla. La Santa Sede rehusó a confirmárselo. Pero esta negativa no afectó ni la situación jurídica de la Iglesia ni la confesionalidad del Estado, que, en términos generales, persistió hasta el siglo XX, si bien bajo condiciones un tanto diferentes. No obstante, desde mediados del siglo XIX hubo en América casos de separación, como México, Guatemala y Brasil<sup>244</sup>.

Con todo, también es notorio en materia eclesiástica el contraste entre país real y país legal. El *status* de la Iglesia dentro del Estado fue sin duda el punto más conflictivo de la constitución jurisdiccional, porque afectaba las creencias de la población. Aquí también chocan el país real de las instituciones y el legal de las constituciones. Mientras una figura a como Bello afirma en 1842 que «la religión del Estado (es), la primera atención de todo buen gobierno» y declara en 1848: «miro la dotación de la Iglesia como una de las más urgentes necesidades del país, como la que propende más a la civilización y moral de los ciudadanos», otros aspiran a despojarla del *status* de que goza, reconocido por la constitución escrita<sup>245</sup>. De hecho en este campo se produjeron enfrentamientos entre facciones y luego entre partidos que, conmovieron y arrastraron a vastos sectores de la población a los que no llegaban las disputas partidistas. No sin razón se ha señalado que los partidos, surgidos en el seno de la oligarquía, lograron crecer y abrirse camino hacia los medios populares al favor de las luchas político-religiosas<sup>246</sup>.

Además de los poderes supremos, subsistieron también poderes menores. En ellos encontró el Estado una barrera en su deslizamiento hacia el legalismo y la nivelación desde arriba de la población. Ella le mantuvo muy lejos de los extremos totalitarios, prevalecientes en el *règne de la loi* y también en el *rule of law* durante el siglo XX.

---

<sup>244</sup> Por todos, MARTÍNEZ DE CODES, Rosa María, *La Iglesia católica en la América independiente*, Madrid 1992.

<sup>245</sup> BELLO, Andrés, *El Araucano* 596, Santiago 21 de enero de 1842, en su *Obras Completas*, 9, 321. El mismo *Sesiones del Senado*, 4 de agosto de 1848, ahora en LETELIER, Valentín (comp.), *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de la República de Chile de 1811 a 1845*, 37 vols. Santiago 1887-1908.

<sup>246</sup> Uno de los primeros en advertirlo fue EDWARDS, Alberto, *Bosquejo histórico de los partidos políticos chilenos*, Santiago, 1903, Mas detalladamente, El mismo, *La fronda aristocrática*, Santiago 1928.

Los cabildos o cámaras jugaron transitoriamente un papel novedoso en los primeros intentos de implantar una constitución escrita. Como no fue fácil introducir entonces formas de representación electoral, anónimas, en la práctica se las suplió por las de siempre, a través de los ayuntamientos. Tal fue el caso de la constitución imperial de Brasil, que tras una consulta a las cámaras, se la dió por aprobada, y se desistió de un plebiscito al modo napoleónico. Del mismo modo, en estos países, cada vez que se vino abajo el andamiaje de la constitución escrita y el gobierno constitucional, se volvió a los ayuntamientos para salir del impasse e instituir un nuevo gobierno.

Las cosas cambiaron más adelante, cuando se asentó la representación electoral. Entonces se desvaneció la jurisdicción propia de los poderes locales. Los pueblos fueron absorbidos por el pueblo mediante un cuerpo electoral unico. De esta manera quedaron destituidos de todo poder propio frente al Estado y al gobierno, que, como expresión de la nación entera, los absorbe y anula. En esta situación, los intentos de revitalizar municipios es fracasaron. El municipio se convirtió en una partícula del Estado y el poder local desapareció, al convertirse, a su vez en un apéndice del poder estatal.

## EL PARLAMENTO INALCANZABLE

Ninguna innovación del constitucionalismo encontró mayor indiferencia en el mundo hispánico que el parlamento o asamblea legislativa, como se lo denominó en Brasil. Inspirado vagamente el modelo inglés y sus imitaciones, para los constitucionalistas debía jugar un doble papel: concurrir a la dictación de las leyes y velar por la legalidad de la gestión del gobierno. En estos términos fue un acápite de rigor, del que se trata en primer lugar, antes de los otros dos poderes, ejecutivo y judicial, Tal vez, se procede así con la esperanza de que llegue a tener la misma preeminencia que el de Inglaterra. Pero esto no pasa de ser una construcción teórica. En el hecho, como apunta Sánchez Agesta, llevan una vida intermitente<sup>247</sup>. Históricamente en todo el mundo hispánico, desde 1811 y 1812 en que se reunieron los primeros a uno y otro lado del Atlántico, hasta 1930, apenas hubo tres que logran sesionar regularmente siquiera durante medio siglo. Ninguno subsiste actualmente<sup>248</sup>. Después, sólo uno sobrepasó la barrera del medio siglo.

En la práctica el ideal ilustrado de hacer del parlamento un contrapeso o limitación del gobierno y una protección de los gobernados no ha resultado. Parece impracticable. El poder no detiene al poder, como suponía Montesquieu. Aparte de que un parlamento fantasmal no está en condiciones de enfrentarse a un gobernante monocrático y un parlamento fuerte prefiere entenderse con él, puede respaldarle a fin de que el gobernante haga lo que de otro modo

<sup>247</sup> SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *La democracia en Iberoamérica*, Madrid 1987.

<sup>248</sup> BRAVO LIRA, nota 15. Con cuadros cronológicos, Observa que el parlamento es el talón de Aquiles del Estado constitucional en los países hispánicos.



estaría fuera de su alcance. Este poder legalizador de situaciones *de facto*, usado allende los Pirineos para imponer el totalitarismo, se ha empleado en el mundo hispánico con mucho mayor frecuencia y moderación, para dar patente legal a cosas menores, desde golpes de Estado, suspensión o abrogación de la constitución, gobiernos de facto.

En suma el parlamento es en estos países una institución artificial. Por cinco siglos aquí legislar fue parte, y muy principal, del gobierno. De hecho un parlamento juega un papel que poco tiene que ver con el ideado en el siglo XVIII por los creadores del *règne de la loi*. Forma parte del decorado constitucional, donde cumple el papel nada despreciable de servir de coartada al gobernante, que impide se le moteje de dictador, por ejercer el poder sin tener un parlamento a su lado. Por lo demás, ese es el papel que tienen en esta época en los Estados totalitarios, como la Unión soviética y sus satélites, donde se cuida escrupulosamente de reunir en forma periódica estas asambleas. En todo caso, lo más relevante es su labor de fiscalizar de los actos de gobierno. Pero, naturalmente dentro de ciertos límites, pues si entra en conflicto con el gobernante, corre el peligro de ser disuelto. Por eso, los parlamentos tienen que buscar una vía media entre un papel decorativo y ser clausurados.

## PODER Y RESPETO A LAS PERSONAS

La suerte del común de los habitantes cambió diametralmente en los Estados sucesores de ambas monarquías. En el papel se les aseguraron derechos y garantías, pero de hecho se les privó de los recursos judiciales que tenían hasta entonces para proteger sus personas y bienes, de suerte que en definitiva práctica quedaron indefensos frente al poder y a los poderosos.

Conforme a las doctrinas del constitucionalismo, se habló de ciudadanos en lugar de vasallos, lo que, de hecho, significó descomponer la comunidad política en un conjunto de individuos, iguales y con los mismos derechos. Vale decir que se hizo caso omiso de débiles y necesitados. Para la constitución escrita y los códigos no hubo diferencias. Todos los ciudadanos se consideraron como simples individuos, uno más dentro del conjunto y, por tanto, con los mismos derechos. Los códigos ni siquiera mencionan a los indígenas, que en algunos países eran un tercio o más de la población. Frente a ellos y en general a los más desvalidos, el Estado adoptó una posición neutral. No protegió a nadie. Abandonó la distinción entre poderosos y menesterosos, vale decir, *miserabiles personae* del *ius commune* y los abandonó a su suerte<sup>249</sup>.

---

<sup>249</sup> Sobre la aplicación de la noción de *miserabiles personae* en América indiana existe una vasta bibliografía. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, «El sistema político indiano», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 6, Buenos Aires 1954. BRAVO LIRA, Bernardino «Situación jurídica de las tierras y habitantes de América y Filipinas bajo la monarquía española» en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 11, Valparaíso, 1986, ahora en él mismo, nota 28. DUVE, Thomas «La condición jurídica del indio y su consideración como *persona miserabilis* en el derecho indiano», en Losano, Mario (ed.) *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e con-*

La protección de las personas cambió de signo. En lugar de favorecer a los más débiles los dejó en la indefensión frente al poder y los poderosos. Mientras los poderes y organizaciones menores declinan, se deja de lado la protección diferenciada por vía judicial de recursos, cuyo objeto era dar a cada uno lo suyo, como sucedía con regímenes privilegiados para la masa indígena y para otros sectores, y en cambio se opta por una protección igualitaria por una vía legal o constitucional, a través de las mismas garantías o derechos para todos. En otras palabras, se impuso a todos sin distinción el mismo estatuto jurídico. Se niveló hacia abajo. De esta manera, mientras se abandonan los recursos judiciales contra los abusos, se multiplican las declaraciones de derecho y las garantías constitucionales. Pero su eficacia es completamente diferente y también el interés que despiertan en el común de la gente.

Para colmo, junto con desencadenarse una oleada de abusos y atropellos nunca vistos, se suprimieron los medios de protección contra ellos, en especial la apelación contra actos de gobierno del presidente y los intendentes y los juicios de residencia, al término del desempeño de cargos públicos<sup>250</sup>. Al cabo de un tiempo, todos los recursos quedaron reducidos a uno, tomado de Inglaterra, el *habeas corpus*, que no tenía otro objeto que reclamar contra la prisión arbitraria.

El lenguaje mismo cambió y, con él, la eficacia de la protección de que habían gozado las personas bajo la monarquía. Todo los medios que se había forjado en siglos de lucha por hacer efectivo su respeto por el poder y los poderosos, quedaron arrinconados. En su lugar se acudió a modelos y procedimientos extranjeros que resultaron ineficaces y, por lo mismo, sólo cosecharon indiferencia.

## TEORÍA Y REALIDAD DE LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS

La desaparición de la monarquía fue la señal del ocaso de la seguridad de las personas. El clima de respeto reinante hasta entonces desapareció. La situación de hecho se tornó dramática. Nada lo muestra mejor que la experiencia del primer presidente de la Corte Suprema en Chile, José Gregorio Argomedo. En 1810, todavía bajo la monarquía le correspondió como procurador de la ciudad reclamar ante la Real Audiencia contra la prisión arbitraria de tres vecinos prominentes de Santiago hecha por el presidente García Carrasco. Entonces dijo a éste en su propia cara: «si no se ataja este engaño ¿cuál será el ciudadano que no tenga su vida y honra pendiente de la dilación del enemigo o de un vil adulator? Yo mismo seré tal vez, víctima en un cadalso público, hoy o

*flitti agrari in Sud America*, Milán 2004. DUVE, Thomas, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit*, Francfort a. Main, 2008.

<sup>250</sup> Ver nota 239. DÁVILA CAMPUSANO, Óscar, *El secuestro de bienes en la independencia de Chile*, tesis, Universidad de Chile 1988.

mañana, porque defiendiendo los derechos de un pueblo religioso, noble, fiel, amante de su rey»<sup>251</sup>. El Presidente fue depuesto.

No deja de ser significativo. Un abuso de esta naturaleza se consideraba entonces tan grave, que costó el mando al presidente en ejercicio.

Pasaron quince años. En ese lapso dictaron en Chile sucesivamente un reglamento constitucional y tres constituciones, pródigos en garantías individuales. Argomedo llegó a ser presidente de la Corte Suprema. Entonces se cumplió su vaticinio de 1810: fue apresado ilegalmente por el gobierno y expulsado del país.

Este caso concreto ilustra cómo, desde los inicios del Estado constitucional, coexisten solemnes proclamaciones de derechos y garantías individuales con escandalosos atropellos a las personas, incluso tan altamente colocadas, como un presidente de la Corte Suprema. De la misma manera, de nada sirvió San Martín, Bolívar, O'Higgins llamarse libertadores, todos terminaron expatriados.

Los excesos de las luchas por el poder entre facciones del núcleo dirigente que, a veces, llegan a la guerra civil, alimentan un clima de inseguridad e incertidumbre entre los habitantes, contra los cuales los recursos efectivos habían desaparecido.

Un ejemplo ahorra muchas explicaciones. La constitución de 1833 introdujo en Chile el escuálido *habeas corpus* de origen inglés, en remplazo del amplio recurso de apelación contra actos de gobierno en uso desde hacía siglos. En 1836 el fiscal de la Corte Suprema denunció que ni siquiera de había determinado el tribunal que debía conocer de él. No obstante, pasaron todavía seis décadas antes de que esto se hiciera, prueba de la indiferencia con que gobernantes y gobernados, miraban este engendro. Tanto o más dramática fue la situación en el resto de Iberoamérica como lo muestra la perspectiva comparada que ofrece Marquardt<sup>252</sup>.

A comienzos del siglo XX, cuando la crisis del Estado modernizador, duraba ya un siglo, la impresión general era de desconcierto, si no de frustración. Nadie la refleja mejor que el Presidente Leguía del Perú, quien resume la experiencia de su país, en los siguientes términos, que con sus más y sus menos es la de casi todo el mundo hispánico desde el fin de la monarquía: «La historia de la República del Perú es la de un contraste entre la ley que consigna teorías magníficas y la realidad indígena indócil para someterse a sus preceptos. En este perpetuo contraste hemos vivido, imaginando ser gobernados por principios, cuando en realidad lo éramos por pasiones. La verdadera ley y el verdadero gobierno, fueron siempre en el Perú, la ley y el gobierno impuestos por un

---

<sup>251</sup> TORRENTE, Mariano, *Historia de la Revolución de Chile 1810-1828*, en *Colección de Historiadores y documentos relativos a la independencia*, 30 vols. Santiago 1900-1939, 3, 5. LIRA LIRA, Alejandro, *Argomedo 1810-1830*, Santiago 1934.

<sup>252</sup> BRAVO LIRA, nota 150. BARRIENTOS, nota 150. MARQUARDT, Bernd, «Dos siglos de derechos fundamentales en Hispanoamérica 1810-2008. Exigencia y realidad desde una posición global comparada» en *Revista Pensamiento jurídico* 23, Bogotá 2008.

hombre a quien, unas veces la casualidad y otras el voto popular, elevaron a las cumbres del poder»<sup>253</sup>.

Medio siglo después, como historiador, explica el argentino Tau Anzoátegui: «Como a las cruentas luchas de la emancipación siguieron en casi todos los países guerras internas, se produjeron verdaderos retrocesos en la cultura, en la educación, comercio e industria, con relación a la época hispánica, particularmente a sus últimos tiempos», o sea, los de las monarquías ilustradas. Añade «la inestabilidad política fue un fenómeno bastante extendido. Al desaparecer la imagen del rey y llegarse en algún momento a situaciones anárquicas, fue necesaria la presencia de caudillos o dictadores, que, a su modo, trataron de consolidar la independencia, asegurar la unidad nacional o lograr la organización estatal»<sup>254</sup>.

## BELLO Y LA CRISIS DEL ESTADO DERECHO HISPÁNICO

Más difícil que esta breve descripción de la crisis, es intentar explicarla. El tema es tan apasionante que no pocos autores se han ocupado de él, desde Bello hasta la reciente historiografía.

Muchos han atribuido la crisis a una inferioridad hispánica para adoptar constituciones escritas. Muchos han pensado en solucionarla por la vía de la imitación de modelos de allende los Pirineos. Muchos, en fin, se han resignado a esperar que el problema se resuelva solo, con el tiempo, en la medida que el mundo hispanico se ponga a tono con dichos modelos. La postura de Bello es diferente. Más bien solitaria al principio, ha venido a ser cada vez más compartida por propios y extraños.

Con su proverbial acuciosidad, Bello tomó las cosas como son. No le faltó información. Era, a la vez, testigo, víctima y observador de los hechos. Tenía treinta años cuando estalló la crisis y más de cincuenta, cuando transcurrido un buen medio siglo, se ocupa de ella en los años 1830. Unía a una variada experiencia personal, primero de gobierno en Venezuela en la época de apogeo de la monarquía ilustrada y luego, de casi veinte años de exilio en Inglaterra, país que nunca adoptó una constitución escrita. Desde allí pudo seguir no sin inquietud el trágico espectáculo de desintegración del mundo hispánico, su patria grande, en una veintena de Estados sucesores de la antigua monarquía. Alarmado vio desmoronarse el Estado de derecho y movido por una honda preocupación por el porvenir de estos países, trabajó por salvar su unidad de lengua y de cultura, con sus estudios desde el *Cid* hasta las *Siete Partidas*, con su *Gramática* y sus *Principios de Derecho internacional*.

<sup>253</sup> LEGUÍA, Augusto, apud LAMAR SCHWEYER, Alberto, *Biología de la democracia*, La Habana 1927, 97.

<sup>254</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «La revolución liberal y el derecho en Iberoamérica durante el siglo XIX» en *Tidschrift voor Rechtsgeschiedenis* 54 Antwerpen 1986.

## APEGO Y DESAPEGO

Tal vez a ninguno de sus contemporáneos impresionó más que a Bello, la indiferencia de los hispanos de ambos mundos frente a las constituciones escritas. Únicamente algunos teóricos se atrevían a desafiar esta actitud en nombre del progreso, que identificaban con las constituciones de Francia y de los Estados Unidos. Bello no sólo detectó el conflicto entre las dos constituciones, jurisdiccional y escrita, sino que se abocó a estudiarlo. Pero sin censurar ni lamentar nada. Tampoco escamoteó el problema de modo simplista, como se suele hacer hasta ahora, alegando una incapacidad hispánica para asimilar el constitucionalismo extranjero.

Ante todo, advirtió que las raíces del conflicto estaban en el acento que en el mundo hispanico se pone en la persona y sus bienes: «Nuestras vidas, nuestro honor, nuestras propiedades forman los intereses más caros, cuya conservación esperamos en una sociedad constituida. El expedito ejercicio de los derechos políticos no satisface sino necesidades muy secundarias, que podemos considerar nulas o muy poco urgentes si el interés individual, que es el resorte más poderoso del corazón humano, no nos mueve a contribuir eficazmente a la observancia de nuestras instituciones fundamentales»<sup>255</sup>.

Se trata, pues, una distinta manera de mirar las cosas a uno y otro lado de los Pirineos. Unas son apreciadas con pasión, otras consideradas con indiferencia. Esta es la línea divisoria entre ambos, una frontera invisible, pero no por eso menos real. Mientras del lado hispánico hay un fuerte apego a los bienes personales, que aseguran la disposición de lo propio, del lado opuesto se tienen mucho los derechos políticos, esto es, la participación en el poder, que, a la postre, se traduce en manejar y ser manejado por otros. Por eso el ardor por disponer de lo propio, –honor, vida y hacienda– induce a la indiferencia frente al andamiaje constitucional, que es visto como una amenaza contra esa disposición.

Esta contraposición entre lo propio y lo cívico reveló a Bello un rasgo profundamente hispánico. La vivísima conciencia política, que lleva a exigir, a todo trance, buen gobierno, tiene como contrapartida una notoria carencia de conciencia cívica, es decir, una falta de interés, que linda en la repugnancia, por tomar parte en el gobierno. Eso es para otros, no para una persona que tiene suficientes asuntos propios que atender. Corolario de lo anterior, es la dificultad de estos pueblos para soportar malos gobiernos. Elegidos o no, se deshacen de ellos con toda soltura, conforme al *si non facias, non eris* isidoriano. Ahora bien, quien lo hereda no lo hurta, todos estos rasgos no son manifestaciones de la crisis. A ambos lados del Atlántico tienen el mismo origen ancestral. No pasan de ser aplicaciones del proverbial *si non facias, non eris*,

---

<sup>255</sup> Editorial de *El Araucano* 324, Santiago, 18 noviembre 1836, ahora en *Obras Completas* nota 155, 9, 1 y ss.

## LA PROPIA CONCIENCIA POLÍTICA Y CONCIENCIA CÍVICA IMPORTADA

Esto mismo convenció a Bello de la fuerza de la tradición hispánica de apego a los bienes de la persona. Reconoció que su potencia llega al punto de hacer que incluso dentro del Estado constitucional los derechos fundamentales sean éstos y no los políticos, los cuales no pasan de tener en cambio una significación muy secundaria: «Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo que prefiera el ejercicio de cualquiera de los derechos políticos que concede el código fundamental del estado, al cuidado y a la conservación de sus intereses; y que se sienta más herido cuando arbitrariamente se le priva, por ejemplo, del derecho de sufragio, que cuando se le despoja violentamente de sus bienes»<sup>256</sup>. «No puede ser de otra manera –agrega–. Los primeros (los derechos políticos) son condiciones secundarias, de que nos curamos muy poco cuando negocios que deciden de nuestro bienestar, de la suerte de nuestras familias, de nuestro honor y de nuestra vida, ocupan nuestra atención»<sup>257</sup>.

La indiferencia frente a los derechos políticos le parece completamente natural y razonable, sobre todo en comparación de los civiles, que, en cambio, son en verdad vitales. «No nos sucede lo mismo con nuestros derechos civiles: hemos sido hombres aunque no hubiésemos sido ciudadanos; hemos tenido vidas que defender y propiedades que guardar, aunque hayamos carecido del derecho a elegir nuestros representantes»<sup>258</sup>.

No vacila, en consecuencia, en desmitificar los llamados derechos cívicos de las constituciones escritas, al paso que recalca la perenne vigencia de los bienes de las personas o derechos civiles, los cuales tienen la inapreciable ventaja de no depender de un texto ni de una época, pues pertenecen, en último término a la naturaleza misma del hombre, tal como puede reflejarla una constitución histórica.

Por eso, lejos de desconcertarse frente al fracaso de las declaraciones teóricas de derechos del hombre y del ciudadano, al estilo ilustrado, Bello, aprovecha para ponderar la protección hispánica a las personas concretas. La razón fundamental es clara, los derechos civiles, como denomina aquí a los bienes de las personas, son algo propio ypreciado, con dilatada tradición, incorporados al ser nacional. En cambio, los políticos, entendidos como formas de participar en el gobierno, son importaciones muy recientes, ajenas a la mentalidad hispánica. Sólo aparecen en el siglo XIX, con las constituciones escritas, después de la independencia, y, por tanto, carecen de todo antecedente en el mundo hispánico.

A esta luz, hace ver que el conflicto entre las dos constituciones, no tiene nada de superficial o artificial. Antes bien arranca de lo más hondo de la persona.

<sup>256</sup> Véase nota 27.

<sup>257</sup> Id. Diversos otros textos de los años 1830 a 1850, en los que se refiere a esta misma trilogía en BRAVO LIRA, nota 156. A ellos pueden agregarse editoriales de *El Araucano* 296 de 6 mayo 1836 en *Obras Completas*, nota 27, 9, 296 y 638 de 8 septiembre 1850 *ibid.* 9, 429.

<sup>258</sup> Véase nota 255.

Responde a una opción vital. Discurre dentro de las coordenadas apego-despego o preferencia-indiferencia. De ellas pende la vigencia efectiva que alcance una constitución. Entre los hispanos, las preferencias van del lado de los bienes de las personas y no de las constituciones escritas y su andamiaje institucional. Salvo una minoría erudita, en estos pueblos nadie cree ni en constituciones escritas, ni en gobiernos elegidos, ni en parlamentos, ni en las mayorías, ni el sufragio. Por lo mismo, tampoco a nadie le importa mayormente la suerte que corran esos institutos. Les trae sin cuidado que se los pase a llevar, se los disuelva, se derrumben o lisa y llanamente sean suprimidos.

Su análisis culmina de un modo original. Para él, la suerte de las constituciones escritas o no, está ligada a que se la sienta como propia y no como mero artificio, montado a las espaldas de nación. La constitución es inseparable de ella. Por eso se asienta o se desacredita en un tiempo más o menos dilatado, al favor de la polaridad preferencia e indiferencia. Mientras la indiferencia de los pueblos frente a ellas las mata, su apego a ellas, las mantiene en vida. Ahí debe buscarse la raíz y la razón de ser de la crisis del Estado de derecho en el mundo hispánico. A esta luz, se entiende porqué allí las constituciones escritas no duran y porqué, en cambio, la constitución jurisprudencial se resiste a morir.

## AGOTAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN ESCRITA Y RECUPERACIÓN DE LA PROPIA

Pero la historia tiene muchas vueltas. Transcurridos casi dos siglos las constituciones escritas se agotan y la jurisdiccional se recupera en el del mundo hispánico. Con lo que historia e historiografía dan la razón a Bello por partida doble. La indiferencia de estos pueblos frente a las constituciones escritas, detectada por él es tan vital y tan honda que, a la larga se impone. En lugar de batirse ella en retirada, la propia constitución fuerza a la importada replegarse. Este viraje abre la etapa de recuperación, de la que el llamado *Estado novo* es un exponente.

No extraña entonces que la reciente investigación ofrezca, con algunas variantes, la misma explicación de la crisis del Estado de derecho hispánico, que Bello. En relación al constitucionalismo al estilo francés o estadounidense, unos hablan de *rechazo* en sentido biológico y otros llegan a calificar a Hispanoamérica de *hoyo negro* donde mueren las ideologías de allende los Pirineos. Algunos van más allá y, hacen ver que, durante el siglo XIX, al igual que en Europa central, el modo más logrado de enfrentar este choque entre las dos constituciones en el mundo hispánico fue, en la práctica, un *Scheinkonstitutionalismus*, un constitucionalismo de fachada, que tras una constitución escrita al gusto decimonónico, dió primacía a la constitución jurisdiccional<sup>259</sup>.

<sup>259</sup> Acerca del *Scheinkonstitutionalismus*, HATTENAUER, Hans; *Die geistesgeschichtliche Grundlagen des deutschen Rechtes: zwischen Hierarchie und Demokratie*, Heildelberg 1980, trad. castellana, Madrid 1981; VON SRBRK RITTER, Heinrich, *Deutsche Einheit. Idee und Wirklichkeit von Heiligen Reich bis Koenigsgraetz*, 4 vols., 1935-1941,3; BÖCKENFÖRDE,

Esta coincidencia tampoco es sorprendente. En los países hispánicos como en los danubianos la antinomia de las dos constituciones tiene un trasfondo trascendente, el mismo que separa entre sí a las vertientes católica y nacional e irreligiosa y cosmopolita de la Ilustración. Se trata, en último término, del choque entre dos visiones del mundo, una teocéntrica y otra antropocéntrica. De algún modo la constitución jurisdiccional y las escritas reflejan una y otra: la persona con su carácter único o el individuo, como uno más dentro del conjunto. Por eso, chocan entre sí como dos placas telúricas. Después de todo, el núcleo de la constitución jurisdiccional, es la persona y su poder de disponer de lo propio, –de sí y de sus bienes concretos–, vale decir el *suum cuique*, dar a cada uno lo suyo, mientras que las escritas giran en torno a individuos, iguales y con los mismos derechos, es decir, a dar a todos lo mismo.

### ESTADO NOVO, PLURALIDAD DE PODERES Y PROTECCIÓN A LAS PERSONAS

La fase de recuperación se caracteriza en todo el mundo hispánico por los esfuerzos por revertir la crisis del Estado modernizador, desde Portugal con Oliveira Salazar hasta México con Cárdenas, Brasil con Getulio Vargas y Argentina con Juan Domingo Perón, España con Franco. Se produce es una suerte de retorno del individualismo decimonónico a la protección de las personas del Estado jurisdiccional. Se habla entonces de *Estado novo*.

Sus comienzos coincidieron con el ocaso de la Modernidad ilustrada en el siglo xx, que se hundió en medio de los horrores de las dos guerras mundiales y de los Estados totalitarios<sup>260</sup>. Con ellos se extinguió la creencia ilustrada en el progreso indefinido de la Humanidad por obra de la razón y se produjo lo que desde 1920 se conoce como *révolte des faits contre le code* para usar la expresión del francés Morin<sup>261</sup>. En la práctica los hechos desbordaron los marcos demasiado estrechos de las constituciones escritas. Se cerró así la época dominada por la creencia en el poder de la constitución escrita para imponerse y remodelar según sus preceptos la realidad institucional. En estas condiciones país legal de la constitución y las leyes comienza a replegarse ante el país real de los hechos y las instituciones. En el mundo hispánico el argentino Sampay seña-

---

Ernst-Wolfgang, *Der Verfassungstyp der deutsche konstitutionelle Monarchie in 19 Jahrhundert*, Stuttgart 1977; HUBER, Ernst-Rudolf, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 8 vols., Stuttgart-Berlín-Colonia 1991, 1, pp. 89-91 y 120; 4, pp. 131 y ss. y 332. Para Austria, 3, pp. 381-382. En Prusia, GRUENTHAL, Guenter, «Grundlage konstitutioneller Regiment in Preussen 1848-1867»; en RITTER, Gerhard A. (ed.) *Regierung, Beurokratie und Parlament in Preussen und Deutschland von 1848 bis zum Gegenwart*, Bonn 1983, pp. 42 y ss.; WILLOWEIT, Dietmar, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Munich 1991,1992. BRAVO LIRA, Bernardino, «Portales y el Scheinkonstitutionalismus en Hispanoamérica», en Ciudad de los Césares 31, Santiago 1993. El mismo, BRAVO LIRA, nota 13.

<sup>260</sup> NOLTE, Ernst, *Der europäische Bürgerkrieg 1917-1945*, Francfort-Berlín 1987. JOHN-SON, nota 9. TERNON, id. COURTOIS, Stéphanie, et al, *ibid*.

<sup>261</sup> MORIN, Edgard, *La révolte des faits contre le code*, París 1920.



ló ya en 1942 que, frente al ocaso del constitucionalismo europeo, el rezago de estos países en seguir esos modelos se había convertido en una ventaja<sup>262</sup>.

Pero las cosas no quedaron allí. En las décadas siguientes, la *révolte des faits* contra el derecho codificado, se convirtió en una verdadera avalancha. Dio lugar a lo que hoy se conoce como descodificación<sup>263</sup>. En medio de esta conmoción surge la aspiración a devolver al Estado un sentido nacional y realizador. En esto parecen revivir el reformismo ilustrado, pero bajo formas distintas. Al aparato estatal de entonces añaden otro formado por instituciones paraestatales. No se trata de un vuelta atrás sino de una recuperación del Estado tras un siglo de crisis<sup>264</sup>.

Otra cara de la recuperación se refiere a los demás poderes. En muchos casos la antigua unión de Estado y la Iglesia había dejsado paso una separación. Pero, unidos o separados, los dos poderes se mantenían como tales y, por lo mismo, uno y otro se sabía limitado, el Estado al bien temporal y la Iglesia, al espiritual. Esto es lo decisivo, porque e dualidad de poderes excluye, a la vez, la tiranía y la teocracia. Impide que nadie esté sometidas a un poder único, en todos los aspectos y en todas sus cosas. En la práctica o las relaciones entre ambos poderes pasaron por momentos álgidos de persecución sangrienta a la Iglesia, como sucedió en México y en España bajo la república. Pero los hechos fueron más fuertes que los gobiernos y que las leyes. En un país católico, aun un presidente que no lo fuera, no podía ignorar la realidad, como sucedió con erección de la estatua del Cristo del Corcovado en Río de Janeiro, símbolo del Brasil. De esta manera, en los dos países católicos mas grandes de América hispana, México y Brasil, se produjo sin estridencia un vuelco en esta materia. Se abandonó la prescindencia estatal respecto de la Iglesia y se volvió a reconocer su personalidad jurídica de derecho público, exención de impuestos y educación

---

<sup>262</sup> SAMPAY, Arturo Enrique, *La crisis del Estado de derecho liberal burgués*, Buenos Aires, 1942. El mismo, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, 1951. PIERPAULI, José Ricardo, «Arturo E. Sampay: Una fundamentación naturalista en torno a la relación entre teoría del Estado y constitución jurídica» en *Anales de la Fundación Fracisco Elías de Tejada*, 5, Madrid, 1999.

<sup>263</sup> IRTI, Natalino, «L'età della decodificazione», en *Dirito e Società* (1978), ahora en el mismo *L'età della decodificazione*, Milán 1979, trad. castellana Barcelona 1992. Guzmán, Alejandro, «Codificación, descodificación y remodificación», en *Revista de derecho y jurisprudencia* 90, Santiago 1993. BRAVO LIRA, Bernardino, «Tras la huella del ius commune, la codificación y descodificación en el nuevo mundo», en *Revista de estudios histórico jurídicos* 19, Valparaíso 1998.

<sup>264</sup> Instituto de Estudios Públicos. *El nuevo Estado español, veinticinco años del movimiento nacional 1936-1961*, Madrid 1968. GARCÍA ESCUDERO nota 231. BIDART CAMPOS, Germán, «El primer peronismo 1950-1955». y «El segundo peronismo 1973-1975», ambos en GIL VALDIVIA, Gerardo y CHÁVEZ TAPIA, Jorge, *Evolución de la orgnización político institucionales América Latina 1950-1975*, 2 vols. México 1978-1979. SANTOS MARTÍNEZ, Pedro, *La nueva Argentina 1946-1955*, 2 vol, Buenos Aires 1979-1980. PELLET-LASTRA, Arturo, *El Estado y la realidad histórica*, Buenos Aires 1979, 1988. SÁNCHEZ AGESTA, nota 248. GARAY VERA, Cristián, *El tradicionalismo y los orígenes de la guerra civil española 1927-1937*. REIS TORGEL, Luis «Estado Novo em Portugal: Ensaio de reflexiao sobre seu significado», en *Estudios Ibero-americanos* 33, Río Grande do Sul 1997. VELEZ RODRÍGUEZ, Ricardo, *Oliveira Vianna, e o papel modernizador do Estado brasileiro*, Londrina 1997.

católica en las escuelas<sup>265</sup>, mediante sendos un concordatos de 1992 en México y de 2009 en Brasil<sup>266</sup>.

En cuanto a los poderes menores y a la protección de las personas rebrotan con nueva fuerza. Hay una sensible recuperación. Se deja atrás el individualismo propio de la Ilustración, y se aspira a reemplazar la sociedad política atomizada, por una comunidad política organizada, por grupos menores. Se produce un retorno de la igualdad individualista a la protección de las personas. Tal es el común denominador de un Oliveira Salazar en Portugal (1932-1968), Getulio Vargas en Brasil (1930-1945), Cárdenas en México (1930-1936), Perón en Argentina (1946-1955), Franco en España (1939-1975). De hecho una porción cada vez más significativa de la población comienza a superar su atomización, se articula por sectores y actividades y pasa a intervenir por sí misma en la vida nacional. Se teje así toda una trama de organizaciones intermedias entre las personas y el Estado. Este movimiento asociativo es un genuino exponente de la descodificación<sup>267</sup>.

Por otra parte la proliferación de estatutos diferenciados, obtenidos por cada sector u organización, se superpuso al derecho individualista de los códigos, impuesto desde arriba por las oligarquías partidistas, al paso que las organizaciones superiores adquirieron un *status publicus* como interlocutores válidos en las grandes cuestiones nacionales<sup>268</sup>.

## REPRESENTACIÓN Y PROTECCIÓN

Con estas organizaciones intermedias renació la representación gremial, distinta de la electoral, monopolizada por los partidos. Las diferencias son muchas. Por de pronto, su fundamento no es una categoría genérica, como la

<sup>265</sup> MARTÍNEZ DE CODES, nota 244.

<sup>266</sup> BARRIOS LARRAÑAGA, Vicente, «Delimitación del contenido del derecho a la libertad religiosa en la constitución de 1980»; Tesis, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso 1988. PRECHT PIZARRO, Jorge, *Derecho eclesiástico del Estado de Chile. Análisis históricos y doctrinales*, Santiago 2001. El mismo, «El ámbito de lo público y la presencia de la Iglesia en Chile (1990-2004)», en *Revista de Derecho*, 11, Coquimbo 2004.

<sup>267</sup> BRAVO LIRA, Bernardino «El movimiento asociativo en Chile (1924 – 1973)», en *Política* 1, Santiago 1982. ESTEBAN, Jorge, «la representación de intereses y su institucionalización: los diferentes modelos políticos existentes» en *Revista de Estudios Políticos* 155, Madrid 1967. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid 1977. FERRANDO BADÍA, Juan «Grupos de interés, de promoción y de depresión. Institucionalización de los grupos de presión» en *Revista de Estudios Políticos* 213-214, 1977. MAESTRO BUELGA, Gonzalo, «Acerca del neo-corporativismo», *ibid*, nueva época 48, Madrid 1985. FERNÁNDEZ DE LA MORA, Gonzalo, *Los teóricos izquierdistas de la democracia orgánica*, Barcelona 1985.

<sup>268</sup> OFFE, Claus, »L'attribuzione dello stato pubblico ai gruppi d'interessi: osservazione sul caso de la Germania Occidentale»; en BERGER, Suzanne (ed.) *L'organizzazione degli interessi nell'Europa Occidentale*, Cambridge 1981. YAÑEZ VILLANUEVA, Felipe, «Poder, Sociedad y organizaciones intermedias. Flujo y Reflujo de la contraposición del Estado y Sociedad en el Viejo y el Nuevo Mundo: el caso chileno», en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 18, Santiago 1999-2000.

de ciudadano, y su expresión no se reduce a un acto ocasional, como el sufragio. Antes bien, se basa en el papel que cada uno cumple en la vida colectiva, en el marco local de su profesión u oficio o de sus demás actividades, y se expresa en forma permanente a través del propio gremio o corporación. Ahora bien, lo propio de una corporación es que sólo puede ser representada por quien tenga la calidad de miembro de ella. Por tratarse de compañeros o colegas, representante y representado comparten intereses comunes. En consecuencia, la relación entre ellos es diametralmente opuesta a la dependencia de los electores respecto de sus elegidos. De esta forma, el representante gremial es responsable ante sus compañeros y depende de ellos<sup>269</sup>.

El rebrotar de las organizaciones intermedias va acompañado del de la protección concreta a las personas y sus pertenencias. En esta época se orienta en dos direcciones principales, de larga tradición, el interdicto portugués y el recurso de apelación contra actos de gobierno, castellano. No podemos seguirla en sus múltiples manifestaciones<sup>270</sup>. En Brasil, se dio carácter constitucional en 1934 al multisecular *mandado de segurança* del derecho portugués, como *remedio iuris interino*, sin alterar su carácter de interdicto<sup>271</sup>. En la América española, se multiplican y perfeccionan recursos propiamente tales, desde el amparo mexicano, contemplado por primera vez en la constitución yucateca

<sup>269</sup> MENEZES, Djacir, «Representação e participação e a Opinião pública brasileira», en *Revista de Ciência Política* 18, Río de Janeiro 1975. ESTEBAN, nota 270. GARCÍA PELAYO, nota 270. FERRANDO BADÍA, nota 270. CEA EGAÑA, José Luis, «La representación política y social en la nueva Constitución de 1980», en *Revista de Ciencias Políticas* 2, Santiago 1982. BORDOGNA, Provasi, *Politica, economia e rappresentanza degli interessi*, Bolonia 1984. Buelga nota 270. MIGLIO, Gianfranco, «Le trasformazioni della rappresentanza» en el mismo y otros, *La rappresentanza*, Bolonia s.f. (1985?). COSTA, Pietro, *Lo Stato immaginario*, Milán 1986. HALLER, Benedikt. Münster 1987. DUSO, Giuseppe, *La rappresentanza, un problema di filosofia politica*, Milán 1988. El mismo, «Constitution et représentation. Le probleme de l'unité politique», en TROPEZ, M. y JAUME, L. (eds.) *1789 et l'invention de la constitution*, París 1994. BRAVO LIRA, Bernardino, «Pueblo y representación en el pueblo de Chile. Tres momentos claves», en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 7, Santiago 1989. REYES ALVAREZ, Jaime, «De la democracia liberal a la democracia consociacional en Chile 1924-1973», en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 16, Santiago 1990-1991. GIUGNI, Gino, «Concertazione sociale e sistema politico en Italia»; en VARDARO, nota 12. MARAFFI, Marco, «Dal Corporativismo autoritario al Corporativismo liberale en Europa»; *ibid.* SCALONE, Antonio, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, Milán 1996.

<sup>270</sup> Así por ejemplo, en 1836 se invoca en Chile la trilogía vida, honor y fortuna en apoyo de la conveniencia de fundamentación de las sentencias: *vid.* nota 27. Un siglo después, en la reforma constitucional de 1936 en Colombia se reconoce que «las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes...». *Acto legislativo* 1,5 de agosto de 1936, art. 9. El texto en URIBE VARGAS, Diego, *Las constituciones de Colombia* (2 vols.), Madrid, 1977, vol. 2, 1.103. GALVAO DE SOUSA, José Pedro, «Sociedade e contituicao» en *Anales de la Fundacion Francisco Eliás de Tejada* 4, Madrid 1988. SEGOVIA, Juan Fernando, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid- Barcelona 2004.

<sup>271</sup> CÂMARA, José B. Gomes, *Subsidios para a história do direito pátrio*, 3 vols, Río de Janeiro 1954-1965, 2. WALD, Arnoldo, *Do mandado de segurança na prática judiciaria*, Río de Janeiro 1955, 4.ª ed. 2003. FARIA, José Eduardo, (ed.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, Sao Paulo 1994, con colaboraciones de cuatro autores, *eit.*

de 1840<sup>272</sup>, hasta el de protección chileno, introducido por una acta constitucional de 1976<sup>273</sup>.

## EL RETORNO DE LOS RECURSOS

Hasta entonces, varios Estados agregaron a las garantías constitucionales algunas formas de protección judicial. Tal fue el caso de Panamá en 1946, Costa Rica, Honduras en Centroamérica y en Sudamérica, Venezuela, Argentina y Paraguay. Posteriormente siguen esta línea Portugal y España en Europa y en la América hispánica Brasil, Perú, Guatemala, así como Paraguay y Venezuela<sup>274</sup>. Tras un examen de los textos Alejandro Guzmán comprueba que, bajo el nombre de derechos y garantías, se contienen cosas muy distintas entre sí. Algunas, como el debido proceso que «son normas que cumplir, no derechos que exigir»<sup>275</sup>; otras, cuya modificación sujeta la constitución a una justa causa, es decir, en tal caso «no garantiza derechos, sino posesiones, con las cuales se nace en acto (la vida, la integridad física o psíquica, la honra) o en potencia (el pensar, el rendir culto, el circular, el enseñar...)»<sup>276</sup>. En fin, otras, «los llamados derechos sociales... la salud, la educación, la previsión social, la propiedad, cuyo acceso también garantizan las constituciones». En rigor éstos no son derechos, sino «bienes a los que se pretende acceder y cuyo acceso se garantiza» y al efecto constituyen «mandatos al Estado, de política económica social» cuyo cumplimiento nadie puede exigir por vía judicial<sup>277</sup>.

En suma, aunque sus redactores parecen no conocer la terminología que la de los derechos subjetivos, a la hora de buscar una protección judicial, la constitución se han situado en el plano de los bienes. Entonces a lo único que atinan

<sup>272</sup> De la *Constitución del Estado de Yucatán* pasa al *Acta de Reformas* de 1847 a las *constituciones* de 1857 (art. 101 y 102) y de 1917 arts. 103 y 107) y a la nueva Ley orgánica de los artículos 103 y 107 de esta constitución, reformada en 1970. Para esto y lo que sigue Lira, nota 74 con bibliografía, entre otros, RABASA, Emilio, *El juicio constitucional*. México. 1955, 2.ª ed. y BURGOS, Ignacio, *El juicio de amparo* México 1962, 5.ª ed.

<sup>273</sup> *Acta constitucional* 3, Santiago 11 septiembre 1976, art. 2. De ahí pasa a la Constitución de 1980 art. 20. Al respecto exhaustivamente, SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago 1982; recientemente «1976-1986. Diez años de recursos de protección (una revolución silenciosa)», *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 83 (1986). Primera parte Sección Derecho.

<sup>274</sup> *Constitución política de la República de Panamá* 1946, 51, lo denomina de amparo. Costa Rica 1949, 48, añade al *habeas corpus* este nuevo recurso. *Constitución política* de la República de Honduras 1957, 67. *Constitución* de Venezuela 1967, 49. En Argentina, se establece por ley 16.9686 una acción de amparo. En 1967, las constituciones de Paraguay y la de Bolivia hicieron otro tanto. Después del *Acta institucional* chilena de 1976, *Constitución portuguesa* de 1976. *Constitución española* de 1978. *Constitución de Guatemala* 1986, 265. *Constitución de la República federativa do Brasil* 1988, 21, 18. *Constitución política de Colombia* 1991, pp. 83 y ss.

<sup>275</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, «La naturaleza de las garantías constitucionales de la persona, examinada a través e su protección judicial» en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 85, Santiago 1988, 110.

<sup>276</sup> GUZMÁN, nota 275, 111.

<sup>277</sup> Id. 110-111.

es a delimitar, a modo de seguridad, las justas causas por las que será lícito conculcarlos. Guzmán propone el siguiente ejemplo: «Cuando una constitución garantiza el derecho a la vida y a la integridad corporal sin perjuicio de las limitaciones legales, en el fondo, lo que hace es prohibir a todos modificar la vida de que actualmente goza una persona y su integridad corporal, salvo en tales y cuales casos»<sup>278</sup>.

En resumen, se ha producido un viraje en el constitucionalismo hispánico. Ya no se contenta con proclamar derechos, a la manera francesa o estadounidense. Ahora se busca darles alguna eficacia. Al efecto de acude, como en el Estado jurisdiccional, a los recursos judiciales. Pero este respaldo permanece todavía en un nivel muy poco operante, como un espejismo. En la medida en que permanece anclado a derechos individuales, los mismos para todos en todas partes, se mantiene al margen del país real y concreto de las personas y sus bienes. En una palabra, llega a todo lo que menos importa y no alcanza lo que para estos pueblos es vital, la disposición de lo suyo.

#### AMPARO Y MANDATO DE SEGURANÇA

Al respecto, no deja de ser significativo el hecho de que este vuelco del constitucionalismo hispánico, que lleva a redescubrir la protección a las personas por la vía judicial frente a la constitucional, esté ligado a amargas experiencias de atropellos e inseguridad, exilio o autoexilio. Baste señalar, a uno y otro lado del Atlántico, los casos de México<sup>279</sup> y Portugal<sup>280</sup>, convulsionados por luchas intestinas y de España y Chile, que lograron librarse de un gobierno marxista<sup>281</sup>. Lo interesante es que en tales coyunturas se reacciona, inconscientemente, al modo hispánico, con medidas concretas; no al modo ilustrado, con declaraciones de derechos. Parafraseando a Tácito, este viraje hacia lo propio, podría explicarse, diciendo que las buenas leyes son prueba de malas costum-

<sup>278</sup> Id. 112.

<sup>279</sup> LIRA, nota 87, 149 y ss.

<sup>280</sup> Por todos, PABÓN, Jesús, *La revolución portuguesa (de Sidonio Paes a Salazar)* 2 vols. Madrid 1941-1945.

<sup>281</sup> Se ha exagerado la analogía entre el alzamiento de Franco en 1939 y el pronunciamiento de Pinochet en 1973. La época es distinta, comienzos y ocaso de la guerra fría, y también la línea de gobierno que se sigue en uno y otro caso. Pero hay elementos comunes, que lo son también a otros países hispánicos y, por eso resultan significativos. Uno de ellos es la invocación del *rex eris* isidoriano y de la tradición hispánica de respeto a la personas, otro la elevación del nivel de vida: España llegó a ser la sexta potencia industrial del mundo, en tanto que Chile salió del llamado subdesarrollo y se convirtió en la economía de mayor crecimiento en el hemisferio occidental. En su preámbulo, la propia *Acta constitucional* 3, nota 276 se remite a la amarga realidad que Chile vivió en los años previos al 11 de septiembre de 1973 la cual ha demostrado sin embargo, la necesidad de fortalecer y perfeccionar los derechos reconocidos en la constitución. Luego evoca «la ausencia de toda consideración y respeto a la vida privada de las personas y sus familias, así como a su honra, que caracterizó al periodo político que precedió al actual gobierno». Y concluye que «por muy perfecta que sea una declaración de derechos éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su efectiva protección», SOTO KLOSS, nota 273.

bres, contra las cuales pretenden reaccionar. O más castizamente, que los palos enseñan a la gente.

El amparo mexicano es un recurso contra el gobierno. Recogido y perfeccionado desde 1847 hasta hoy es como la contrapartida de la inseguridad reinante en el país en el siglo que corre entre 1840 y 1940. Mira a proteger frente a él las garantías individuales contempladas en la constitución. Es decir, tiene un alcance más reducido que el amparo indiano, que abarcaba cualquier agravio causado por cualquier persona<sup>282</sup>.

El recurso de protección chileno, nos trae a 1976, es decir, casi cuatro décadas después. Planteado como «protección de los derechos humanos en general», en realidad tiene un contenido menos etéreo. Aparte de aspiraciones, como son los llamados derechos a la salud, a la educación, a la propiedad en general, se refiere expresamente a bienes o derechos concretos de las personas, sobre su honra, su vida e integridad física, su ocupación.

Además, expresa con toda claridad que «por perfecta que sea una declaración de derechos, éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su efectiva protección»<sup>283</sup>.

Estas palabras pueden servir para cerrar la exposición e introducir la conclusión. Reflejan un vuelco hacia la constitución jurisdiccional, un cambio de actitud frente al modelo dieciochesco de constitución. Si durante un tiempo estos países se dejaron atraer por modelos importados de constitución, a estas alturas las dejan de lado cada vez que hace falta para elaborar soluciones más eficaces y operantes. Rebrotan así el aprecio por el país real de las propias instituciones. Ante todo esto es lo que sucede en un área tan vital como la de protección a las personas y de la vuelta al reconocimiento oficial de la Iglesia. Demasiado experimentados, estos países no renuncian a su milenaria tradición de asegurar a la persona y sus bienes por medios concretos y operantes.

## (II) Segunda vertiente: *rule of law*, culminación y caída

Bajo la Modernidad ilustrada el primer gran modelo de Estado de derecho fue la constitución de Inglaterra y el *rule of law*. Comenzó a ser elogiado en el continente desde la segunda mitad del siglo XVIII. Una serie de autores ilustrados, la contraponían a las instituciones de sus países, entre ellos el francés Montesquieu (1689-1755) y el suizo De Lolme (1740-1806), autor de una *Constitution de l'Angleterre*<sup>284</sup>. Sus obras tuvieron múltiples ediciones y enorme difusión en el Viejo y en el Nuevo mundo. Naturalmente para estos autores la constitución es algo real, plasmada en instituciones y no en un documento. No se les ocurre reducirla a un texto escrito<sup>285</sup>.

<sup>282</sup> LIRA, nota 87, p. 101 y ss. traza una comparación.

<sup>283</sup> Acta nota 273, preámbulo 10.

<sup>284</sup> DE LOLME, Jean-Louis, *Constitution de l'Angleterre*, Ámsterdam 1771, trad. inglesa, aumentada, Londres 1772, numerosas ediciones posteriores.

<sup>285</sup> MOHNHAUPT, Heinz y GRIMM, Dieter, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlín 1995.

La admiración por constitución inglesa llegó a su punto culminante en el siglo XIX, después de la aparición de constituciones escritas, que comenzaron a dictarse a fines del XVIII. Entonces, por contraste con la inestabilidad y breve duración de estos documentos, se hizo resaltar, su larga historia, su prestigio y estabilidad. Se exaltaron sus instituciones, ante todo el parlamento, pero también los jurados, el *habeas corpus*, las elecciones.

## JUECES Y PARLAMENTO

La antigua constitución inglesa había muerto al terminar el siglo XVII, con la común aceptación de la omnipotencia del parlamento. Así lo testimonia en sus *Comentarios* el inglés William Blackstone (1723-1801), dos décadas antes de que se promulgaran las primeras constituciones escritas en Estados Unidos, Francia y Polonia. Allí asestó, por la vía de autoridad, un golpe de gracia al *rule of law*. Hizo suya la teoría de la soberanía del parlamento, lo que equivalía a desconocer la primacía del derecho sobre el poder. Nada quedó a salvo, ni siquiera el *common law*. A partir de entonces, se dio por sentado que *regimen politicum et regale*, había dado paso aun un mero *regimen politicum*<sup>286</sup>. Los ingleses quedaron expuestos, a resbalar sin remedio hacia la igualdad y uniformidad, impuestas desde arriba, en la medida en que el parlamento hiciera valer su soberanía. Pero esto se hizo con mesura, lentamente. Por eso, tardaron hasta el siglo XX en llegar a él.

En rigor, la moderación del parlamento permitió que subsistiera la primacía del derecho a través de un *common law*, subordinado en principio al *statute law* o legislación escrita. Aunque nada impedía que el parlamento abrogara el *common law* o los precedentes, no lo hizo sino en casos aislados. Legisló poco y sólo en casos concretos se alteró el *common law*. Lo que, según señala Corwin, dio lugar a que éste se mantuviera como una suerte de *higher law*, de derecho más alto, marco de referencia o ley superior no escrita<sup>287</sup>. Como resume Pereira Menaut, una serie de factores lo hicieron posible: «el claro predominio del *common law* sobre el derecho legislado, la escasez de éste y la moderación de los gobernantes, el funcionamiento real del parlamento y la autonomía de los jueces una vez promulgadas las leyes»<sup>288</sup>.

Por mucho tiempo, el parlamento dejó estar las cosas, pero, de su lado, los jueces, consiguieron frenar el deslizamiento hacia un mero derecho legislado. Hicieron valer su propia condición de concededores del derecho y como tales, no vacilaron en enfrentar las leyes y la omnipotencia del parlamento. Puesto que los parlamentarios, sin saber derecho, tenían el poder de dictar leyes, los jueces, que sí sabían derecho, tenían la autoridad para interpretarlas. Una cosa

<sup>286</sup> BLACKSTONE, William. *Comentarios on the law of England*. Oxford 1765.

<sup>287</sup> CORWIN, E. S., *The «Higher law» Background of American Constitutional Law*, Ithaca 1961.

<sup>288</sup> PEREIRA MENAUT, nota 12, 52.

es dictar leyes y otra determinar su sentido y alcance, Conforme a esta doctrina, Sir Frederick Pollock (1845-1937) sostuvo que los legisladores son legos y los jueces, en cambio, sabedores del derecho. Por tanto, así como al parlamento compete hacer las leyes, a los jueces compete aplicarlas<sup>289</sup>. Se arribó así a una práctica que recuerda a la regla *odia restringi*. Se ampliaba lo que se hallaba en consonancia con el derecho vigente o *common law* y se restringía lo que lo alteraba.

Con los precedentes, ocurrió algo semejante. Para Blackstone «los precedentes son vinculantes, a menos que sean claramente absurdos o injustos»<sup>290</sup>. Más de un siglo después en 1898 la Cámara de los Lores reconocía todavía su fuerza, al argumentar que, en sus funciones judiciales, ella no podía cambiar un precedente, ya que hacerlo era de competencia del parlamento, cuyas sus funciones, estaría usurpando si lo cambiara<sup>291</sup>.

### LOST RIGHT, EL DERECHO BAJO LA SOBERANÍA DEL PARLAMENTO

A estas alturas el *rule of law* inglés se había convertido en un ejemplo<sup>292</sup>. De él tomaron las constituciones escritas ante todo el parlamento, como regulador de la gestión del gobierno y, por lo que toca a la protección de los gobernados, instituciones, como el *habeas corpus* y los jurados en los juicios penales. Con mayor fortuna se imitó en otros países el sistema electoral inglés, que sucesivamente en 1832, 1867, 1884 extendió el voto de los varones adultos y desde 1918 también a las mujeres, hasta llegar al llamado sufragio universal en 1928<sup>293</sup>.

Sobre estas mismas bases, se difundió también el *common law* a partir del siglo XVIII en las colonias inglesas de los cuatro continentes: no sólo en Norteamérica, sino también en países de África y Asia, como la India y en Australia. No sin orgullo podía aplicarle Dicey en 1881 la antes citada definición: «igual sumisión, tanto de los ciudadanos como del poder, a un derecho aplicado por jueces ordinarios y situados por encima de todos»<sup>294</sup>. Todavía en 1966, los lores de justicia y el canciller no se sentían autorizados para apartarse de un precedente. Sólo entonces decidieron que podían hacerlo cuando les pareciera del caso, siempre que no fuera por capricho<sup>295</sup>.

Sólo después de la primera guerra mundial, experimentó un vuelco la situación. La soberanía del parlamento comenzó a volverse opresora de los gobernados, sin que hasta ahora hubiera modo de contenerla. La avalancha legislati-

<sup>289</sup> POLLOCK, Frederick, *A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law*, Londres 1929, 357.

<sup>290</sup> BLACKSTONE, nota 286.

<sup>291</sup> CALABRESI, Guido, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.) 1982.

<sup>292</sup> POLLOCK, Frederick, *The Expansion of the Common Law*, 1904.

<sup>293</sup> PEREIRA MENAUT, nota 12, 133-134.

<sup>294</sup> DICEY, nota 1.

<sup>295</sup> PEREIRA MENAUT, nota 12, 247.



va rompió todos los diques y el *rule of law* en Inglaterra no pudo escapar a la suerte del *common law* en los Estados Unidos y del *règne de la loi* en la Europa continental. Sucumbió frente al Estado. Al final, bajo la omnipotencia del parlamento la nivelación estatal terminó por imponerse y ocupar el lugar de la justicia y el derecho. Con ello quedó abierta la vía para el deslizamiento hacia un totalitarismo blando. Al igual que en Estados Unidos, la primacía del Estado sobre el derecho abrió paso a un totalitarismo blando<sup>296</sup>.

Con todo, como observa Pereira Menuat, últimamente el *rule of law* mantiene grandes diferencias con el legalismo propio del *règne de la loi*. En lo que toca a la protección de los gobernados, subsiste un núcleo de derechos originarios –*birthrights*– que los jueces mantienen a salvo de las leyes, por encima de ellas, y que en cuanto tales no son una mera autolimitación del Estado, como las garantías individuales del *règne de la loi*. Esto lleva a otra diferencia, a saber, la concepción pluralista del derecho (pluralidad de fuentes), que comprende *common law*, jurisprudencia, leyes, principios de justicia natural, equidad y libros de autoridades. Por lo mismo la producción del derecho no está monopolizada por el Estado. Todo esto hace que, el presupuesto de la vida jurídica sea el derecho mismo y no el Estado y su legislación. De ahí, en fin, que la sujeción del poder al derecho sea judicial y no legal<sup>297</sup>.

### (III) Tercera vertiente, *règne de la loi*, por la pendiente totalitaria

El otro modelo más difundido de Estado de derecho bajo la Modernidad ilustrada fue el *règne de la loi*. Principal razón de su celebridad, fue la difusión que alcanzó en cuatro continentes. En comparación con las versiones anteriores constituía algo radicalmente nuevo. Mientras la hispánica y la inglesa se forjaron empíricamente en el curso de siglos mediante una lucha concreta para combatir los abusos contra las personas, el *règne de la loi*, fue elaborado en poco tiempo –irónicamente dice Jovellanos en pocos días– por teóricos y pensadores de gabinete, quienes vieron en la ley estatal un instrumento para rehacer el país real conforme a los dictados de la razón, vale decir, de los filósofos dieciochescos.

Así pues, la constitución deja de entenderse como una tejido viviente de instituciones y leyes fundamentales, para considerarse como una suerte de pacto social, consignado por escrito y destinado a rehacer el país real según los dictados de la razón. Por lo mismo, se la llama ley fundamental y sus promotores y redactores se proclaman llamados a hacer felices a los pueblos. «Hacednos felices», dijo literalmente a los constituyentes chilenos el Presidente Prieto en 1833, palabras que no son nuevas, pues repiten lo que venían diciendo los monarcas ilustrados de Europa<sup>298</sup>.

<sup>296</sup> Acerca del totalitarismo blando, ATIYAH, nota 117. REINHARD, nota 9. BOVARD, nota 9.

<sup>297</sup> PEREIRA MENAUT, nota 12.

<sup>298</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, *El absolutismo ilustrado en Hispanamérica*, Chile (1760-1860), Santiago 1992, 13.

Las primeras de estas constituciones escritas datan de fines del siglo XVIII. Entraron a regir en 1789 en Estados Unidos y dos años después en Francia y Polonia<sup>299</sup>. Conforme a la creencia ilustrada en el progreso indefinido de la humanidad por obra de la razón, alientan pretensiones de validez universal. En consecuencia, se presentan a sí mismas como una especie de fin de la historia y descartan a las versiones hispánica e inglesa como intentos superados<sup>300</sup>.

## GOBIERNO DE LAS LEYES

El *règne de la loi* exalta el derecho escrito y prescrito de una vez para siempre en textos legales, como códigos y constituciones, a los que mira como máxima expresión de la razón y asilo contra la arbitrariedad. En comparación con este derecho legislado descalifica a la costumbre y a la jurisprudencia como reductos de la rutina y la ignorancia. De ahí que reduzca el Estado de derecho a la legalidad, es decir, a una suerte de autolimitación que se impone el propio Estado mediante la constitución escrita. Así, mientras Montesquieu relega al juez al lugar subalterno de «la boca que pronuncia las palabras de la ley»<sup>301</sup>, Rousseau y otros autores hablan de reemplazar el gobierno de los hombres, por el gobierno de las leyes<sup>302</sup>, vale decir, de instaurar el *règne de la loi*. El arte del buen gobierno, cede paso a la técnica de fabricar constituciones<sup>303</sup>.

Por constitución entienden los ilustrados un documento, extendido en un papel, por el cual se garantizan los derechos individuales mediante una autolimitación del poder del Estado, cuyo ejercicio se divide entre los llamados tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial<sup>304</sup>. Según esto, el Estado sólo puede hacer lo que la ley y la constitución permiten, en tanto que los individuos pueden hacer todo lo que ellas no prohíben. Por este medio, se cree poder poner a salvo, de una vez para siempre a los individuos del mal gobierno o, al menos, los abusos de los gobernantes.

El *règne de la loi* introduce así una dualidad Estado-sociedad, basada en una visión contractualista de ambos. Así como los individuos forman la sociedad por un pacto, confieren el poder a los gobernantes mediante elecciones periódicas. Ahora bien, por ser artificial, esta contraposición Estado-sociedad,

<sup>299</sup> McILWAIN nota 12. MOHNHAUPT, y Grimm, nota 285.

<sup>300</sup> Acerca de la noción y de sus diferencias con el *rule of law*, ver bibliografía notas 1 y 2.

<sup>301</sup> MONTESQUIEU, Charles Secondat, *De l'esprit des lois*, Ginebra 1748. IMBODEN, Max, *Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung*, Berlín 1969.

<sup>302</sup> BALLADORE PALLIERI, Giorgio, «La crisis de la personalidad del Estado»; en RIPERT, Georges *La crisi del diritto*. Padua 1953, trad. castellana Barcelona 1961.

<sup>303</sup> HENNIS, Wilhelm, *Politik und praktische Philosophie. Schriften zur politischen Theorie*, Neuwied-Berlín 1963. El mismo, «Über die Krise der Politik in Neuzeit», en *Merkur*, Munich, trad. castellana en *Humboldt* 48, Munich 1972.

<sup>304</sup> RAUSCH, Heinz (ed.), *Zur heutigen Problematik der Gewaltenteilung*, Darmstadt 1967, con trabajos de diversos especialistas.

sólo puede ser impuesta y mantenida, por un Estado y por una ley que estén por encima del derecho. De ahí que los gobernados, sin poderes que se interpongan entre ellos y el Estado, estén condenados a una sumisión incondicional. Según esto, la sociedad civil sin imperio, formada por una masa de individuos aislados entre sí e inermes frente al poder y a los poderosos, viene a ser la antítesis de la comunidad política, con múltiples poderes que en el Estado jurisdiccional hispánico o inglés se interponían entre gobernantes y gobernados.

El hecho, reemplazar el gobierno de los hombres por el de las leyes, tuvo un costo. Supuso desligar al Estado del monarca y por tanto abandonar sus fines supremos y permanentes en manos de la oligarquía. Al Estado del Príncipe, instrumento suyo para llevar a cabo sus tareas de gobernante, le sucedió un Estado institución, autosuficiente, del que el monarca pasó a ser primer servidor, para emplear la expresión de Federico II de Prusia y otros reyes ilustrados. Se le llama jefe de Estado. Como tal no es más que un órgano del Estado, susceptible, por tanto, de ser reemplazado por un jefe de Estado temporal. Lo que pierde no son tanto sus poderes, como su condición de detentador único del poder supremo y, como tal, su papel de garante de los otros poderes y de los débiles frente a los poderosos.

Como explica Balladore Pallieri, citado más arriba, con este elemento personal desaparece la responsabilidad del gobernante para hacer valer los fines supremos y permanentes del Estado frente a los poderosos. Este vacío que deja la monarquía lo llenó la oligarquía. No pudo ser de otro modo, ya que la minoría dirigente era su principal concurrente. A falta del rey, no había otra alternativa que ella en alguna de sus múltiples formas, desde facciones hasta partidos organizados y desde éstos hasta la llanada *nomenklatura*. De esta manera, por un rodeo, el gobierno de las leyes, va a parar, a la postre, a un inconfesable gobierno de los hombres. Las constituciones escritas pretenden en vano establecer una autolimitación.

## CONSTITUCIONES ESCRITAS

Las constituciones escritas se ajustan hasta hoy a un patrón bastante estereotipado. Al respecto, la *Déclaration* francesa de 1789 es enfática: «Toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece en absoluto de constitución»<sup>305</sup>. Es decir, la constitución escrita recoge bajo una nueva forma los mismos dos componentes milenarios del Estado de derecho: protección de los gobernados y sujeción del poder al derecho. Una excepción es la de los Estados Unidos. Por ser la primera, no tuvo un modelo que copiar. Entregados a sí mismos, sus redactores no atinaron a mencionar garantías para los gobernados frente al poder. Se contentaron con establecer un gobierno común para las trece colonias. Pero muy

---

<sup>305</sup> *Déclaration...*, nota 24, 16.

pronto, siguieron el precedente europeo e incorporaron, mediante una enmienda, algunas garantías al texto<sup>306</sup>.

Este núcleo teórico del constitucionalismo se complementa con otros elementos, muchos de ellos tomados de la práctica inglesa. Por lo mismo no resultan fáciles de implantar en otras partes. Después de todo, práctica y costumbre son como una segunda naturaleza, mucho más difícil de reproducir que los textos. No obstante se intenta introducirlas por la vía de la constitución escrita y otras, simplemente de hecho. Como es el caso del parlamento o de los partidos políticos. También se importan de Inglaterra, aunque con dispar fortuna, la representación electoral y los jurados y el *habeas corpus*. En algunos países, como los hispánicos, este recurso reemplazó a la protección de los gobernados por la Judicatura, cuya competencia fue reducida por las constituciones a los asuntos civiles y criminales. Con ello, la Judicatura quedó convertida en ese poder casi nulo, anticipado por Montesquieu, y los gobernados indefensos frente a los gobernantes.

Las constituciones escritas tuvieron gran difusión en Europa y en el resto del mundo. Pero su extensión fue más aparente que real. Una cosa es la constitución misma y otra las instituciones. Rara vez coinciden. Hay instituciones que lo son más bien de papel, como el parlamento, e instituciones *de facto*, como los partidos políticos, sin contar con los gobernantes que, a menudo, no llevan ni de apunte la constitución: llegan como pueden al poder, lo ejercen según su leal saber y entender y lo dejan, voluntariamente o no, al margen de la constitución.

Fuera de Europa numerosos países donde ni siquiera se conocía el Estado de derecho, acogieron sin grandes dificultades el *règne de la loi*. Tal es el caso de colonias europeas, de Turquía, Japón, el mundo árabe y demás. Allí su introducción no chocó contra un Estado jurisdiccional establecido, pero tampoco halló puntos de apoyo en las instituciones existentes. Fue más bien una superestructura, a menudo más vistosa que efectiva. No obstante, esta difusión impresionó y contribuyó a dar fama mundial a esta versión del Estado de derecho. Le granjeó por decirlo así, una suerte de carta de ciudadanía entre las oligarquías que manejan los Estados y las organizaciones internacionales<sup>307</sup>.

## ENTRE DOS CONSTITUCIONES

Otra cosa fue en países que tenían su propio Estado de derecho, como los de Europa o del mundo hispánico. Allí se planteó un conflicto entre dos constituciones, la suya fundada en su instituciones y la escrita, producto de la Ilustra-

<sup>306</sup> *Constitution of the United States of America (1787)*, ed., PRITCHET, Herman C., *The American constitution*, Nueva York 1959, incluye las enmiendas hasta 1951.

<sup>307</sup> COLOMBO, Juan, *El debido proceo constitucional*, Santiago 2003.

ción. En Europa hubo diversas maneras de enfrentarlo. Un camino fue el de Inglaterra y Hungría, que renovaron su Estado jurisdiccional, sin abandonar su constitución histórica<sup>308</sup> y otro, el de Francia, que, por el contrario, para reemplazar el Estado jurisdiccional por el *règne de la loi*, necesitó de una revolución y una larga serie de constituciones escritas que se prolonga desde 1791 hasta 1958<sup>309</sup>. En el resto del continente, la solución más notable fue el *Scheinkontitucionalismus* prevaleciente en Austria y Europa Central, que combinó una fachada constitucional al gusto de la época con la subsistencia de las propias instituciones<sup>310</sup>. Los demás países, por lo general se inclinaron o por el precedente inglés o por el francés.

Donde el conflicto entre las dos constituciones llegó al paroxismo fue en el mundo hispánico. Según hemos visto, por diversas razones se eternizó. Por excepción se acudió al *Scheinkontitucionalismus*, pero en general estos países, como lo pronosticó Jovellanos, son un *hoyo negro* donde mueren las constituciones escritas. En ellos resulta difícil tomar en serio una «constitución que se hizo en pocos días, se contuvo en pocas páginas y duró pocos meses»<sup>311</sup>.

Por lo demás, la experiencia tampoco ha sido afortunada en otras partes. Salvo casos como el de Bélgica, las constituciones escritas no duran y a veces acaban en un espantoso *Gottesdämmerung*, crepúsculo de los dioses. Así sucedió, sin ir más lejos, con tres textos que los autores tienen por cumbre entre las constituciones escritas. Los tres datan del primer tercio del siglo XX: la constitución de Weimar para Alemania de 1919, la de Kelsen para Austria de 1920, y la de 1931 en España. Ninguna duró y todas se hundieron en medio de una catástrofe sin precedentes. La alemana con la implantación, por vías exquisitamente legales, de un Estado totalitario nacionalsocialista<sup>312</sup>, la de Austria en la dictadura, a la que siguió su desaparición como Estado, para anexarse al Estado nacionalsocialista alemán (*Anschluss*)<sup>313</sup> y la española en las matanzas de la II república y la guerra civil<sup>314</sup>. No obstante estas experiencias, los textos se siguen considerando como modelos.

<sup>308</sup> Véase nota 12.

<sup>309</sup> BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique*, 11 vols, París 1966-1977. HAURIUO, André, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París 1970. GODECHOT, Jacques (hrgr.), *Les constitutions, de France, depuis 1789*, París 1970. DUVERGER, Maurice, *La monarchie républicaine*, París 1974. CHEVALIER, Jean-Jacques, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France*, París 1981. ROSONVALLON, Pierre, *L'état en France de 1789 à nos jours*, París 1990. MORABITO, Marcel, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, París 2001.

<sup>310</sup> Véase nota 259.

<sup>311</sup> JOVELLANOS, nota 14.

<sup>312</sup> GOZZI, G. y SCHIERA, Pieragnelo, (eds.), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bolonia 1987. WINKLER, H. A., *Weimar 1918-1933. Die Geschichte des ersten deutschen Demokratie*, Munich 1993. BRACHER, Karl Dietrich, *Die nationalsozialistische Machtergreifung*, Berlin 1960.

<sup>313</sup> GOZZI y SCHIERA, nota 312; BRAUNEDER, Wilhelm, *Österreichische Verfassungsgeschichte*, Viena 2001.

<sup>314</sup> GARCÍA ESCUDERO, nota 231.

## AUTOLIMITACIÓN DEL PODER

La historia del *règne de la loi* tiene algo de contradictorio. Exalta al Estado, pero anula al derecho. Lo que no puede menos que conducir a un aplastamiento del derecho por el Estado y, en definitiva, a una autodestrucción del Estado de derecho. Así terminó por suceder a la vuelta de dos siglos con la transformación del Estado de derecho en Estado totalitario. La estatización de derecho hizo desvanecerse como en un espejismo la autolimitación estatal.

La clave de la exaltación del Estado es la disociación ilustrada entre el más acá y el más allá, que reemplaza la visión teocéntrica del mundo y del hombre por otra antropocéntrica. A ella se suma la disolución de la comunidad política, compuesta de grupos menores en una masa de individuos que forman la sociedad política. En consecuencia, el Estado se alza por encima del orden trascendente y del orden institucional. Sin nada por encima suyo ni nada organizado por debajo, el Estado se transforma en el único poder en su territorio y sobre la población y pasa a sustituir la diversidad del *suum cuique* por la igualdad impuesta desde arriba. Entonces la constitución y la leyes dejan de servir para amparar a los gobernados frente al poder, y sirven para someterlos a la *Nomenklatura* dominante.

El precio de este monopolio del poder por el Estado es una transformación institucional. Se elimina la jurisdicción repartida entre una pluralidad de poderes –supremos y menores o intermedios– propia del Estado jurisdiccional. Entonces, aunque se divida su ejercicio en los tres consabidos poderes de la doctrina constitucional, se produce, lo que Hespanha denomina «una expropiación política de la sociedad»<sup>315</sup>: «La progresiva expropiación de los poderes políticos de entidades superiores (papado, imperio) o inferiores (señoríos, ciudades, corporaciones, familias) y la consiguiente erupción de una entidad monopolizadora del poder político, contrapuesta a una sociedad expropiada de ese poder, sociedad civil»<sup>316</sup>.

El Estado entra en conflicto con los demás poderes, el supremo de la Iglesia y los inferiores, y reduce a la población a una *sociedad civil sine imperio*, convertida en una masa de individuos iguales e indefensos frente a él. Se contraponen los intereses públicos a los privados, que en el Estado jurisdiccional eran componentes armónicos de una entidad más vasta: el bien común.

Sin barreras ni contrapoderes que contengan desde fuera al Estado, cobra forma el dualismo Estado-sociedad<sup>317</sup>, antesala del totalitarismo, duro o blan-

<sup>315</sup> HESPANHA, *A Vesperas...* nota 8.

<sup>316</sup> HESPANHA, «Para una teoría...», nota 8, 20.

<sup>317</sup> Sobre la génesis y sentido de la contraposición Estado-sociedad, BRUNNER, Otto, nota 35, esp. pp. 115 y ss. SCHIEDER, Theodor, *Staat und Gesellschaft im Wandel unser Zeit*, Munich 1958. SCHMITT, Carl «Der Gegensatz von Gemeinschaft und Gesellschaft als Beispiel einer zweigliederten Unterscheidung», en LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Estudios jurídico-sociales* Homenaje a, Santiago de Compostela 1960. EHMKE, Horst, «Staat und Gesellschaft des Verfassung-theoretisch Problem»; en SMEND, Rudolf, *Festschrift*, Tubinga 1962. CONZE, Werner (ed.),

do, del siglo XX<sup>318</sup>. Se contraponen dos esferas de acción, la del Estado y la de la sociedad civil sin imperio. La estatal se rige por la ley y la de la sociedad, por el contrato, lo que se traduce en la polaridad público-privado, con el cortejo de dualismos, que le siguen, como estatal y particular, gubernativo y judicial, político y social, y demás<sup>319</sup>.

## DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA

Bajo el signo del endiosamiento de la ley, legisladores, constitucionalistas y codificadores decimonónicos no trepidaron en acudir a su omnipotencia para rehacer el país real conforme a los dictados de la razón. Su meta ya no fue como en las antiguas versiones del Estado de derecho, hispánico e inglés, el *si recte facias* ni para el *rule of law* prosaico combatir día a día abusos concretos contra las personas y sus bienes. El Estado cambia de fines, de dar y amparar a cada uno en lo suyo, como lo pide el derecho, pasa a construir un mundo mejor y más seguro, basado en la ley, como instrumento para imponer a todos lo mismo, lo que, después de todo, es antítesis del derecho.

En otras palabras el constitucionalismo desarticula la comunidad viviente, constituida por una trama de personas e instituciones, para reemplazarla por una sociedad, ideada por los pensadores y expertos, compuesta por individuos, iguales entre sí, como accionistas de una sociedad anónima. La diversidad del país real, de las personas, los bienes y las instituciones que lo conforman se

---

«Staat und Gesellschaft in deutschen Vormärz», Stuttgart 1962, con estudios de varios especialistas. ANGERMAN, Erich (ed.), «Das Auseinandertreten von Staat und Gesellschaft im Denken des 18. Jahrhundert», en *Zeitschrift für Politik* 10, 1963; ahora en BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (ed.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt 1976, con trabajos de diversos especialistas. El mismo «Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat»; en BRUNNER, Otto, *Festschrift*, 1963. El mismo, «Die Bedeutung der Unterschied von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart»; en HEFERMEHL, Wolfgang, *Festgabe*, Stuttgart 1972, ahora ambos en el mismo, *Recht, Staat, Freiheit*, Francfort 1991. RIEDEL, M. *Bürgerliche Gesellschaft und Staat bei Hegel*, Neuwied 1970. BOBBIO, Norberto, *Società e Stato, de Hobbes a Marx*, Turín 1973. GARCÍA-PELAYO, Manuel, «La organización de intereses y la teoría constitucional», en *Politeia* 4, 1975, ahora en el mismo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid 1977. ENGELHARDT, Ulrich y otros (editores), *Soziale Bewegung und politische Verfassung*, Stuttgart 1976; QUARITSCH, Helmut (ed.), «Von ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Gleichheit», en *Der Staat* 4, Berlín 1980, con trabajos de varios especialistas. HESPANHA, Antonio Manuel, «Poder...» nota 16. KOSLOWSKI, Stefan, *Die Geburt des Sozialstaates aus dem Geist des deutschen Idealismus. Person und Gemeinschaft bei Lorenz von Stein*, Wenheim 1989. Para Chile, BRAVO LIRA, Bernardino, «Comunidad política y representación del pueblo en Chile. De la conquista a la ilustración» 1541-1760 en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 14, 1991. El mismo, «Ilustración y representación del pueblo en Chile 1760-1860» en *Política* 27, Santiago, 1991. El mismo, «Sociedad de clases y representación electoral en Chile 1860-1924» en *Revista Chilena de Derecho* 18, Santiago, 1991.

<sup>318</sup> REINHARD, nota 9. TOCQUEVILLE, Alexis de, *L' Ancien Régime et la Révolution*, París 1856, trad. castellana, Madrid, 1969.

<sup>319</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (ed.), *Staat und Gessellschaft*, Darmstadt 1957, con trabajos de diversos especialistas.

deja de lado y se implanta un modelo ideal, único, igualitario, de individuos y derechos, que se tiene por válidos para todos los hombres y todos los pueblos, de todos los tiempos.

En estas condiciones, Estado e individuos quedan frente a frente. Lo único que se interpone entre ellos es la ley. Pero una ley que el Estado es dueño de modificar a su arbitrio porque es obra suya. Ciertamente, los individuos pueden hacer todo lo que la ley no prohíba, pero el Estado no tiene límites a la hora de imponer prohibiciones. En consecuencia la autolimitación del Estado por la constitución y las leyes, que para los autores y publicistas representaba la máxima superioridad del Estado constitucional frente al jurisdiccional, al que llaman peyorativamente absoluto, es corrediza. Tiene más de mito que de realidad, tanto que al cabo de siglo y medio fue a parar al Estado totalitario <sup>320</sup>.

Por este camino el Estado se torna cada vez más absorbente. No cesa de crecer a costa del país real. Y la ley, de cambiar de signo. Deja de ser un límite para el Estado y se convierte en un instrumento de opresión. Cunde entonces el abuso legalizado, es decir autorizado por la ley o la constitución, frente al cual los gobernados no tienen defensa, lo que no es sino la antítesis del Estado de derecho <sup>321</sup>. Nadie está en condiciones de hacer valer un derecho supraestatal frente al poder. Los individuos, según la constitución escrita, iguales entre sí y con los mismos derechos, se encuentran de hecho aislados e inermes frente al Estado y a los gobernantes. La legalidad se trueca en legitimación de las actuaciones del poder, por el procedimiento. Según explica Luhmann, basta con atenerse al procedimiento, para que cualquier cosa pueda hacerse <sup>322</sup>. En tales casos, frecuentes en el totalitarismo blando, se pasa a llevar el derecho sin el menor reparo.

## ESTATALIZACIÓN DEL DERECHO

Este desenlace es todo menos inesperado. El *règne de la loi*, contrariamente a lo que su nombre hace suponer, no está fundado en la ley, tal como se entendía generalmente en Europa hasta el siglo XIX, sino en la noción ilustrada de ley, como expresión de la razón humana. En contraste con ella, desde el nacimiento del *ius commune* en las universidades en el siglo XI siempre se entendió la ley como expresión de un derecho anterior y superior al gobernante y a los gobernados, inscrito, en último término, en un orden teocéntrico <sup>323</sup>. En este sentido, se dice en las *Partidas* que sus mandamientos *deben ser leales, derechos y cumplidos, según Dios y según justicia* <sup>324</sup>. Para la Ilustración, en cambio, la ley estatal

<sup>320</sup> COSTA Y ZOLO, nota 199, 93-94.

<sup>321</sup> LUHMANN, Niklas, *Wahrheit und Ideologie*, en *Soziologische Aufklärung*, Opladen 1971. SAMPAIO FERRAZ, Tercio, «Direitos do homem, positivização do direito e perversão ideológica», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 12, Granada 1972.

<sup>322</sup> LUHMANN, nota 31.

<sup>323</sup> BEHRENS, Okko, y LINK, Christoph (eds), *Zum römischen und neuzeitlichen Gestzsbegriff*, Gotinga 1987, con contribuciones de varios especialistas.

<sup>324</sup> Siete Partidas, 1,1, 4. BRAVO LIRA, nota 5.



está desligada de todo orden más alto, superior a ella misma. Producto de la razón humana, es un simple acto de poder, emanado del Estado, válido por sí mismo. Como tal reclama para sí una sumisión y rendimiento, indiscutido e indiscutible, hasta entonces reservado a los textos sagrados.

Esta sumisión incondicionada a la ley es una novedad en el mundo cristiano, acostumbrado a la dualidad sacro-profano, donde nadie en la tierra tiene un poder irrestricto sobre el hombre<sup>325</sup>. Introducida por la Ilustración, en nombre de la razón, tiene algo de coránico u oriental<sup>326</sup>. A diferencia de lo que sucede en el derecho común y en el castellano no cabe examinar si es justa o injusta, buena o mala, ni deliberar si una vez acatada, corresponde o no cumplirla. Ahora, no hay nada que examinar. Toda ley por el hecho de serlo ha de ser obedecida y cumplida sin más. El reinado de la ley es, pues, un reinado de la legalidad por la legalidad. Ahora bien, dicha legalidad «puede muy bien ser utilizada para aniquilar el derecho, las personas y pueblos enteros.

Reducir el derecho a la constitución y las leyes tiene un precio. Invierte la relación entre Estado y derecho y abre las puertas para la estatización del derecho. En lugar de una primacía del derecho sobre el poder, se instaura una primacía del poder sobre el derecho. Somete el derecho al Estado, es decir, lo estatiza. En estas condiciones la Judicatura es apartada de la protección de las personas. Se la encierra en los asuntos civiles y penales e inhabilita para interponerse entre el poder y los gobernados; entonces pasa a ocupar un lugar subalterno, que le asignó Montesquieu, como un mero poder del Estado, por cierto, el último de todos y, por añadidura, casi nulo.

La inhibición de la Judicatura sigue vigente. Mientras en la Europa continental, los tribunales constitucionales abren una brecha, con su competencia para proteger a los gobernados frente al poder<sup>327</sup> en los Estados Unidos se cuestiona su razón de ser y su eficacia y en países como Chile, el legalismo tiene todavía representantes. Todavía en 1992 el Presidente de la Corte Suprema, ante la estupefacción de muchos, inauguró el año judicial con estas palabras: «la ley la dicta(n) el... Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo y ellos dicen lo que es justo, sin que sea permitido al juez discutir o dudar de la justicia que la ley encierra». A estas alturas, en plena descodificación, sus palabras merecieron de Gonzalo Vial, por todo comentario: «ni siquiera dudar»<sup>328</sup>.

## PROTECCIÓN A LAS PERSONAS

Naturalmente la protección no puede ser igual en esta nueva sociedad política que en la antigua comunidad política. En la medida en que conviven ambas

---

<sup>325</sup> AQUINATIS, nota 117.

<sup>326</sup> HATTENHAUER, nota 116.

<sup>327</sup> COLOMBO, nota 307.

<sup>328</sup> VIAL CORREA, Gonzalo, «Recensión» a BRAVO LIRA, Bernardino *El Estado de derecho en la Historia de Chile*, Santiago 1996, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, Santiago 1996.

se contraponen dos maneras distintas de plantearla: una propia, más realista y efectiva y otra importada, más abstracta y declamatoria. La primera corresponde al Estado jurisdiccional, con múltiples poderes que juegan entre sí, y la segunda al Estado regulador, bajo un poder único al cual los demás han quedado subordinados. Su coexistencia es altamente significativa. Reflejan otro hecho, en cierto modo opuesto. Estos pueblos son demasiado experimentados, como para contentarse con una protección que se reduce a papeles y buenas palabras, es decir, con garantías o declaraciones de derechos. Por eso, no renuncian a su tradición milenaria de asegurar a las personas y a lo que de alguna manera les pertenece, por medios concretos y operantes. Si, como observa Stolleis, en el *règne de la loi* los medios de protección de las personas distan de estar al alcance de todos,<sup>329</sup> en cambio en el Estado jurisdiccional, la pluralidad de grupos y poderes así como la variada gama de recursos, visitas, residencias y privilegios para las *miserabiles persona* parecen haber sido ordinariamente más accesibles al común.

Para el hombre concreto no es igual protección legal o judicial. No es igual el mundo de los bienes, que pueden hacerse valer judicialmente, al de los derechos que, en la práctica, deja al ciudadano cada vez más aislado e indefenso frente al Estado. La concentración del poder, coloca a los gobernados a merced de los gobernantes, sin otro amparo que estos derechos de papel. La protección judicial frente a abusos de gobierno es sustituida por unas garantías constitucionales, tan ineficaces como las propias constituciones<sup>330</sup>.

Al cabo de dos siglos, desde la constitución de Estados Unidos que entró a regir en 1789 hasta el derrumbe de la Unión soviética en 1991, el *règne de la loi* parece haber recorrido el ciclo completo. Se abre con las primeras constituciones escritas a fines del siglo XVIII, donde los derechos individuales aparecían como garantía de la libertad y seguridad de los ciudadanos frente al Estado, y se clausura a mediados del siglo XX en que esta autolimitación se desvanece, hasta el punto de que las propias constituciones se utilizan en contra de ellos, como instrumentos de disciplinamiento y opresión, a veces por medios inhumanos, a veces suavizados, según sucede, en todo el espectro que va desde la Unión Soviética hasta los Estados Unidos<sup>331</sup>.

## DEL GOBIERNO DE LAS LEYES AL DE UNA NOMENKLATURA

Según esto, la estatalización del derecho en el siglo XIX no fue más que un primer paso en el camino por el cual el gobierno de las leyes, pregonado por los ilustrados del siglo XVIII, ha venido a parar en el totalitarismo duro o blando. del siglo XX. Muchos creyeron que este deslizamiento podía frenarse en algún punto, pero tenía su propia dinámica, la burocracia, la *Nomenklatura* no suelta su presa, de suerte que ha sido difícil no verse arrastrado hasta el fin. En todo

<sup>329</sup> STOLLEIS, nota 29.

<sup>330</sup> BRAVO LIRA, «Honor, vida y hacienda...» nota 8. El mismo, nota 150 y Barrientos, nota 150.

<sup>331</sup> WYSCHINSKI, nota 33. BOVARD, nota 9.

caso, este llegó inesperadamente con la caída de la Unión soviética y la extinción consiguiente de la creencia en el progreso indefinido y el ideal ilustrado de rehacer el país real por el Estado.

Tras el derrumbe de la Unión soviética en 1991, uno de los temas que más inquieta es esta tendencia del Estado a invertir la función de la ley. Ya lo había entrevisto Tocqueville en el caso de la democracia en los Estados Unidos<sup>332</sup>, y lo corroboraron los Estados totalitarios del siglo XX, el socialismo internacional de la Unión soviética y el nacional socialismo del Tercer Reich.

Si algo queda en evidencia, a estas alturas, es cuán ilusoria resulta una autolimitación del Estado mediante la constitución y las leyes. El mito comienza a desmoronarse. Naturalmente, desde las cumbres, desde las grandes figuras, pero demora en alcanzar a los *di minori*. Cada vez son más numerosas y autorizadas las voces que muestran su desencanto por el *règne de la loi*, su vacío y sus limitaciones. Proviene de países de uno y otro lado del Atlántico, donde se supone que ha alcanzado su más alto grado. En Alemania Stolleis, hace ver que este Estado de derecho sólo está al alcance de unos pocos y en pocos pueblos del mundo: «es caro, aunque valioso, de modo que, no sin razón los Estados más pobres del mundo no pueden ni quieren financiarlo»<sup>333</sup>. De su lado, Rupp, lo califican redondamente de «parasitario, en cuanto de él se aprovechan casi todas las personas de peso en un país y por lo mismo no sacan la voz»<sup>334</sup>, es decir hacen la vista gorda sin importarles sus deficiencias. En Estados Unidos, Bovard denuncia que el gobierno de las leyes ha dejado de constituir un límite para el Estado y amparo para las personas y se ha convertido en instrumento del Estado, para igualar y disciplinar a los ciudadanos<sup>335</sup>.

Ante esta situación, algunos buscan salvar la autolimitación por medio de declaraciones internacionales, como la europea o la panamericana, en la práctica poco observadas por los Estados suscriptores, como se ve en los horrores cometidos por lo estadounidenses contra poblaciones indefensas y contra prisioneros de guerra<sup>336</sup>. Otros, con mayor realismo, acuden no a una autolimita-

---

<sup>332</sup> Tocqueville, nota 33.

<sup>333</sup> Stolleis, nota 29.

<sup>334</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, «Los Estudios sobre la Judicatura chilena en los siglos XIX y XX», en *Revista de Derecho Público* 19-20, Santiago 1976, Ahora en El mismo, *El juez entre el derecho y la ley...*; nota RUPP, Hans Heinrich, «Die Krise des Rechtsstaats— aus der Sicht des öffentlichen Recht»; en LÜKE, nota 29.

<sup>335</sup> BOVARD, nota 9.

<sup>336</sup> Los Estados Unidos no contribuyen demasiado al respeto a las personas ni dentro ni fuera de sus fronteras. Antes bien, no parece importarles tampoco. De hecho no es raro que al respecto hagan caso omiso de los tratados, las leyes e incluso las reglas de humanidad sobre acciones de guerra, trato a los prisioneros y prisión ilegal. La CIA mantiene cárceles secretas en diversos países del mundo. En octubre de 1989 se autorizó al FBI –Oficina Federal de Investigaciones–, para apresar, sin autorización el país respectivo, a cualquier persona, de cualquier nacionalidad, en cualquier parte del mundo. Con ello se legalizó la caza del hombre por la CIA, algo que los países civilizados practicaban tenían por inconfesable. Se puso así a los hombres por debajo de las fieras, que no pueden cazarse en territorio ajeno. BRAVO LIRA, Bernardino, *Poder y respeto a las personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX*, Valparaíso 1989. El mismo, «Kraft im Recht. Europa e Iberoamérica frente a la violencia en el mundo de los Estados, tras el Wende», en *Staat und Politik. Beiträge aus Politischer Wissenschaft und Politischer Bildung*, Baden

ción, sino a una efectiva limitación por la vía jurisdiccional. Aquí entran en juego los Tribunales constitucionales, siempre que puedan acudir a ellos los propios afectados y siempre que su competencia les permita dejar sin efecto leyes y decisiones administrativas contrarias a la constitución<sup>337</sup>. Pero también hay dificultades. Las constituciones duran poco y cambian mucho, a veces sucede lo mismo con los miembros del tribunal y, sobre todo, la competencia suele limitarse a supevisar la aplicación de un texto como la constitución. En todo caso ninguna de estas iniciativas es suficiente por sí misma. Lo que lleva a pensar de nuevo en las barreras y contrapoderes al modo del Estado jurisdiccional o al modo del *status publicus* que han alcanzado de hecho organizaciones intermedias entre el Estado y los ciudadanos<sup>338</sup>.

## ESTADO DE DERECHO Y POSTMODERNIDAD

Pocas palabras bastan para sacar el balance de la Modernidad ilustrada. Las tres versiones del Estado de derecho siguen un derrotero propio. También los resultados son dispares. La suerte de la protección a las personas y sus bienes en los países hispánicos fue muy distinta a la de los individuos y sus derechos en la Europa de allende los Pirineos y en Estados Unidos. Allí, bajo el lema de Kelsen, todo Estado es Estado de derecho, ni el *règne de la loi*, ni tampoco el *rule of law* pudieron evitar ser arrastrados por las aguas que llevan a la antítesis del Estado de derecho, el totalitarismo. Sólo el mundo hispánico, fue una excepción. Como estos pueblos no suelen tomar demasiado en serio las ideologías del racionalismo europeo, allí sólo se llegó a una mascarada burocrática, a la que no sin humor se llamó *Ogro filantrópico* o *Dinosaurio*<sup>339</sup>.

No podía ser de otro modo. Cómo van creer en constituciones escritas, si en dos centurias ha habido tantas, más de doscientas; o cómo confiar en los gobernantes, si han caído a centenares: tomarse en serio parlamentos de papel, que funcionan en forma intermitente; prestar atención a garantías individuales y autolimitación del poder, inútiles para impedir el exilio, el despojo y otros abusos. En todo caso, esta indiferencia fue eminentemente positiva en cuanto bloqueó el deslizamiento hacia el totalitarismo. Sin intentar una explicación, cabe ver en este desenlace una derrota del *mythos* frente al *logos*. La decepción de quienes creían en un país legal, más humano y más feliz, de las constituciones, los individuos y los derechos, reconforta a quienes creían en del país real, con defectos y limitaciones, de las personas, los bienes y los recursos judiciales.

---

Baden 2003. De los campos de prisioneros de Bagram y de Guantánamo se tenía noticia. Sobre la denuncia de Joe Darby que provocó la investigación sobre el trato en Abu-Ghraib, Die Presse, Viena 17 de agosto de 2006. El Mercurio, Santiago 13 de diciembre de 2005.

<sup>337</sup> COLOMBO nota 307.

<sup>338</sup> YÁÑEZ, nota 268.

<sup>339</sup> PAZ, Octavio *El ogro filantrópico*, México 1979. PENNA, José Osvaldo, *Dinossauro*, Sao Paulo 1988.

## SÍNTESIS Y CONCLUSIÓN

### CASUISMO, PRECEDENTE, LEGALISMO

Al cerrar estas páginas vale la pena echar un vistazo a algunas constantes de esta historia milenaria. Hasta ahora hemos examinado más que nada sus variantes, en un estudio que podemos llamar de tejas abajo. Llega el momento de redondear este enfoque pormenorizado, con otro más panorámico, de tejas arriba, que permita entrever, por encima de los hechos mismos, las grandes directrices o constantes que dominan su historia del Estado de derecho, en sus distintas versiones *more* hispánico, *more* inglés y *more* ilustrado.

Para eso hace falta, ante todo, abrirse camino por una verdadera selva de generalizaciones y malentendidos. Da la impresión que mientras más se habla de Estado de derecho menos se precisan sus contornos. Ditirambo y desencanto alternan entre sí. En nuestro caso, al menos, hemos optado por un criterio estricto, atenido a los hechos. Dejando de lado lucubraciones, construcciones doctrinales, teorías o ideales, nos hemos concentrado en tres versiones históricas del Estado de derecho, vale decir, en tres realizaciones institucionales del mismo, que han tenido vigencia en un tiempo y espacio determinado. En el terreno concreto de las instituciones todo empuja a desmontar la trama de hechos y *mythos* en que a menudo se debate la bibliografía. Este enfoque, puede contribuir de algún modo a poner las cosas, si no en su lugar, al menos, en términos más atendibles.

De esta manera, podemos perfilar mejor cada versión, seguir más de cerca su historia y sobre todo, avanzar en el análisis comparativo. Desde luego, las tres son europeas, pero no por eso dejan de ser diferentes y aun seguir un curso divergente. Cada una tiene su forma y destino singulares. Surgen en épocas distintas, tienen un fundamento y una historia propios. Cada una está marcada por la época de origen y por la manera en que se forja. En este sentido puede hablarse de constantes. Cabe decir que el Estado de derecho *more hispánico* se forja fundamentalmente de modo casuista, en tanto que el *rule of law* se basa en precedentes y el *règne de la loi*, en la autolimitación.

Casuismo, precedente y autolimitación son otros tantos modos de buscar el respeto de los gobernados por el poder y los poderosos. Unas veces se apela a un fundamento exterior, como por un derecho anterior y superior al gobernante, otras se apela a una construcción interna, mediante la cual el propio poder detenga al poder. Según el dicho, *genio y figura hasta la sepultura*, estos modos parecen ofrecer una clave para comprender y desentrañar el carácter propio de cada versión del Estado de derecho y diferenciarla de las otras dos.

A primera vista resalta el contraste entre el hispánico y el inglés frente al ilustrado. Mientras los dos primeros fueron forjados en el curso de siglos, de modo tanteante, a fuerza de respuestas concretas a necesidades también concretas, como son, el caso o el precedente, el *règne de la loi*, por el contrario, es

una construcción ideal que por su génesis recuerda a Minerva, salida entera en un momento de la cabeza de Júpiter, y por su aplicación igual todos los pueblos, a Procusto y su lecho. Se propone regular, de una vez para siempre, al margen de las creencias y del pasado, la convivencia humana. Tal es la constitución escrita, redactada en pocos días, por unos pocos pensadores y teóricos y contenida en pocas páginas, mediante la cual se pretende sustituir la constitución histórica.

Caso y precedente –el que no es más que una forma de casuismo– son modos limitados de acercarse a la realidad, conscientes de asirla sólo en parte. Esto es lo propio de la experiencia y de la sentencia, las cuales colocan a la judicatura en la cúspide de la vida jurídica<sup>340</sup>. Ambas se inscriben dentro de una visión teocéntrica del mundo, consciente de que sólo a la sabiduría infinita es dado captar la realidad *tota simul*, totalmente en un solo acto. En cambio la mente humana no tiene más que ir por partes, dentro de sus propias posibilidades y limitaciones<sup>341</sup>. Por eso el *si recte facies* y el *rule of law* suponen un derecho anterior y superior al poder, a cuyo servicio están; el *règne de la loi*, por el contrario, en lugar de servir a un orden, fundado en las creencias y en pasado pretende fundar él mismo otro orden distinto y definitivo para la humanidad, discurrido por la sola razón humana, sin mayor referencia ni al más allá ultraterreno ni al pasado ni a la variedad de pueblos y lugares en más acá terreno<sup>342</sup>. En consecuencia: hace de la ley y del Estado, no de la Judicatura, la cúspide de la vida jurídica.

En otras palabras, el Estado de derecho, como realización histórica, sigue un curso incierto pero abierto bajo la moderación de la Judicatura, en cuanto construcción teórica, en cambio, se convierte en una mole cerrada y rígida, regulada por la ley.

En buenas cuentas el carácter del Estado de derecho depende, de hecho, de su fundamento, teocéntrico o antropocéntrico. En un caso el derecho está sobre el Estado y en el otro, al revés, el Estado sobre el derecho. Según eso, constituye una realización histórica o de construcción teórica y, aborda de una u otra manera la protección de los gobernados, el objeto y las formas de hacerla efectiva. En un caso recae sobre la persona y sus bienes y en el otro, sobre el individuo y sus derechos y, en consecuencia, se hace efectiva mediante recursos judiciales o mediante garantías constitucionales<sup>343</sup>.

<sup>340</sup> TAU ANZOÁTEGUI, nota 8. HESPAÑA, António, *Panorama histórico de la ciencia jurídica europea*, Lisboa-Macau 1994-1995.

<sup>341</sup> CHEVALIER, Jacques, *Histoire de la pensée*, 2 vols., París 1955, trad. castellana, Madrid 1958, 2.

<sup>342</sup> VOEGELIN, Eric *The new Science of Politics*, Chicago 1952, trad. castellana, Madrid 1968. BRAVO LIRA, el mismo, *Wissenschaft, Politik und Gnosis*, Munich 1959, trad. castellana, Madrid 1973. El mismo, *Politischen Messianismus. Die romantische Phase*, Colonia-Opladen, 1963, trad. castellana Madrid 1969. BERNARDINO, «El Racionalismo moderno», en: GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín y otros *Reflexiones sobre el socialismo liberal*. Santiago 1988, ahora, el mismo, «Construcción y desconstrucción, El sino del racionalismo moderno» (en prensa).

<sup>343</sup> BRANDT, nota 27. BRAVO LIRA, nota 8, trabajos citados allí.

## CASUISMO HISPÁNICO

El casuismo está en la entraña misma del Estado de derecho *more hispánico*. Podemos rastrearlo a lo largo de un milenio, desde sus orígenes en la Península Ibérica en los primeros siglos de la Reconquista hasta sus más recientes manifestaciones a ambos lados del Atlántico en el umbral de la Postmodernidad.

Antes de repasar sus grandes etapas, cabe considerar, a modo de introducción, el famoso *rex eris si recte facias, si non facis non eris*. Este aforismo de origen romano fue introducido en el mundo hispánico por Isidoro de Sevilla, donde arraigó con tanta fuerza que es hasta hoy un componente de la conciencia política<sup>344</sup>.

Recogido en el *Liber iudiciorum*, el *si recte facias* cobra vigencia en la Península Ibérica durante la Reconquista y con la Conquista se difundió también en ultramar. Más que una doctrina, es una actitud vital que, sin mayor sustento teórico, por vías fundamentalmente casuistas, persiste hasta hoy. Se prefiere el caso a la regla, es decir, la búsqueda de soluciones prácticas caso por caso, a la aplicación de una misma regla para todos ellos. Como lo expresa el propio adverbio *recte*, esto es, derechamente su fundamento, un derecho anterior y superior al poder. Aplicado al poder, condiciona su ejercicio: *recte* equivale a uso del mismo conforme a derecho. Según esto, su razón de ser es mantener el derecho, hacerlo prevalecer frente a los malhechores. Por eso, una disociación entre poder y derecho, resulta insostenible. Si el poder respeta efectivamente al derecho, los gobernados respetan al poder. A la inversa, la falta de sometimiento del poder al derecho repercute en una falta de sometimiento de los gobernados al poder<sup>345</sup>.

Sin ser demasiado agudo, se entrevé aquí una raíz de esa proverbial dificultad de los pueblos hispánicos de ambos mundos para tolerar el mal gobierno o de su soltura de cuerpo, no menos proverbial, frente a la ley. En principio se la acepta, pero de ninguna manera en forma incondicional. Pueden ocurrir tantas cosas, que sea mala o que no sea del caso aplicarla.

Tanto respecto del gobierno como de la ley, nos encontramos con una obediencia condicionada al uso que se haga del poder. Así lo proclama el tradicional grito *¡Viva el rey, muera el mal gobierno!* de los siglos XVII y XVIII<sup>346</sup>, que aflora bajo nuevas formas en los siglos XIX y XX, cada vez que el orden constitucional entra en crisis. En tales casos, una de dos: o bien el poder gobierna eficazmente dentro del derecho vigente o los gobernados buscan otra solución al margen del mismo. La constitución escrita es algo accesorio y prescindible, en comparación al bien del país. Según comprueba Reyes Álvarez en un reciente estudio sobre gobiernos civiles y militares en Argentina y Chile, durante el siglo XX, llegado el momento crítico los actores políticos de primeras fila

<sup>344</sup> ORLANDIS, nota 4.

<sup>345</sup> ORLANDIS, nota 4. Ver nota 77.

<sup>346</sup> Sobre el sentido y recurrencia del grito, ver nota 44.

–gobernantes, militares y partidos– con tal de salvar el gobierno eficaz, no vacilan en a sacrificar sin más la constitución escrita<sup>347</sup>. Cada caso es cada caso y tiene sus correspondientes soluciones. No se pida respeto a la constitución cuando bajo ella el país ha llegado a encontrarse sin un gobierno capaz de sacarlo adelante. Primero está el país y su derecho, escrito o no, al buen gobierno. Antes que sacrificar al país a un texto legal, por mucho que se lo llame constitución, hay que dejar caer ese texto.

El casuismo hispánico tiene su propia historia, a la vez, milenaria y multicultural. Por su antigüedad, no depende de ningún modelo anterior y por su amplitud, tampoco tiene paralelo, pues se extiende a cuatro continentes. Sus orígenes arrancan de una época de cultura iletrada, anterior a las universidades y el derecho escrito, no obstante lo cual se insertó de lleno dentro de esta nueva época. El mejor estudio acerca de él es el que dedicó al casuismo en el derecho indiano Tau Anzoátegui, Allí expone sus orígenes, su apogeo y su enfrentamiento con el ideal racionalista de sistema desde el siglo XVI al XVIII<sup>348</sup>.

## TRAMA MULTICULTURAL

Ciertamente, la historia de Europa está jalonada por múltiples e intensos encuentros entre pueblos de cultura, creencias y costumbres diferentes, como sucede también en las tierras danubianas, pero estos encuentros nunca alcanzaron proporciones y duración comparables a las que tuvieron lugar en la Península, durante la Reconquista, entonces frontera entre dos mundos, la Cristianidad y el Islam y en el Nuevo Mundo, entre conquistadores y conquistados.

Esta larga y variada experiencia tiene como hilo conductor una visión teocéntrica del hombre y del mundo que coloca al derecho por encima del poder y de los poderosos. De esta manera, bajo el lema condicional *si recte facias* –si acaso actúas derechamente– los vocablos cruce, mezcla, mestizaje y similares, cobraron un alcance sin precedente. Primacía del derecho y experiencia multicultural, como expresión de la visión teocéntrica del hombre y del mundo, se entretajan en una trama única que, nacida en la Reconquista y se reedita luego a partir de la Conquista. En efecto, tanto en la Península como en ultramar, el contacto y convivencia en un mismo suelo entre gentes de distintas culturas y modos de vida, fue ocasión y, a menudo estímulo, para pulir y diversificar la protección a las personas. Obligó a plantear y replantear, una y otra vez, los modos concretos de hacerla efectiva.

Aplicado en los escenarios más variados, tanto en la Península como en ultramar, este casuismo hispánico alcanzó una dimensión multicultural<sup>349</sup>. Se

<sup>347</sup> REYES ÁLVAREZ, nota 16.

<sup>348</sup> TAU ANZOÁTEGUI, nota 8.

<sup>349</sup> Ver nota 46. GIESE, Bernhard (ed.) *Nationale und kulturelle Identität*, Francfort 1991  
SCHULZE, Hagen, *Staat und Nation in der europäischen Geschichte*, Munich 1994. BADE, Klaus J. (ed), *Die multikulturelle Herausforderung. Menschen über Grenzen und Grenzen über menschen*,



tradiujo en una lucha concreta por el derecho y, dentro de ella por la protección de las personas. Tales son las coordenadas, entre las cuales discurre la forja del Estado de derecho hispánico: primacía del derecho y experiencia multicultural.

Las grandes etapas del casuismo hispánico, clave del más antiguo Estado de derecho en Europa y también del más antiguo fuera de Europa, pueden recapitularse en tres momentos: uno originario, iletrado, anterior al jurista científico, a las leyes y al Estado. Otro, de apogeo, tras la aparición de las universidades, en la que se combina el tradicional casuismo iletrado con el nuevo casuismo erudito y letrado. En ella se añade al Estado de derecho hispánico el inglés, fundado en el precedente y en el *common law*. Entonces se configura en toda Europa el Estado jurisdiccional. En fin, como epílogo, una tercera etapa de enfrentamiento entre estas dos versiones del Estado de derecho y el *règne de la loi*.

#### EL CASUISMO ORIGINARIO, ANTERIOR AL DERECHO ESCRITO, A LAS LEYES Y AL ESTADO

Los orígenes del casuismo hispánico nos llevan a los albores de la Europa medieval, a una cultura oral anterior al cultivo científico del derecho en las universidades. Es una época de violencia e inseguridad, particularmente acusada en la Península Ibérica donde el califato tiene una clara superioridad sobre los principados cristianos.

Este es el escenario de los primeros siglos de la Reconquista, donde despunta el casuismo. Surge de modo completamente primario, en el seno de una cultura oral –sin jueces, sin leyes y sin Estado– como era la europea de entonces<sup>350</sup>. En medio de la inseguridad reinante, los hombres sólo podían hallar una mínima protección para ellos, los suyos y sus bienes o en la propia parentela, sostenida a veces por otras ligadas a ellas, o en un señor, quien contaba con la tierra y gente bajo su poder<sup>351</sup>. Allí no cabía ninguna elaboración doctrinal. Todo tenía un origen práctico en las creencias y los usos tradicionales. No había lugar sino para respuestas concretas a situaciones concretas. Bajo estas condiciones la lucha por el derecho, casuista y tangible, halló en los fueros locales y personales un medio de afianzar la sumisión del poder al derecho y al amparo de los bienes de las personas y lugares<sup>352</sup>.

---

Munich 1996. SCHMALE, Wolfgang y STAUBER, Reinhard, (ed.) *Menschen und Grenzen in der Frühen Neuzeit*, Berlín 1998. En relación a la América hispánica; RODRIGUES-MOURA, Enrique (ed.), *Von Wäldern, Städten und Grenzen*. Francfort 2003.

<sup>350</sup> GARCÍA PELAYO, «La idea medieval del derecho», en *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político*, Madrid 1968. ALTHOFF, Gerd, vid. nota 5. GROSSI, Paolo, *L'Ordine giuridico medievale*. Roma-Bari 1995. trad. castellana, Madrid 1996. ASCHERI, Mario *Istituzioni medievali*, Bolonia 1994. CORTESE, Ennio, *Diritto nella storia medievale*. Roma 1995.

<sup>351</sup> BRUNNER, nota 3. ALTHOFF, nota 350.

<sup>352</sup> Véase nota 55 y ss.

Los fueros son realistas hasta el extremo. Nacidos en tiempos de violencia, no se pierden en teorías. Van derechamente a la práctica. Parten de la base, totalmente empírica, de que mantener a raya a los malhechores es el único modo de atajar la violencia y hacer prevalecer el derecho. Surgidos de un modo eminentemente casuista, tienen metas limitadas y realistas. Por lo mismo, también flexibles. Lo que en el escenario multicultural de la Península lleva respetar y hacer respetar la diversidad entre los hombres y las culturas, como algo eminentemente positivo, con lo que hay que contar, por ser natural y propio de cada uno y en consecuencia, enriquecedor para todos. Nada más lejos de la uniformidad impuesta desde el poder. Ese respeto se traduce en dar a cada uno lo suyo. Así lo dejan de manifiesto tras la reconquista de Toledo, la antigua capital del reino visigodo en 1086, los fueros por los que Alfonso VI confirmó, al mismo tiempo su propio derecho a repobladores, francos, mozárabes, judíos y musulmanes<sup>353</sup>. Más aún, en contraste con lo que ocurre allende los Pirineos, el rey se tituló entonces emperador de las dos religiones<sup>354</sup>.

Bajo estas condiciones, surge de un modo nada espectacular, el Estado de derecho. Por primera vez en Europa, el rey transforma su señorío de derecho, en un Estado de derecho<sup>355</sup>. Además, en contraste con lo que ocurre allende los Pirineos, ese Estado está marcado desde su nacimiento mismo por un sello multicultural, bien patente en la mencionada titulación adoptada por Alfonso VI.

#### CASUISMO Y DERECHO ESCRITO: LEY, JUEZ LETRADO Y ESTADO JURISDICCIONAL

Ahora bien, el casuismo es anterior al gran vuelco intelectual que marca en la Europa del siglo XI el auge de la cultura y el derecho letrados, surgidos con las universidades. Con ellos se abre una nueva etapa en la historia del derecho, caracterizada por el juego entre el nuevo derecho erudito, elaborado por los juristas, al que se califica de *ius commune* y la multitud de antiguos derechos, orales y consuetudinarios, a los que, por contraste, se denomina *iura propria*. El casuismo no desaparece. Antes bien, prospera bajo nuevas formas. Así como los dos derechos, común y propio, no se excluyen, tampoco las dos formas de casuismo, la práctica e iletrada y la letrada y erudita, las cuales conviven, de suerte que a través de ambas vertientes el casuismo domina sin contrapeso<sup>356</sup>.

<sup>353</sup> SÁNCHEZ-ARCILLA, nota 50.

<sup>354</sup> MENÉNDEZ PIDAL, Ramón, «Adefonsus imperator toletanus magnificus triumphator» en *Boletín de la Academia de la Historia* 100, Madrid 1932, ahora actualizado en el mismo *La idea imperial de Carlos V*, Buenos Aires-México 1941.

<sup>355</sup> BRAVO LIRA, nota 3.

<sup>356</sup> Véase nota 49.

En efecto, el nuevo derecho científico, elaborado por los juristas, es también casuista y, por tanto, lo son asimismo las leyes y el Estado jurisdiccional. Pero se trata de una forma de casuismo diferente. Los estudiosos inauguran un modo de trabajo más bien doctrinal, basado en autores y textos, como los romanos o canónicos, que son el fundamento del *utrumque ius*. Sus métodos nada tienen en común con la forja de soluciones del derecho práctico por vías empíricas, a fuerza de experiencias<sup>357</sup>.

Este contraste afecta ante todo al Estado de derecho. Bajo el influjo del redescubrimiento de las obras de autores como Aristóteles, los letrados redefinen el papel del rey justiciero. Para ellos las tareas del Príncipe va más allá de mantener a sus vasallos en paz y en justicia. No se agota en mantener el derecho anterior y superior a él. Además de eso, le corresponde regular racionalmente la actividad de los gobernados y, con este objeto, dictar leyes. Gobernar ya no es simplemente corregir, sino ante todo dirigir, lo cual va mucho más allá del regir y corregir altomedieval<sup>358</sup>.

Esta noción erudita del gobierno no se impuso en todas partes al mismo tiempo. Hasta la Edad Moderna, el arquetipo del gobernante sigue siendo el juez, según lo atestigua el favor de que goza la sentencia de Bártolo: *melius est enim regi a iusto iudice quam a iusta lege*<sup>359</sup>. Para los territorios alemanes, ha mostrado Simon que esta noción la tradicional, prevalece por lo menos hasta el siglo XVII. En el mundo hispánico la antinomia entre las dos formas de concebir el gobierno es todavía más duradera. Parece prolongarse, a lo menos, hasta el siglo XX. Pese a que, desde las *Siete Partidas* se intentó combinar por una vía erudita ambas nociones, la vertiente iletrada de casuismo y el Estado jurisdiccional prevalecen hasta la codificación. Esta es una de sus constantes.

El Estado jurisdiccional, se consolida en la baja Edad Media peninsular sobre la doble base de la primacía de derecho sobre el poder y los poderosos y la protección de las personas. Constituye una expresión institucional de la lucha por el derecho. En medio de las experiencias culturales más dispares surge como un Estado de derecho por excelencia, constituido por múltiples poderes, cada uno de los cuales tiene una esfera de acción propia, pero limitada<sup>360</sup>. Dos de estos poderes son supremos —el estatal y el eclesiástico— y los demás menores. De esta suerte, en la práctica, no sólo en la teoría, todos los poderes, desde el pontificio y el real para abajo, son limitados. Todos deben actuar dentro del radio de acción que les fija el derecho. Están sometidos al mismo, en términos que subsisten mientras se ajusten a él y caducan, desde el momento en que no. O sea, para ellos vale plenamente el aforismo *rex eris si recte facias, si non facias non eris*.

Según se atengan al derecho o lo sobrepasen, se distingue entre uso y abuso del poder, buen y mal gobierno, ley justa e injusta. Compete a los juristas determinar cuando hay uso o abuso de poder. La cual sitúa a la Judicatura, llamada

<sup>357</sup> COING, nota 49; Bellomo, nota 49.

<sup>358</sup> SIMON, nota 5.

<sup>359</sup> BORTOLO, in l. praesenti in prins. In C, de his qui ad Eccl.

<sup>360</sup> HESPANHA, «Para una teoría...» nota 8. El mismo «O Antigo...» Id.

a dirimir las controversias jurisdiccionales, en la cúspide de este Estado jurisdiccional<sup>361</sup>. Es la clave de la primacía del derecho y de la protección de las personas y sus bienes. Por esta vía, ni la persona ni sus bienes quedan a merced del poder y de los gobernantes. En caso de demasías y atropellos, hay recursos judiciales o extrajudiciales. Y, en último término, porque se cuenta, además, entre los medios de restablecer el derecho conculcado con la resistencia y rebelión legítimas<sup>362</sup>. No olvidemos el *Viva el rey, muera el mal gobierno*<sup>363</sup>.

Lo dicho para el poder, vale también para la ley, que a partir de esta época, bajo la cultura letrada cobra cada vez mayor significación. Se hace valer ahora para la *lex*, la misma disyuntiva *eris-non eris*, aplicada desde la alta Edad Media, al *rex*. También la ley se entiende condicionada por un derecho anterior y superior al poder y a los poderosos. Según esto, hay buenas y malas leyes. En otras palabras, la ley no se acepta a ojos cerrados. Aunque se parte de la base de que es justa, antes de darle cumplimiento, se examinan su contenido y sus efectos. Expresión muy significativa de esta libertad de espíritu frente a ella es la distinción en materia canónica y temporal entre obediencia y cumplimiento. Se la obedece invariablemente, como mandato del rey o del Papa, pero en cuanto a su cumplimiento, se lo sujeta a que sea o no contraria a derecho. Esta doctrina, elaborada por los autores, fue recogida oficialmente por el rey, quien aprobó la suspensión del cumplimiento de la ley injusta<sup>364</sup>.

En buenas cuentas, la ley no es en modo alguno ni para el gobernante ni para los gobernados la última palabra, algo incondicionado, que deba aceptarse siempre y en todos los casos. Medio en broma, medio en serio, lo recuerda el adagio castellano: *hecha la ley, hecha la trampa*. O sea, la ley es un medio, ni más ni menos que eso, con ella se intenta contribuir al buen gobierno, pero no arreglar el mundo. Por último, entre los medios de restablecer el derecho conculcado se cuenta se, además, con la resistencia y rebelión legítimas. Debido a la distancia, estas instituciones tuvieron su máxima aplicación en América hispánica y Filipinas, si bien la suspensión de la ley sufrió una gran limitación, en interés de la protección de las personas, pues no se la admitió respecto de las leyes favorables a los indios, que constituían el grueso de la población.

## CULMINACIÓN DEL CASUISMO Y DEL ESTADO DE DERECHO HISPÁNICO

Este Estado de derecho multicultural, casuista y concreto, alcanza su apogeo en la Edad Moderna. Se extiende entonces a escenarios cada vez más amplios y variados, como los de la América indiana, Goa y Filipinas. En estos nuevos países, al igual que antes en la Península, el contacto y convivencia en

<sup>361</sup> Id.

<sup>362</sup> Véase nota 35.

<sup>363</sup> Véase nota 44.

<sup>364</sup> GONZÁLEZ ALONSO, nota 77.

un mismo suelo entre gentes de distintas culturas y modos de vida, fue ocasión y, a menudo estímulo, para pulir y diversificar la protección a las personas. Obligó a plantear y replantear, una y otra vez, los modos concretos de hacerla efectiva. Como en el caso de los fueros medievales se procedió por vías eminentemente casuistas que, al compás de las necesidades y circunstancias de las nuevas tierras y sus habitantes, prosperaron asombrosamente.

En este sentido, el casuismo hispánico llega a su culminación en esta época. Anclado en una visión teocéntrica del derecho y del hombre, muy anterior al cultivo científico el derecho en las universidades, debido a su flexibilidad, no tuvo problemas para extenderse a otros escenarios culturales, a gentes de mentalidad y modos de vida muy dispares. Después de los mozárabes, moros y moriscos, se extendió a los múltiples pueblos indígenas de ultramar. Al respecto la obra de Tau Anzoátegui es fundamental. En ella analiza cuatro campos operativos el aprendizaje de los juristas y el jurista ideal del Barroco, la creación legal del derecho y la jurisprudencia y finalmente la aplicación casuista del derecho<sup>365</sup>.

A estas alturas, los autores no vacilan en ponderar la superioridad del casuismo, frente a quienes lo miran despectivamente, como algo imperfecto en comparación a la regla y al sistema. Casuismo y diversidad van juntos y tienen en común un doble fundamento, teológico y práctico. Si, desde el punto de vista práctico, el casuismo tiene un fundamento en el clima multicultural del mundo hispánico, formado por pueblos de tres continentes, desde el teológico, lo tiene también, como razona Fray Luis de León en el siglo XVI: de Dios, omnipotente y omnisciente, cuyo gobierno es extremadamente perfecto, es propio ejercerlo no mediante leyes sino tratar a cada caso como es. De los hombres, en cambio, es propio usar de reglas para todos los casos<sup>366</sup>.

De esta suerte, durante la Conquista y el Barroco el Estado de derecho hispánico, dejó de ser algo europeo y alcanzó formas inéditas y dimensiones mundiales. Nadie supo mejor que los españoles y portugueses ver y tratar como personas a los hombres de otra raza, lengua, creencias y costumbres, por encima de tales diferencias. En lugar de aislarse, de establecerse aparte de la población indígena circundante, como un elemento extraño, se establecieron en medio de ellos y les dieron lugar dentro de su propio mundo, que era el moderno, unificado bajo la preponderancia europea. Tal es el sentido que tuvo la aplicación a ellos de la categoría jurídica de persona y de *miserabiles personae*, vale decir, personas pero desvalidas, llamadas a integrarse, sin perder su propia identidad, dentro de ese mundo moderno. En lugar de apartarlos como bárbaros, al modo griego o de mantenerlos distantes, cuando no exterminarlos, lisa y llanamente, como se practicó en las colonias europeas, los hispanos lucharon por enseñar a los nativos a vivir en policía, es decir de un modo civilizado, a fin de capacitarlos para recibir la Fe cristiana y acceder a las formas de vida europeas.

<sup>365</sup> TAU ANZOÁTEGUI, nota 8.

<sup>366</sup> LEÓN, fray Luis de, *De los nombres de Cristo*, 1583. TAU ANZOÁTEGUI, nota 8, 50 y ss.

Así nació el Nuevo Mundo u orbe indiano, fruto del cruzamiento racial y cultural entre europeos e indígenas. Por su carácter mestizo y multicultural no hubo cabida para imponer desde arriba ningún modelo uniforme. Las lenguas, costumbres e instituciones indígenas fueron expresamente acogidas por el derecho. Esta diversidad viviente contrasta con las tendencias a dar a todos lo mismo, que desde el siglo xvii se abren paso en la Europa de allende los Pirineos.

En el orbe indiano, surgido bajo el signo de la lucha por el derecho y protección de las personas, sólo hubo lugar para respetarse a unos y otros, para dar a cada uno lo suyo, en lo que consiste precisamente el derecho, en una palabra para el *recte facias*. Sin este respeto e interés por el otro, no hay Estado de derecho, sino dominación de los nativos por una minoría europea, al modo colonial. En la medida en que en Indias la monarquía se interpuso entre conquistadores y conquistados, hizo posible que se reconociera a los naturales un lugar propio dentro del mundo surgido de la penetración europea: la *república de los naturales*.

Ahora bien, a la Judicatura, clave del Estado jurisdiccional, le corresponde amparar a los débiles frente a los poderosos. Dentro de la más pura mentalidad casuista, los autores del Barroco coinciden en exaltar la libertad de espíritu frente a la ley. No vacilan en sostener que *los buenos jueces hacen buenas las malas leyes*<sup>367</sup>. En buena parte gracias a este casuismo, puede decirse que en Indias este Estado jurisdiccional, dejó atrás o se anticipó, en muchos aspectos, al europeo. Lo que se advierte, tanto en el plano de sus instituciones –los cuatro ramos del gobierno temporal– como en el de protección a las personas.

## ENTRE CASUISMO Y LEGALISMO

Las cosas cambiaron en el siglo xix. Entonces se abrió paso en el mundo hispánico una actitud legalista, proveniente de la Europa de allende los Pirineos, difícil de conciliar con el ancestral casuismo.

El legalismo tuvo un momento de gloria bajo la Ilustración. Se proclamó entonces que las constituciones y las leyes podían hacer felices a los pueblos. Pero pronto vino la desilusión y revivió la indiferencia casuista frente al derecho legislado, que, desde entonces, debió ser impuesto a la fuerza por una minoría. Esta pugna alcanzó su punto culminante en la época de las constituciones escritas y los códigos decimonónicos. Sólo declinó en la segunda mitad del siglo xx en la medida en que la descodificación y a un mayor sentido de la realidad entre constitucionalistas y legisladores atenuó la tensión entre país legal de las constituciones y el país real de las instituciones.

Punto de partida de la antinomia casuismo-legalismo fue la inversión de la relación entre derecho y poder, del tradicional *si recte facias*. Como conse-

<sup>367</sup> CERDÁN DE TALLADA, Tomás, *Veriloquium en reglas de Estado, según derecho divino, natural, canónico y civil de Castilla*, Valencia 1604.

cuencia, todo el edificio del Estado de derecho hispánico se cuarteó. En primer término, el legalismo rompió la sujeción del poder a un derecho anterior y superior. Lo que equivale a reemplazar el Estado de derecho por un derecho del Estado, vale decir por una suerte de autolimitación del poder, mediante una constitución y unas leyes que él mismo dicta y modifica a su arbitrio. Llevar esta transformación al plano institucional no fue fácil. El Estado jurisdiccional con sus múltiples poderes, cada uno con una esfera propia resultó más resistente de lo que se suponía. Los intentos de implantar en su lugar un Estado constitucional, de corte legalista, con un poder único e ilimitado, regulador de las actividades de la población, se frustraron. De hecho, desde el siglo XIX el mundo hispánico se debate entre dos constituciones: una escrita, que no consigue durar, y otra jurisdiccional, que se niega a morir<sup>368</sup>.

Ofrece entonces un espectáculo original: las construcciones teóricas del legalismo, a menudo impracticables, fueron, sobrepasadas por realizaciones históricas casuistas, verdaderamente operantes, en las que no hubo más remedio que apoyarse. Dos o tres ejemplos bastan para ilustrarlo. Conforme a la constitución escrita, el poder estatal único e limitado, no aplasta a los gobernados si ejercita a través de los llamados tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Pero en los países hispánicos esto no fue óbice para que las constituciones escritas se inclinaran ante hechos más fuertes que ellas, como son la subsistencia de los dos poderes supremos tradicionales –Estado e Iglesia–, en lugar del único poder estatal o la implantación, de hecho, de una monocracia, hasta entonces desconocida y del todo incompatible con la división de poderes. Desde la quiebra de la constitución jurisdiccional, se impuso por encima de todas las constituciones escritas, como la piedra angular del gobierno. Pasó a ser, en la práctica, el elemento más permanente e inamovible de la constitución.

Esta monocracia es algo nuevo. Surge a consecuencia de la ruptura del binomio audiencia-presidente. A ello contribuyeron las constituciones escritas, por partida doble. Por una parte, redujeron a la Judicatura a los asuntos civiles y criminales y, por otra, intentaron regular la gestión del gobierno mediante parlamentos, institución sin ningún antecedente y que no llegó a tener una vida regular. En estas condiciones la pretendida división de poderes no pasó de ser de hecho una parodia y estos países no tuvieron, también de hecho, otra alternativa que cargarse al único elemento vivo del binomio, capaz de ejercer efectivamente el gobierno, el presidente. La monocracia se impuso así como algo inevitable. Esta situación más sólida y duradera que cualquier constitución escrita, persiste de uno u otro modo hasta ahora, por encima de ella.

## LO IMPORTANTE Y LO INDIFERENTE

Se inició así toda una época, caracterizada por la primacía de las instituciones sobre las constituciones. Para nadie es un misterio que en estos países los

---

<sup>368</sup> BRAVO LIRA, nota 13. CLAVERO, nota 13.

gobernantes llegan al poder y lo dejan al margen de la constitución, para no decir nada de que, una vez en el poder se sienten autorizados para saltársela cuando el interés del país lo aconseja. Además, el tiempo de su permanencia en el mando es impredecible, no se atiene a ninguna constitución, a veces son décadas, como Porfirio Díaz, Solano López, Trujillo, Salazar o Franco y otras veces, meses, como tantos cuyos nombres son difíciles de recordar. En una palabra, el gobernante monocrático es anterior a la constitución escrita y está por encima de ella. Es decir en su caso en materia de constitución hay cosas que importan y cosas que dejan indiferente.

Otro tanto ocurre en materia de protección a las personas. Se advierte el mismo desencuentro entre las construcciones teóricas del constitucionalismo y las realizaciones prácticas propias de la mentalidad de estos pueblos. Junto con desconocerse la primacía del derecho sobre el poder, se desconoce en las constituciones escritas también la protección casuista a las personas y sus bienes –*suum cuique*– y los recursos que la hacen operantes. Se proponen reemplazar esto por una protección genérica a los individuos y sus derechos, igual para todos, mediante garantías contempladas en la constitución y las leyes. Habla de ciudadanos y derechos individuales, en lugar de personas y bienes. Esto no tiene mayor relevancia respecto de los deberes cívicos y derechos políticos como participación en el gobierno, sufragio, elecciones representación electoral que ahora se introducen. En cambio, lo que afecta vitalmente es la eliminación de la protección de sus personas y bienes –honor vida y hacienda–, mediante recursos a la Judicatura y se reemplazó por unas garantías individuales etéreas –iguales para todos– amparadas legalmente, mediante declaraciones contenidas en la constitución, como tales, a merced de lo que decidan los gobernantes. De hecho, ésta es una época negra para la libertad personal y para la propiedad, a causa del exilio, el despojo y la persecución

Esta experiencia llevó a Bello a hacer notar, ya en el siglo XIX, que la lucha concreta por el derecho y, dentro de ella, la protección a las personas y sus bienes, no se deja reducir ni reemplazar por catálogos de derechos o garantías individuales, elaborados en un escritorio, tan universales en el papel como inoperantes en el hecho<sup>369</sup>. En otros términos, el Estado de derecho es una realización histórica, con todo lo que ésta tiene de empírica. En cuanto tal, es la antítesis de una construcción teórica, como el Estado del constitucionalismo, concebido al modo decimonónico, por redactores, convencidos de que, mediante un texto de esta naturaleza, podrían evitar de una vez para siempre los abusos, que se cometen entre los hombres desde que el mundo es mundo. Por el contrario, la protección a las personas corre de tal modo unida a la vida de estos pueblos, a sus necesidades y a su historia, que, a diferencia de esas constituciones escritas, no es exportable a otros países, ni menos, es fácilmente reemplazable como ellas por un modelo foráneo en el propio país.

Detrás de estas contradicciones hay algo más decisivo que problemas institucionales, una cuestión de mentalidad ligada a la preferencia del casuismo

---

<sup>369</sup> BELLO, nota 27 y 263 y ss. BRAVO LIRA, «Derechos civiles...» nota 8.



frente a la regla. Casi podría decirse con Bártolo *melius est enim regi a iusto iudice quam a iusta lege*, es preferible la decisión del que conoce los hechos caso por caso a la del que pretende regularlo de una vez para siempre.

De entrada, la constitución escrita no convence. No pertenece al orden de lo importante. Es secundaria. Para los hispanoamericanos e hispanoeuropeos es todo menos que un asunto vital. Sus intereses están por otro lado, desde luego más concreto que el mundo feliz del progreso indefinido. A la mayoría parece bastarle con disponer como siempre de lo suyo, o sea de su persona y bienes. Lo demás, le tiene sin cuidado. No les va ni les viene. Como explicaba Bello, para ellos, muchas cosas están antes que una constitución<sup>370</sup>.

En sí misma, la constitución como tal, interesa poco y a unos pocos. Para colmo, éstos ni siquiera están de acuerdo. Viven disputando entre sí sobre la constitución ideal, obra de un grupo, la constitución escrita está siempre en vilo, ya que nunca faltan descontentos que trabajan por echarla abajo y poner en su lugar otra más a su gusto, cuando no para suprimirla lisa y llanamente.

Así las cosas, estas constituciones, cuentan poco y cambian sin cesar. Como sabemos, ya van más de doscientas en el mundo hispánico y de ellas tan sólo cuatro han logrado vencer la barrera de una vigencia de siquiera medio siglo<sup>371</sup>.

Resultado de esta lucha interminable en torno a la constitución de papel es, aparte de su desprestigio, una disociación entre Estado de derecho y constitución escrita. Se transforman en dos cosas aparte, cada vez más desconectadas entre sí. Una cosa es primacía del derecho sobre el poder y protección a las personas, propia del Estado de derecho jurisdiccional y otra cosa, división de poderes, parlamento, elecciones y garantías individuales, de la constitución escrita y del Estado constitucional.

## CASUISMO Y CONSTITUCIONALISMO

El constitucionalismo hispánico es el más prolífico del mundo, en verdad, desbordante en todo sentido. Se habla de una historia fantástica pero verdadera<sup>372</sup>. Esta riqueza no se debe sólo a sus fracasos, sino en buena medida a su plasticidad para copiar y combinar modelos foráneos y producir textos, proyectos y reformas. Pero, a la postre, todas estas experiencias han favorecido al casuismo. No lograron reemplazarlo, puesto que era una realización histórica. Bajo el barniz de la legalidad, mantuvo su vigencia.

Sin olvidar su desenvoltura para deshacerse del mal gobierno, a que nos hemos referido, estos pueblos también han dado muestras durante el siglo XX de su libertad de espíritu frente a la ley. En virtud de un casuismo inveterado, cada país y cada región desarrolló sus propias maneras de cumplir o de dejar de

---

<sup>370</sup> Véase nota 27.

<sup>371</sup> BRAVO LIRA, nota 15, con cuadros cronológicos de las constituciones hispánicas.

<sup>372</sup> BAINVILLE, Jacques, *Les dictateurs*, París 1935, trad. castellana, Santiago 1936.

cumplir las leyes. Constituciones y códigos fueron pasados a llevar de múltiples formas. Y estas prácticas fueron y son, a menudo, positivas. A título de ejemplo cabe mencionar, el juego entre fachada constitucional y prácticas extraconstitucionales, *Scheinkonstitutionalismus*, que dio estabilidad al Brasil y al Chile decimonónicos y desde la década de 1930 al México actual.

Si hay algo que no cabe en la mente hispánica es una veneración del poder y de los actos de poder. Aquí no hay dux, *Duce* o *Führer* que valga. Menos, cabe confiar en una ley, que es obra de los hombres, sea de un rey, de una mayoría parlamentaria o de una *Nomenklatura* partidista. Lo que cuenta no es *quién* manda, sino *qué* manda. Si hay algo que no puede pasarse por alto es esto, el contenido de las leyes, máxime si amenaza o perjudica de alguna manera el propio ámbito de disposición personal, que en definitiva, es lo único que verdaderamente importa.

Ni Kelsen ni nadie, les impide distinguir entre buenas y malas leyes. Aparte de que una legalidad por la legalidad sería servilismo, linda en el absurdo. Verdadera aberración, envilece por igual a quien la acepta que a quien la propugna<sup>373</sup>. En suma, nadie se hace ilusiones en materia de leyes, porque está viva la conciencia, que podríamos llamar altomedieval, de lo propio. Con realismo implacable, no se espera recibir nada, ni del gobierno y ni de las leyes, como no sea privilegios, liberaciones, exenciones. Por el contrario, de todos ellos se teme verse despojado de lo propio. Una vez más, sale a relucir el derecho, anterior y superior al gobernante, que éste debe acatar si quiere se acatado de los gobernados: *si recte facias*, si actúas derechamente. No deja de ser llamativo que a estas alturas, este sentir hispánico se vea confirmado en la Europa de allende los Pirineos y en los Estados Unidos por el desencanto respecto de la ley. Según lamenta un autor reciente, la ley ha dejado de ser para ellos una garantía y se ha trocado en la peor amenaza<sup>374</sup>. El título de su obra *Lost Right*, el derecho perdido, la destrucción de la libertad americana es de sobra significativo. Ya ni ellos creen en la ley, el mito se ha desvanecido.

En suma, el mundo hispánico ofrece un espectáculo altamente original. Entre las construcciones teóricas del legalismo y las realizaciones históricas del casuismo no hubo donde perderse. El casuismo impidió un triunfo del legalismo. Según vio con agudeza Bello ni la constitución ni el derecho codificado se toman demasiado en serio. Aparte de algunos *di minori*, nadie cree en ellas, ni siquiera quienes las dictan. Raro es el que piensa que, si se cumplen, las leyes vayan a servir de algo. Eminentemente pasajeras, las constituciones son todo menos una ley fundamental. Nada lo muestra mejor que las instituciones supraconstitucionales, que son las inamovibles, y la primera de ellas, la monarquía.

Tan poco se cree en las leyes que se usa y abusa de ellas como recurso publicitario para hacer sentir que el gobierno u otros en lugar de solucionarlo prestan atención a un problema o a un tema de actualidad. Leyes y proyectos de leyes se toman como recursos efectistas más bien que efectivos. Mientras

---

<sup>373</sup> BRAVO LIRA, nota 334.

<sup>374</sup> BOVARD, nota 9.

los gobernantes no tienen inconvenientes para pasarlas a llevar, los gobernados tampoco tienen reparos en eludirlas, pues, como sabemos, ajenos a un sentido cívico, lo que les importa es disponer de lo suyo. Nadie puede creer en un andamiaje tan frágil como éste. A lo más, hay todavía quien aliente ilusiones acerca de su futura estabilización, como no pocos lo hicieron en el pasado. Esa es la gran ilusión con que se consuela el legalismo.

Pero esta vitalidad del casuismo bajo una superficie legalista no es sino una cara de la medalla. La otra, como destaca Steger, es que gracias a esta mentalidad, los pueblos hispánicos se ahorraron en el siglo XX los horrores del totalitarismo duro o blando. Esto nos introduce al *rule of law* y al *règne de la loi*.

## PRECEDENTE ANGLOSAJÓN

A diferencia del casuismo hispánico, el precedente anglosajón surge dentro del ámbito judicial del *common law* y es fundamentalmente de orden privado, lo que no obsta a que sus soluciones se proyecten también al campo público. Más que expresión de una actitud generalizada, como el casuismo, que viene a ser una especie de segunda naturaleza, el *stare decisis*, constituye una convicción profesional común entre los jueces. Para ellos «una regla establecida nunca se cuestiona»<sup>375</sup>. La vitalidad del precedente es tan fuerte como la del casuismo hispánico, pero su ámbito más reducido. Sobrevive a todos los cambios y transformaciones que han experimentado la constitución y el derecho inglés. Constituye una constante desde el siglo XII hasta nuestros días.

Toda su historia discurre entre dos coordenadas, la protección frente al poder y la regulación del mismo. Se distinguen dos épocas, bien marcadas: predominio del *case law*, es decir del juez y del precedente y pugna entre *case law* y *statute law*, es decir, entre precedente y derecho legislado.

## STARE DECISIS

Contrariamente a lo que pudiera parecer, el precedente tiene mucho en común con el casuismo hispánico. En último término es una forma de casuismo, pero aplicado dentro de un campo específico. En lugar de ser una actitud general, válida para los diversos aspectos de la vida jurídica y usada por toda suerte de personas, como en el mundo hispánico, el *stare decisis* inglés, está acotado en muchos sentidos. De partida, es más reciente en el tiempo y, por tanto, se encuentra más próximo al derecho letrado. En cuanto a su procedencia, proviene de la práctica de los jueces, y no del uso y sentir común de la gente. Es decir, su creación y cultivo está en manos de jueces, o sea, de una suerte de estamento, que tiene un modo de trabajar propio, a partir de decisio-

---

<sup>375</sup> CURZON, L. B., *Jurisprudence*, Plymouth 1979, Godden vs. Hales 1686.

nes judiciales anteriores. Además, el campo de acción de estos jueces es ante todo el de derecho privado. Lo que no excluye, por cierto, la aplicación de sus criterios en el terreno del derecho público.

Por encima de estas diferencias y contrastes, la labor de los jueces parte del mismo fundamento que el casuismo en el mundo hispánico y en la Europa altomedieval, la visión teocéntrica del poder y del derecho. Al respecto, bajo la influencia romana, sostiene Juan de Salisbury (1115-1180) en una obra poco posterior al reinado de Alfonso VI, el *Policraticus*<sup>376</sup>, que el Príncipe está por encima de la ley, cuando se trata de hacer justicia y derecho. Por su parte Henry Bracton (1216-1268), contemporáneo de las *Siete Partidas*, afirma en su obra *De legibus et consuetudinibus Angliae : rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege*<sup>377</sup>.

Estos textos son reveladores. En ellos se asocia la sujeción del gobernante al derecho con la ley, fuente del derecho entonces nueva y en auge por obra de los juristas letrados. Aflora aquí una visión culta del gobierno que, bajo el signo de Aristóteles, imprime un nuevo acento a la imagen alto medieval del rey justiciero, cuyo papel se reducía a conservar y restablecer el derecho vigente. Más allá de eso, se habla ahora de regular racionalmente la vida de la comunidad mediante leyes<sup>378</sup>. Al respecto, la posición de Bracton, quien intenta conciliar el derecho anterior y superior a gobernantes y gobernados con la ley dictada por el gobernante, coincide en el fondo con la que, por la misma época adoptan las *Partidas* en Castilla. Dentro de este contexto, leyes y derecho anterior y superior a ellas, se inscriben la llamada *Magna Charta* de 1215 y otros documentos que consignan privilegios y libertades de los magnates y el debido proceso. Lo mismo que seis siglos antes se había hecho en el reino hispanovisigodo, con mayor amplitud pero sin otra eficacia que su influjo posterior, incluso en América, a través de los concilios y en el *Liber Judiciorum*<sup>379</sup>.

Tales son los presupuestos del *rule of law*. Es cierto que, como advierte Dicey, esta expresión es muy posterior. Se usa en el siglo XVII<sup>380</sup>, época en la que se la entendía en el sentido de que los jueces no pueden apartarse del derecho vigente, vale decir de la constitución y los principios fundamentales del *common law*. Pero, según hemos visto, la sujeción del poder al derecho en Inglaterra era algo indiscutido desde mucho antes, al menos desde el siglo XII.

Así casuismo y precedente tienen mucho en común. Pero el escenario inglés es, sin duda, estrecho, cerrado y homogéneo, por lo menos hasta la expansión colonial del siglo XIX, en contraste con la apertura multicultural de los pueblos hispánicos desde la Reconquista. No obstante la formación del Estado de derecho es en similar. En ambos casos, se trata de una realización histórica, forjada de un modo empírico. El *rule of law* surge y se perfecciona por obra de

<sup>376</sup> SALISBURY, Juan de, *Policraticus* (ed. C. Webb), Londres 1909.

<sup>377</sup> BRACTON, Henry *De legibus et consuetudinibus Angliae* (ed. G.E. Woodbine), New Haven 1915-1942.

<sup>378</sup> SIMON, nota 5.

<sup>379</sup> Véase notas 41 y 45.

<sup>380</sup> SMITH, nota 173.

jueces que se atenían a los precedentes judiciales, *common law* y *case law*, y a la legislación escrita o *statute law*, la cual fue escasa hasta el siglo XIX. En una palabra, se aplicaban más las costumbres que un derecho escrito.

Asimismo, la configuración institucional del *rule of law* y del Estado de derecho hispánico son parecidas. Ambos constituyen un Estado jurisdiccional. Compuesto por múltiples poderes, cada uno con un radio de acción propio, sitúan al jurista en una posición clave, pues es él el llamado a dirimir los límites de la esfera de acción de esos poderes. En el caso inglés, esto imprimió un sello inconfundible al estilo y práctica jurídica, con su combinación de precedentes y leyes.

Tempranamente surgió la idea de que la constitución inglesa era diferente de la mayoría de las europeas. Al decir de John Fortescue (1394-1471), en sus *De laudibus legum Angliae*, «en Inglaterra el principado es *mixtus* y *politicus*, el rey tiene su poder soberano en el parlamento, asistido y sostenido por: *quod principi placuit legis habet vigorem*»<sup>381</sup>. Contrapone, pues, el *regimen politicum et regale*, al modo inglés, con el *regimen regale*, al modo europeo. En realidad esta diferencia no existe<sup>382</sup>. En reinos como Castilla y Portugal hay más bien una atrofia del parlamento y en los de Indias ni siquiera lo hubo. Al respecto, no deja de ser sugerente la dificultad que han tenido siempre los países hispánicos para aclimatar un parlamento como contraparte del gobernante.

### STARE DECISIS Y STATUTE LAW

El *regimen politicum et regale* inglés, según se anticipó al tratar del Barroco, entró en crisis a partir del siglo XVII y con el *rule of law*. Fue éste, sin duda, uno de los peores momentos de la historia de Inglaterra. Se produjo entonces una verdadera revolución, la primera que merezca este nombre, pues su meta no fué simplemente acabar con ciertos abusos o cambiar el gobierno sino cambiar el mundo, comenzar de nuevo la historia sobre otras bases<sup>383</sup>. Pasó por tres fases: abolición del pasado, simbolizada en supresión de la monarquía y de los lores; terror bajo el fundador de la nueva era, Cromwell, que prefigura a Robespierre y a Stalin; y restauración o vuelta al orden e instituciones anteriores.

Pero las cosas nunca volvieron a ser como antes. La monarquía y los lores fueron restablecidos, pero bajo nuevos términos. La revolución quebró definitivamente el dualismo rey-parlamento y abrió paso a la omnipotencia del parlamento. Toda esta época transcurre bajo este signo. En primer término, des-

---

<sup>381</sup> FORTESCUE, John, *De laudibus legum Angliae* (ed. S.B. Chrimes), Cambridge 1949. MOUSNIER, Roland, *La monarchie absolue en Europe*, París 1982. SMITH, nota 176.

<sup>382</sup> KOENIGSBERGER, Helmut, *Dominium regale et dominium politicum et regale*, en *Politics and Virtuouse*, Londres 1980.

<sup>383</sup> GRIEWANK, Karl, *Der neuzeitliche Revolutionsbegriff: Entstehung und Entwicklung*, Hamburg 1992.

aparece la sujeción del Estado y de la ley al derecho. A partir de entonces el derecho legislado *statute law* se superpuso al precedente, *case law*. En consecuencia, el *common law* cambió de signo. Bajo el peso del predominio del *statute law*, comenzaron a desmoronarse juntamente los dos pilares del *rule of law* el precedente y la protección a las personas. Tras un período horrible de inseguridad, –repetidos cambios de la religión oficial, con sus secuelas de ejecuciones, despojos, persecución, exilio en Europa o en las colonias– se reconstruyó bajo la nueva forma de unos derechos subjetivos, de sabor estamental, consignados en declaraciones concretas como la *Petition of rights* de 1627 al *Habeas corpus Act* de 1679 y al *Bill of rights* de 1688<sup>384</sup>.

Es un mundo nuevo, donde, en medio de estas convulsiones, los juristas se vieron en grandes apuros para poner a salvo el *rule of law*. Desde que se proclamó la omnipotencia del parlamento, fue imposible evitar que se desvaneciera la primacía del derecho sobre el poder y, por tanto, proteger efectivamente a los gobernados frente a los gobernantes. Se buscaron entonces paliativos, como los derechos individuales, más efectistas que efectivos, compendiados a veces en la tríada *life, liberty, and estate*. De ellos ya hemos hablado en el capítulo sobre el Barroco.

El siglo XIX, como sabemos, se debate entre la soberanía del parlamento reafirmada por Blackstone en la segunda mitad del XVIII y el valor del saber de los juristas, sostenido principalmente por Pollock<sup>385</sup>. Se llega así a una práctica que en cierto modo recuerda a la regla *odia restringi*: ampliar lo que está en consonancia con el *common law* y restringir lo que lo altera. Por esta vía subsiste una suerte de primacía del *common law*, hasta la primera guerra mundial. Entonces, al igual que en el continente, la avalancha legislativa barre con los restos de derecho supraestatal. De esta suerte, bajo el signo del *Welfare State* o del *New Deal*, el *rule of law* va a parar, al mismo punto que el *règne de la loi*<sup>386</sup>. A la larga o a la corta la nivelación estatal, denunciada por Ripert, pasa a ocupar el lugar de la justicia y el derecho<sup>387</sup>. Con ello, la primacía del Estado sobre el derecho, abre paso, lo mismo la Europa de allende los Pirineos que en Inglaterra y Estados Unidos, a un totalitarismo blando.

Este desenlace nos lleva a examinar el caso del Estado de derecho ilustrado y la autolimitación.

## LEGALISMO ILUSTRADO

El *règne de la loi* tiene una historia breve. Abarca apenas dos siglos, desde la constitución francesa de 1791 hasta la abrogación de la constitución soviéti-

<sup>384</sup> Nota 177.

<sup>385</sup> Notas 296, 297 y 299.

<sup>386</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, nota 320, GARCÍA DE ENTERRÍA, nota 192. VERDÚ, Lucas, nota 2. BOVARD, nota 9.

<sup>387</sup> RIPERT, Georges, *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, París 1939. El mismo, *Le déclin du droit*, París 1949.

ca en 1991. Es cierto que con posterioridad se siguen redactando documentos con este nombre, pero ya no son lo mismo de antes. Hace tiempo que su significado se invirtió. A partir de la primera mitad del siglo XX, la constitución, más que autolimitar al Estado en favor de los individuos, sirve para legitimar su poder sobre ellos<sup>388</sup>. No otra cosa es la legitimación por el, procedimiento que ha servido para instaurar el Estado totalitario.

La autolimitación del Estado ideada por los filósofos del siglo XVIII, pretendía sustituir el gobierno de los hombres por el de leyes<sup>389</sup> y desterrar así para siempre la arbitrariedad. Al efecto Montesquieu habló en 1748 de una constitución en la que el poder detenga al poder<sup>390</sup>. Medio siglo después, en la *Declaración* francesa de derechos del hombre de 1791 se habla de separación de poderes dentro del Estado y de garantías o derechos individuales, dos elementos, que, en último término, coinciden con la secular práctica del Estado de derecho, de regular el ejercicio del poder y proteger a los hombres frente a él y a los poderosos<sup>391</sup>. Por este medio se creyó haber hallado una nueva manera, casi automática, de asegurar de una vez para siempre a los hombres su felicidad y sus derechos.

En comparación con el *si recte facias* o con el *rule of law*, esta forma de limitación del poder es novedosa en más de un sentido. Supone una doble disociación, fruto de la visión ilustrada del mundo: entre el más acá terreno y el más allá ultraterreno y entre comunidad política, compuesta por grupos menores y la masa de individuos que forman la sociedad política. Con ello, el Estado y la ley se desligan hacia arriba de todo orden trascendente y hacia abajo de todo orden institucional. Sin barreras externas ni contrapoderes, su limitación pasa a ser el gran problema.

Desde que el Estado se libera de la primacía de un derecho anterior y superior al poder y de los contrapoderes o poderes intermedios que se interponían entre las personas y el gobernante, Estado e individuos quedan frente a frente. Entonces lo único que media entre ellos es la ley, que se convierte en el instrumento de autolimitación por excelencia. Pero una ley emanada del propio Estado, que es dueño de dictarla y de cambiarla, carece de fuerza para imponerse a los gobernantes. Es un dique de papel. A eso queda reducido en la práctica el Estado de derecho. Su suerte está entregada la *patientia principis*, mejor dicho, al arbitrio de la *Nomenklatura* que de hecho maneja el poder. En lugar del pretendido gobierno de las leyes termina por implantar el más aberrante gobierno de los hombres. De esta suerte el *règne de la loi* se torna cada vez más ilusorio hasta acabar por convertirse en un simple rótulo, como sucede en el Estado totalitario.

---

<sup>388</sup> En esto convienen el soviético WYSCHINSKI, nota 33, y el estadounidense BOVARD, nota 9. REINHARD, nota 9.

<sup>389</sup> BALLADORE, nota 304.

<sup>390</sup> MONTESQUIEU, nota 301.

<sup>391</sup> Véase *Déclaration* nota 24.

## DE LA AUTOLIMITACIÓN A LA ESTATATALIZACIÓN

Puestas así las cosas, el Estado no encontró mayores obstáculos para rehacer el país real según los dictados de los teóricos de turno. Tampoco, para reducir el derecho vigente, con su multiplicidad de fuentes, a un derecho legal. Se identificaron así derecho y ley. Lo que equivale a sustituir la primacía del derecho sobre el Estado por la primacía del Estado sobre el derecho, vale decir, a estatatarlo. Reducir el derecho a la constitución y las leyes, no es otra cosa, porque el Estado es dueño de dictarlas y derogarlas. Convertido en derecho legal, su papel se invierte, deja de ser un límite para el Estado y una protección para las personas y pasa a ser instrumento del Estado, para igualar y disciplinar a los ciudadanos<sup>392</sup>. Con ello, el Estado se erige a sí mismo en poder único en su territorio y substituye la diversidad del *suum cuique* por la igualación impuesta desde arriba.

En estas condiciones la autolimitación se desvirtuó hasta convertirse en papel mojado. La ley dejó de combatir los abusos concretos contra las personas y sus bienes. En lugar de eso se la utilizó para construir, un mundo mejor y más seguro basado en la razón humana. En nombre de la razón se descompuso la comunidad viviente, constituida por una trama de personas e instituciones, para reemplazarla por una sociedad, ideada por los autores ilustrados, compuesta por individuos, iguales entre sí, como accionistas de una sociedad anónima. Se dejó de lado la diversidad del país real, de las personas, los bienes y las instituciones que lo conforman, para implantar un modelo ideal, cosmopolita, único e igualitario, de individuos y derechos, que se proclama válido para todos los hombres y todos los pueblos, de todos los tiempos.

Pero para el hombre concreto no es igual el mundo de los bienes, a éste de los derechos que, como se dijo, deja en la práctica al ciudadano cada vez más aislado e indefenso frente al Estado. El monopolio del poder por el Estado condena a los gobernados a quedar a merced de los gobernantes, sin otro amparo que estos derechos de papel. Bajo estas condiciones, su suerte fue dispar. Si bajo la versión hispánica del Estado de derecho la protección a las personas y a sus bienes se mantuvo en general viva, bajo la inglesa y la ilustrada, basadas en el individuo abstracto y sus derechos genéricos, no pudo evitarse su deterioro y, en definitiva, el deslizamiento hacia el totalitarismo. Allí el individuo cayó, violentamente o poco a poco, bajo el poder de un delgado pero rígido núcleo dirigente, la *Nomenklatura* o *Nowa Klasa*, cuyo disciplinamiento lo abarca todo, pues, como explica Tocqueville, destruye y anula los otros focos autónomos y autorregulados<sup>393</sup>.

Dos siglos bastaron para que se completara el ciclo de la autolimitación, desde la euforia de las primeras constituciones escritas a fines del siglo XVIII, donde los derechos individuales aparecían como garantía de la libertad y seguridad de los ciudadanos frente al Estado, hasta la desilusión del siglo XX, en

<sup>392</sup> Sobre disciplinamiento estatal, notas 197 y 198.

<sup>393</sup> TOCQUEVILLE, nota 318.



que las constituciones sirven a los Estados para esclavizar a los ciudadanos, según sucede, en todo el espectro que va desde la Unión Soviética hasta los Estados Unidos<sup>394</sup>.

Tres nombres simbolizan este desfundamiento del *règne de la loi*, que, en rigor, no es más que su descomposición, al separarse entre sí sus dos componentes Estado y derecho. De eso pocos saben más que Stahl, Kelsen y Luhman. Medio siglo después que Welcker acuñara la expresión *Rechtsstaat*, Stahl lo redujo expresamente *sólo al modo y carácter* de su realización, de suerte que no comprendiera dentro de él *de ningún modo sus fines y contenidos*<sup>395</sup>. Eso, al menos dejaba dentro del Estado de derecho el respeto a los hombres y a sus bienes. Al comenzar el siglo XX, afirmó Kelsen que, dejado de lado todo punto de vista iusnaturalista, *todo Estado debe ser Estado de derecho en un sentido formal*<sup>396</sup>. Es decir, el Estado de derecho no es sino un puro caparazón vacío, sin ningún contenido determinado, ni en cuanto a sus medios ni en cuanto a sus fines. Esta noción elástica permitió incluir bajo el manto de Estados de derecho a los nacientes Estados totalitarios, como la Unión soviética, donde por más de medio siglo se cometieron sistemáticamente masivos horrores contra personas y los pueblos<sup>397</sup>. A estas alturas intervino Luhmann, para aclarar lo que denominó *legitimación por el procedimiento*<sup>398</sup>. Siempre que se observan las vías legales, cualquier cosa puede hacerse legítimamente. Según esta manera de ver ni los fines ni las consecuencias son relevantes. Si el aval kelseniano sirvió para cubrir los horrores del totalitarismo duro, esta vía procesal sirve para legitimar el totalitarismo blando.

Así el gobierno de las leyes, pregonado por los ilustrados del siglo XVIII, tras un proceso de vaciamiento, ha venido a parar en el totalitarismo duro o blando. Frente al poder no queda sino una sociedad civil sin imperio, esto es desarmada, compuesta de individuos, iguales entre sí y con los mismos derechos y, por ende, aislados e inermes frente al Estado y los gobernantes. En estas condiciones, frente al abuso legalizado nadie puede hacer valer un derecho supraestatal.

## PARA VERDADES, EL TIEMPO

La comparación entre las tres versiones del Estado de derecho da para mucho. La investigación debe quedar abierta. Entre tanto cabe asilarse en el refrán *para verdades, el tiempo*. Por lo que toca la siglo pasado, puede decirse que la llamada *révolte des faits contre le code* fue una prueba de fuego para el

---

<sup>394</sup> WYSCHINSKI, nota 33. BOVARD, nota 9.

<sup>395</sup> STAHL, nota 29.

<sup>396</sup> KELSEN, nota 3. MOHNHAUPT, nota 1.

<sup>397</sup> COURTOIS, nota 9.

<sup>398</sup> LUHMANN, nota 31.

Estado de derecho. Separó inexorablemente la paja del trigo, lo que era mito y lo que era operante.

El *règne de la loi* no fue simple cuestión de procedimiento. El Estado de derecho transformado en mera caparazón legal fue rellenado por un Estado de hecho —o sin derecho— al que se llamó totalitario. El *rule of law* inglés se desmoronó al quebrarse el juego entre *statute law* y *stare decisis*. Sólo el casuismo hispánico, con su proverbial desconfianza a jugarse el todo por el todo, a aceptar las soluciones de una vez para siempre y a dejarse imponer modelos *a priori*, no sólo evitó ser arrastrado por el torbellino de los hechos sino que acertó a sacar partido de ellos para para revivir y forjar nuevos cauces de derecho. Paradójicamente el más antiguo Estado de derecho es actualmente también el más sólido y de mayor empuje.

En los albores del siglo xx se habló un tanto atolondradamente de *Wertlosigkeit der Jurisprudenz*. Pero, las cosas fueron justamente en sentido contrario. La suerte del Estado de derecho no la decidieron los hechos, sino más bien los juristas con su actitud frente a ellos. Algunos han aparecido en el curso de la exposición. En primer término, tras el desmoronamiento del *règne de la loi*, la trilogía Stahl, Kelsen y Luhman, luego, Dicey, Pollock y Bovard, en medio de los duros tiempos por los que atraviesa el *rule of law*. En contraste con ellos, resalta en el mundo hispánico la figura de Bello, en torno al cual juristas de ambos mundos representan, mejor o peor, la corriente viva de la pluralidad de poderes y de la persona y los bienes, desde el español Escriche, tan influyente, hasta el mexicano Rodríguez de San Miguel, el argentino Alberdi, el brasileño Mendes de Almeida, el peruano García Calderón o el chileno Alejandro Álvarez.

BERNARDINO BRAVO LIRA

De la Academia Chilena de la Historia  
Universidad de Chile

# La bondad del juez: la mejor garantía de justicia. Un discurso de Sancho de Llamas y Molina (1797)<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

La progresiva burocratización que siguió al asentamiento de los sistemas liberales quebró la secular tradición judicial fundada en el equilibrio entre la conciencia y el derecho<sup>2</sup>. En virtud de esta dinámica, y en un proceso que en España se consolidó durante la segunda mitad del siglo XIX, el juez perdió buena parte de su poder valorativo y devino en pieza del engranaje de la nueva Administración<sup>3</sup>. En 1870, al implantarse el modelo de justicia legal<sup>4</sup>, quedaba redi-

---

<sup>1</sup> Este artículo amplía los resultados de una primera aproximación al tema aquí tratado: «La integridad del magistrado y el buen orden político (alocución de un regente a su Audiencia)», texto que ha sido admitido para su publicación en las *Actas del X Congreso Internacional de Historia de las Universidades Hispánicas* (Valencia, 7-10 de noviembre de 2007). El trabajo contó con una ayuda a la realización de estancias cortas de investigación concedida por el Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia de la Universidad Carlos III de Madrid. Gracias a ello, durante el mes de octubre de 2009, consulté los fondos de varias bibliotecas de la *Université de Genève*. Una vez más, quiero dejar constancia de la amable acogida que me dispensaron los integrantes del *Département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques* (JUPO) de aquella universidad; en concreto, los profesores Alexis Keller, Victor Monnier y Alfred Dufour. Deseo, por último, agradecer la atenta lectura que de estas páginas ha realizado el profesor August Monzon i Arazo.

<sup>2</sup> Al respecto, considero decisiva la distinción entre «ética de la convicción» y «ética de la responsabilidad». Véase M. WEBER, «La política como vocación», en *El político y el científico*, Madrid, 2007, 81-180, p. 164.

<sup>3</sup> J. SOYA, «Justicia bajo Administración (1834-1868)», en M. LORENTE SARIÑENA (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, 2007, 291-324, en especial, pp. 314 y ss.

<sup>4</sup> B. CLAVERO, «Justicia en España entre historia y constitución, historias y constituciones», en M. LORENTE SARIÑENA (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes...*, 399-428, p. 422.

mencionado el amplio margen de discernimiento, que, durante siglos, la cultura jurisdiccional había atribuido a los jueces<sup>5</sup>. A consecuencia de todo ello, resultó coherente que el acento puesto en la rectitud de la conciencia de los antiguos ministros de justicia perdiera gran parte de su operatividad institucional.

No obstante, la preocupación por la integridad de los jueces se ha mantenido en vigor, así en los países de derecho continental, como en los de tradición anglosajona<sup>6</sup>. Este interés creció con la crisis del positivismo y de su propósito de garantizar la certeza del derecho reduciendo al máximo la discrecionalidad del magistrado. En la actualidad, y a consecuencia de las profundas y aceleradas mutaciones político-culturales –que han de ser leídas en clave pluralista–, la persona del juez recobra parte del protagonismo perdido<sup>7</sup>.

Esta situación contemporánea constituye la motivación de fondo del escrito que aquí presento. En él me propongo el estudio de un jurista y un texto. No son ellos, en sí mismos, el objeto de mi interés, sino las reflexiones que suscita esta vía de análisis y se condensan en la pervivencia, durante buena parte del siglo XIX, de un modelo de justicia, que, como están demostrando recientes investigaciones, gozó de un vigor mayor del que apresuradamente cupiera pensar<sup>8</sup>. Esa concepción de la justicia, con sus autores de referencia, sus textos y valores, se prolongó en el tiempo más allá de Fernando VII. Éste es el marco que dota de sentido al presente artículo, que, a primera vista, puede parecer en exceso focalizado en un caso concreto. Ahora bien, no me impulsa un afán principalmente erudito, sino la voluntad de aprehender un modo de comprensión de la justicia a partir del hombre cuya trayectoria me dispongo analizar: Sancho de Llamas y Molina (1744-1829)<sup>9</sup>. ¿A qué obedece la elección de un

<sup>5</sup> J. VALLEJO, «Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del *Ius Commune*», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2 (1998), 19-46; M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998; B. GONZÁLEZ ALONSO, «Jueces, justicia, arbitrio judicial (algunas reflexiones sobre la posición de los jueces ante el Derecho en la Castilla moderna)», en B. BENASSAR (ed.), *Vivir el Siglo de Oro: poder, cultura e historia en la época moderna. Estudios en homenaje al profesor Ángel Rodríguez Sánchez*, Salamanca, 2003, 223-241; A. P. BARBAS HOMEM, *Judex perfectus. Função jurisdiccional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820*, Coimbra, 2003; C. GARRIGA, «Estudio preliminar» a A. SALGADO CORREA, *Libro nombrado regimiento de jueces*, Madrid, 2004, 5-46; del mismo autor, «Justicia animada: dispositivos de la Justicia en la monarquía católica»; en M. LORENTE SARIÑENA (coord.), *De la justicia de jueces...*, 61-104; asimismo, «Estudio preliminar» a *Recopilación de las ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid*, Madrid, 2007, 7-128, en especial, pp. 18-21.

<sup>6</sup> Algunos estudios recientes, que acreditan la preocupación por este tema: I. SANCHO GARGALLO, «Ética judicial: el paradigma del buen juez», *Icade. Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 72 (2007), 117-138; A. GARAPON, J. ALLARD y F. GROS, *Les vertus du juge*, Paris, 2008; E. FERNÁNDEZ GARCÍA, «Los jueces buenos y los buenos jueces. Algunas sencillas reflexiones y dudas sobre la ética judicial», *Derechos y Libertades*, 19 (2008), 17-35; en fin, J. SOEHARNO, *The integrity of the judge. A philosophical inquiry*, Cornwall, 2009.

<sup>7</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, pp. 199 y ss; asimismo, M. MECCARELLI, *Arbitrium...*, pp. XXIV-XXVI.

<sup>8</sup> M. LORENTE, «Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868», en M. LORENTE SARIÑENA (coord.), *De justicia de jueces...*, 247-287, pp. 262-263.

<sup>9</sup> Acerca de LLAMAS, véase *Enciclopedia universal ilustrada europeo-americana*, Madrid, 1989 [1ª ed., Madrid, 1916], t. XXXI, p. 990; R. RIAZA MARTÍNEZ-OSORIO, *Historia de la litera-*

jurista aparentemente de poco relieve? Como veremos, Llamas reflexionó, a finales del siglo XVIII, acerca de los principales operadores jurídicos: jueces, abogados y relatores. Y lo hizo siendo él mismo un alto magistrado con una sólida trayectoria en su haber. Además de ello, ya en el siglo XIX, editó y analizó dos de las principales obras del derecho castellano: las Partidas y las Leyes de Toro<sup>10</sup>. En tiempos ya constitucionales, él se refirió a estos textos como constitutivos de la monarquía y lo hizo en polémica con Martínez Marina. Más tarde, otros dos juristas liberales, Pacheco y Gómez de la Serna, destacaron su tradicionalismo<sup>11</sup>. También Antequera subrayó su intensa erudición y en consecuencia su escasa originalidad<sup>12</sup>. Estas dos notas –conservadurismo y poca innovación– han condicionado, a lo largo del siglo XX, las principales valoraciones que se han efectuado de la obra de Llamas<sup>13</sup>. De este modo, y más allá de su pensamiento y trayectoria, el personaje se ha convertido en ejemplo de una tradición jurídica con una sólida vigencia<sup>14</sup>. Queden, pues, claras las motivaciones de esta elección. Llamas conoció perfectamente el perfil de los principales actores de la justicia, porque transcurrió su vida entre ellos y porque

---

*tura jurídica española. Notas de un curso*; reedición, introducción e índices de L. SORIA SESÉ, Madrid, 1998 [1.ª ed., Madrid, 1930], p. 219; con algunos errores biográficos, R. GIBERT, *Ciencia jurídica española*, Granada, 1982, p. 31; M. J. PELÁEZ (ed. y coord.), *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos (hispánicos, brasileños, quebequenses y restantes francófonos)*, 2 vols., Zaragoza-Barcelona, 2005-2006, I, p. 475; en fin, F. L. PACHECO CABALLERO, «Las leyes de Toro y sus comentaristas desde el siglo XVI al XIX», en B. GONZÁLEZ ALONSO (coord.), *Las Cortes y las Leyes de Toro de 1505. Actas del Congreso conmemorativo del V Centenario de la celebración de las Cortes y de la publicación de las Leyes de Toro de 1505*, Salamanca, 2006, 597-636, pp. 633-634. No he localizado, en cambio, referencia alguna en J. ALVARADO (ed.), *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, 2000.

<sup>10</sup> *Disertación histórico-crítica sobre la edición de las Partidas del rey Don Alfonso El Sabio, que publicó la Real Academia de la Historia en el año de 1807*, Madrid, 1820; *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, 2 tomos, Madrid, 1827. Sobre la finalidad práctica de esta segunda obra, véase J. GARCÍA MARTÍN, «Leges de Toro. Construcciones interpretativas e historiográficas», *E-Legal History Review*, 1 (2006), 1-71, p. 36.

<sup>11</sup> Joaquín FRANCISCO PACHECO dijo del Comentario de Llamas que, pese a su publicación el el siglo XIX, «evidentemente, por su espíritu, no pertenece a él», en *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, Madrid, 1862, p. IX. Por su parte, Pedro GÓMEZ DE LA SERNA dejó escrito que «Llamas, como dice el Sr. Pacheco, aunque ha vivido en este siglo no pertenece a él por su espíritu, y nosotros añadiremos, ni al siglo anterior», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 21 (1862), 407-416, p. 414.

<sup>12</sup> José María DE ANTEQUERA aludió a la amplitud de la «erudición y doctrina» contenida en el Comentario de Llamas, así como su «mucha extensión y prolijidad», hasta el punto de recopilar «cuanto habían dicho sus predecesores, haciendo innecesaria su lectura», en *Historia de la legislación española: desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*, Madrid, 1874, pp. 406-407.

<sup>13</sup> Román RIAZA definió el Comentario como un «centón de las opiniones ajenas», en *Historia de la literatura...*, p. 219; mientras que Rafael GIBERT se refirió a él como «un resumen de toda nuestra literatura del derecho privado», calificando a su autor como un «epígono», una «figura tardía y perfecta» de aquella tradición jurídica, en *Ciencia jurídica...*, p. 31.

<sup>14</sup> El *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro* se reeditó en tres ocasiones a lo largo del siglo XIX: 1852, 1853 y 1875. Tengo constancia asimismo de la existencia de una reimpresión (Barcelona, 1974) y de una reciente edición (Pamplona, 2002). Por otro lado, las tesis jurídicas de Llamas han seguido utilizándose en la práctica. Un ejemplo de ello en F. CLEMENTE DE DIEGO, *Dictámenes jurídicos*, 3 vols., Barcelona, 1958, III, 326-341, p. 333.

dedicó varios escritos a su quehacer. La concepción que de sí mismos tenían estos profesionales del Derecho, conformada a lo largo de los siglos, no pudo ser fácilmente arrumbada, no lo fue. Una adecuada comprensión de los tres discursos de Llamas puede suministrar, sin duda, una perspectiva privilegiada de análisis. También, la razón de ser de otras obras suyas, tachadas ya en su siglo de anticuadas, pero, sin embargo de amplia circulación.

El trabajo que sigue quiere ser además la primera aportación de un proyecto más ambicioso: la redacción de la biografía intelectual de Llamas y Molina. Comienzo aquí con el análisis del discurso que pronunció en 1797, con cincuenta y tres años de edad y en su condición de regente de la Audiencia de Valencia, sobre las obligaciones de los jueces. Durante su etapa como regente, Llamas articuló tres discursos<sup>15</sup>: *Sobre las obligaciones de los jueces* (1797), *Sobre las obligaciones de los abogados* (1798) y *Sobre las obligaciones de los relatores* (1799). En sintonía con lo que decíamos más arriba, estos textos han sido calificados de «anodinos», «declamatorios de escasa profundidad» y de «nivel convencional y poco novedoso». Vendrían a ser una muestra del alcance intelectual característico de los colegiales mayores, cuyo principal mérito se cifraría en la aportación de «algunos puntos de interés dentro de una tónica dominante de mediocridad»<sup>16</sup>.

Desde luego, nuestro autor se insertó de lleno en la tradición jurisprudencial castellana, por entonces ya en crisis a raíz de la crítica ilustrada<sup>17</sup>. Después de su muerte, esta concepción del quehacer jurídico le convirtió en un buen ejemplo del supuesto atraso de nuestra ciencia del Derecho —es decir, la tardía aceptación española del legalismo—. No obstante, esta vinculación a la llamada cultura jurisdiccional, por sí sola, no debería condicionarnos demasiado pues, de otro modo, estaríamos adoptando una óptica deudora de la llamada ideología del progreso histórico<sup>18</sup> y, a su vez, inclinada en favor de los *episodios destructores-de-la-tradición*<sup>19</sup>. Como se sabe, la filosofía de la historia sostenida por una idea de verdad tendencial resulta problemática, lo que en nuestro caso se traduciría en la minusvaloración de todo aquello que no apareciese como un anuncio del futuro. Para hacer frente a esta perspectiva desenfocante, hace más de medio siglo, T. S. Kuhn propuso la sustitución de la noción de

<sup>15</sup> Pere MOLAS se refiere además a otros dos: *Sobre las obligaciones de los escribanos de cámara* (1800) y *Sobre las obligaciones de los jueces* (1801), que no he logrado localizar.

<sup>16</sup> P. MOLAS RIBALTA, «Los colegiales mayores en la Audiencia de Valencia (siglos xvii-xviii)», *Pedralbes. Revista d'Història Moderna*, 1 (1981), 51-76, p. 64; del mismo autor, «La crisis de la magistratura española del Antiguo Régimen»; en J. M. SCHOLZ (ed.), *Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz 15. bis 20 Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1994, 399-427, p. 425; asimismo, «Magistrados foráneos en la Valencia borbónica», *Boletín de la Real Academia de la Historia*, tomo 192, cuaderno 2 (1995), 265-334, p. 304; en fin, «L'obra jurídica dels magistrats de l'Audiència. València en el segle XVIII», *Initium*, 1(1996), 405-425, p. 408.

<sup>17</sup> R. KOSELLECK, *Crítica y crisis. Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués*, Madrid, 2007, pp. 106-107.

<sup>18</sup> Véase N. BOBBIO, N. MATEUCCI y G. PASQUINO, *Diccionario de política*, 2 vols., México, 14.ª ed., 2005, II, p. 1.293.

<sup>19</sup> T. S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*; traducción e introducción de C. SOLÍS, México, 3ª ed., 2006, p. 64.

*evolución-hacia-lo-que-queremos-conocer* por aquella otra de *evolución-a-partir-de-lo-que-conocemos*<sup>20</sup>. En cierto modo, éste es mi punto de partida.

Las reflexiones de Llamas pertenecieron a otra cultura; no ha de buscarse en sus reflexiones un precedente de nuestro Derecho, pues entre aquéllas y éste medió un cambio de paradigma. Si se parte de esta premisa, resulta más factible tratar de ofrecer una explicación interpretativa de las palabras de nuestro autor, que muestre su inserción en el propio contexto<sup>21</sup>. He aquí la tarea de traducción a la que se ve impelido cualquier historiador cuando se ocupa de culturas periclitadas: debe hacer inteligibles palabras que ya no pertenecen al propio campo científico, o cuyo significado se ha visto notablemente alterado<sup>22</sup>. Sólo así resulta comprensible ese otro contexto al que aludimos y que gozó de una sólida vigencia en la España decimonónica.

En línea con lo que venimos diciendo, el tono intensamente religioso de los discursos –sobre todo el dedicado a los jueces– probablemente ha contribuido a su minusvaloración contemporánea. Ahora bien, es sabido que el historiador que lleva a cabo una interpretación literal de los textos pretéritos corre el riesgo de considerar como transparentes conceptos que distan de serlo<sup>23</sup>. A nuestros ojos, uno de los principales escollos interpretativos reside, precisamente, en la esencial componente religiosa de aquel derecho. Este hecho, en mi opinión, aparece reforzado en el caso que nos ocupa por una circunstancia que no debe ser pasada por alto: en 1797, año en que se pronunció este discurso, Europa era el escenario de la reacción ante unas propuestas culturales percibidas como una amenaza directa al viejo orden<sup>24</sup>.

## ESBOZO BIOGRÁFICO

Sancho de Llamas nació en el seno de una familia firmemente asentada, desde finales del siglo XVI, en la villa murciana de Ricote. Su padre, Juan de Llamas y Villa, perteneciente a la Orden de Santiago, estuvo casado con Antonia de Molina Buendía. De este matrimonio sobrevivieron ocho hijos y al menos cuatro tuvieron una cierta relevancia pública<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> T. S. KUHN, *La estructura de las revoluciones...*, p. 297.

<sup>21</sup> C. GEERTZ, *Conocimiento local: ensayos sobre la interpretación de las culturas*, Barcelona, 1994, p. 34.

<sup>22</sup> T. S. KUHN, *La estructura de las revoluciones...*, p. 342.

<sup>23</sup> Sobre ello, véase P. BURKE, *¿Qué es la historia cultural?*, Barcelona, 2006, principalmente, pp. 54-61.

<sup>24</sup> Acerca de ello, véase J. LE GOFF y R. RÉMOND, *Histoire de la France religieuse. Du roi très chrétien à la laïcité républicaine: XVIII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1991; R. CHARTIER, *Espacio público, crítica y desacralización en el siglo XVIII: los orígenes culturales de la Revolución Francesa*, Barcelona, 1995, en especial, pp. 107-126; así como J. M. PORTILLO VALDÉS, *Revolución de nación: orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid, 2000.

<sup>25</sup> El primogénito, Francisco (1725-1794), vistió en 1750 el hábito de caballero de Santiago y heredó los mayorazgos vinculados a la familia. Juana (1727) casó con Rafael de Bustos y Molina, V marqués de Corvera. Pedro (1737-1822), asimismo caballero de Santiago, logró el grado de teniente

Llamas desarrolló sus primeros estudios en la ciudad de Murcia<sup>26</sup>. Después, se incorporó al Colegio de San Antonio de Portaceli de Sigüenza, donde obtuvo los grados de bachiller (1766) y de licenciado (1768) en Cánones<sup>27</sup>. Ese mismo año, ganó una beca jurista *de puestos aquende* en el Colegio Mayor de San Ildefonso<sup>28</sup>, donde permaneció durante ocho cursos, dos de ellos como rector<sup>29</sup>. Su presencia en Alcalá de Henares coincidió con la reforma de los planes de estudios y con el cierre del colegio, medidas que han de ser interpretadas en el marco de una política gubernamental orientada a la cancelación de un concepto de universidad de raigambre eclesiástica<sup>30</sup>.

En 1779, fue propuesto por la Cámara para cubrir una plaza de alcalde del crimen en la Audiencia de Aragón<sup>31</sup> y, en 1787, ascendió al empleo de oidor, en el contexto de una amplia renovación de los jueces adscritos a aquel órgano<sup>32</sup>. Por entonces, el arzobispo de Zaragoza dijo de él: «es muy mozo, asiste

---

general y participó activamente durante la Guerra de la Independencia. Véase D. ORTEGA LÓPEZ, «Sancho de Llamas y Molina (1744-1829). Su actividad docente en Alcalá de Henares», en M. C. GÓMEZ MOLINA y J. S. CARRASCO MOLINA (coords.), *Despierta tus sentidos. Compilación de ponencias presentadas al IV Congreso Internacional Valle de Ricote*, Abarán, 2007, pp. 305-314.

<sup>26</sup> Véase *Gaceta de Madrid*, de 22 de septiembre de 1829, p. 501 [he consultado la edición digital].

<sup>27</sup> AHN, Universidades, libro 1.272 fol. 226v y libro 1.273, fols. 1r-2r. Sobre este colegio, véase J. J. DE LA FUENTE, *Reseña histórica del Colegio-Universidad de San Antonio de Portaceli en Sigüenza, con algunas noticias acerca de su fundador, don Juan López de Medina*, Madrid, 1877.

<sup>28</sup> Primero, realizó una oposición y, después, hubo de acreditar varios requisitos de idoneidad personal. AHN, Universidades, libro 1.139, fol. 37r. y libro 1.141, fol. 249r. Su acceso al colegio coincidió con la de Romualdo Mon y Velarde, cuyo hermano Arias Antonio, años después, será designado juez de la Audiencia de Aragón al mismo tiempo que Llamas. AHN, Universidades, libro 1.233, fol. 159r.

<sup>29</sup> Estuvo al frente del rectorado, por nombramiento de Carlos III, entre principios de 1774 y agosto de 1776. Véase *Gaceta de Madrid*, de 22 de septiembre de 1829, p. 501.

<sup>30</sup> Una visión de conjunto en M. PESET, *La universidad española (siglos XVIII y XIX): despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, 1974, pp. 103-113; más concretamente, R. AZNAR I GARCIA, *Cánones y Leyes en la Universidad de Alcalá durante el reinado de Carlos III*, Madrid, 2002, una referencia a Llamas en pp. 239-240.

<sup>31</sup> En sesión de la Cámara de 14 de julio de 1779, se acordaron los nombramientos de Arias Antonio Mon y Velarde como oidor y de Llamas como alcalde del crimen de la Audiencia de Aragón. En un principio, le fue asignada la mitad del sueldo (la otra mitad la percibía el oidor jubilado Juan Francisco Venero), pero, a raíz de un memorial del propio Llamas, y tras haber recabado informes, el monarca dispuso, en virtud de una real orden, datada en El Pardo el 14 de enero de 1780, que, no obstante lo dispuesto por la Cámara, se le abonase el sueldo entero. Asimismo, el rey mandó que, en lo sucesivo y en casos semejantes, las plazas se entendiesen provistas con medio sueldo, «no explicándose otra cosa en la gracia». AHN, *Consejos*, libro 2.140, fols. 179r.; 166v.; 190r.; 231v.; 237v. Sobre la tramitación de las designaciones de jueces, véase R. GÓMEZ-RIVERO, «Práctica ministerial en el siglo XVIII: el nombramiento de magistrados», *Ius Fugit. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, 3-4 (1994-1995), 49-61, pp. 55-58.

<sup>32</sup> El título fue datado en San Lorenzo el 18 de octubre de 1787. Los oidores Joaquín Asín –cuya vacante cubrió Llamas– y Joaquín Fuertes Piquer se habían jubilado. Francisco Javier de la Ripa, asimismo alcalde del crimen, ascendió a oidor. Las plazas de alcalde del crimen fueron ocupadas por Juan José Pérez y Pérez, corregidor de Daroca, y Francisco Burruezo. Y, en fin, Diego Rapela, decano de la Chancillería de Granada, sustituyó en la regencia a Baltasar de Ape-regui. AHN, *Consejos*, libro 2.290, fol. 13v. y libro 2.144, fol. 303r.



al tribunal, es mediano, según dicen, no se le nota al público malos resabios»<sup>33</sup>. Desempeñó el cargo de comisionado de la primera secretaría de Estado para el Canal de Aragón. Fue también vicedirector de la Real Sociedad de Amigos del País<sup>34</sup>. Asimismo, estuvo suscrito a diversas revistas literarias y obras de historia<sup>35</sup>. Este interés por el fomento y las buenas letras le situaba en la esfera característica de la Ilustración.

Al cabo de quince años en Aragón, y con cincuenta y uno de edad, en 1795 fue nombrado regente de la Audiencia de Valencia<sup>36</sup>. Sustituía al también murciano Alonso López Camacho, quien pasó a ocupar una plaza en el Consejo de Órdenes<sup>37</sup>. De algún modo, siendo colegial mayor, su nombramiento se apartaba de una tendencia consolidada desde los tiempos de Carlos III: menor promoción de colegiales y ascenso de corregidores y abogados –en su mayor parte, manteístas–<sup>38</sup>. Un regente, en opinión de José Moñino, debía ser «un superior respetado de todos, que corrija, contenga y ponga orden a los demás»<sup>39</sup>. Sin duda, estas palabras resultaban adecuadas al difícil contexto que enmarcó su llegada a Valencia<sup>40</sup>. Según el criterio de la Cámara, Llamas reunía los requisitos que había demandado el rey del nuevo regente: «literatura, práctica de los negocios gubernativos, expedición y prudencia que se requieren según el estado de aquel R[eino] y la actual ocurrencia de haverse de restituir a él los Franceses expelidos con motivo de la Guerra»<sup>41</sup>. Y es que Carlos IV había decidido prescindir de las principales autoridades valencianas tras el sonoro enfrentamiento desatado, a tres bandas, entre el capitán general, de un lado, y el arzo-

<sup>33</sup> R. GÓMEZ-RIVERO, *El Ministerio de Justicia en España (1714-1812)*, Madrid, 1999, p. 553.

<sup>34</sup> P. MOLAS RIBALTA, «Los colegiales mayores...», p. 64; asimismo, «La crisis de la magistratura...», p. 425.

<sup>35</sup> A. VALLADARES DE SOTOMAYOR, *Semanario erudito*, 34 tomos, Madrid, 1787-1791, t. XVII, t. XIX y t. XXVII; C. CLADERA (ed.), *Espíritu de los mejores diarios literarios que se publican en Europa*, 11 vols., Madrid, 1787-1791, t. IV (enero-junio, 1789), p. 92; P. LÓPEZ DE AYALA, *Crónicas de los reyes de España*, 2 tomos, Madrid, 1779, t. I, p. 606; C. MILLOT, *Elementos de historia universal antigua y moderna*, 8 tomos, Madrid, 1790-1795, t. I, p. 18; y A. MORALES, *Crónica general de España*, 8 tomos, Madrid, 1791, t. III, p. X.

<sup>36</sup> La consulta de la Cámara de Castilla se dató el 2 de septiembre de 1795, mientras que el título de nombramiento se otorgó en San Ildefonso, el 21 de septiembre de 1795. Posteriormente, un decreto de la Cámara, de 26 de octubre, le concedió dos meses más de plazo para la toma de posesión del empleo. La ceremonia de juramento tuvo lugar el 22 de diciembre, en presencia del capitán general y de los demás magistrados de la Audiencia: José Miralles, marqués de la Torre de Carrús; Francisco Jiménez de Arrutave; José Mayans y Pascual; Antonio Pagán; Ignacio Llopis, conde de la Concepción; Vicente Joaquín Noguera; Manuel Mahamud; Manuel Villafañe; José Vallejo Alcedo; Francisco Valladares de Sotomayor; y Juan Romero Alpuente. AHN, *Consejos*, libro 1.999, fol. 33r.; ARV, *Real Acuerdo*, libro 90, fols. 156vº-157rº.

<sup>37</sup> P. MOLAS RIBALTA, *La Audiencia borbónica del Reino de Valencia (1707-1834)*, Alicante, 1999, p. 86, asimismo, «Magistrados foráneos...», p. 304.

<sup>38</sup> P. MOLAS RIBALTA, «Los magistrados de Carlos III», en M. PEÑALVER (dir.), *De la Ilustración al Romanticismo. IV Encuentro: Carlos III, dos siglos después*, 2 vols., Cádiz, 1993, I, pp. 179-199.

<sup>39</sup> R. GÓMEZ-RIVERO, *El Ministerio de Justicia...*, p. 588.

<sup>40</sup> M. ARDIT LUCAS, *Revolución liberal y revuelta campesina. Un ensayo sobre la desintegración del régimen feudal en el País Valenciano (1793-1840)*, Barcelona, 1977, pp. 88-98.

<sup>41</sup> AHN, *Consejos*, libro 2.148, fol. 124r.

bispo y la Audiencia, del otro<sup>42</sup>. El mismo año en que Llamas tomó posesión de su nuevo empleo, Luis de Urbina asumió la capitanía general; Antonio Despuig la archidiócesis; y la Audiencia conoció la llegada de dos nuevos alcaldes del crimen: José Vallejo Alcedo y Juan Bautista Ferrando<sup>43</sup>. Por su parte, y seguramente en premio a la diligencia demostrada, el corregidor de la ciudad, Joaquín Pareja y Obregón, vio prorrogado su empleo y obtuvo una plaza honoraria en el Consejo de Hacienda<sup>44</sup>.

La estancia de Llamas en Valencia no debió de resultar sencilla<sup>45</sup>. En 1797, se lanzaron piedras contra las ventanas de su casa, hecho que tal vez estuvo relacionado con la difusión de un impreso anónimo contra los ministros de la Audiencia<sup>46</sup>. En 1800, estuvo a punto de fallecer<sup>47</sup> y, un año después, se desataron graves disturbios contra las milicias provinciales<sup>48</sup>. En los informes remitidos a la Corte se aludió a la velada complicidad de los magistrados de la Audiencia con los amotinados. De entrada, existía un hondo desencuentro con el intendente<sup>49</sup>; ahora bien, el problema tenía unas dimensiones mucho más vastas: en la monarquía hispana, se hallaba en cuestión el modelo de ejercicio del poder político<sup>50</sup>.

<sup>42</sup> A. ALBEROLA ROMÁ y E. GIMÉNEZ LÓPEZ, «Los alborotos antifranceses en Valencia y la huida del arzobispo Fabián y Fuero», *Studia Historica. Historia Moderna*, 12 (1994), pp. 91-112; P. MOLAS RIBALTA, «El Real Acuerdo de Valencia en el declive del Antiguo Régimen»; en A. ALBEROLA ROMÁ y E. LA PARRA (eds.), *La Ilustración española*, Alicante, 1986, pp. 385-401.

<sup>43</sup> ARV, *Real Acuerdo*, libro 90, fols. 47, 96 y 252; AHN, *Consejos*, libro 2.148, fols. 85v. y 183r. Sobre JOSÉ VALLEJO ALCEDO, véase M.<sup>a</sup> P. HERNANDO SERRA, *El Ayuntamiento de Valencia y la invasión napoleónica*, Valencia, 2004, p. 88.

<sup>44</sup> AHN, *Consejos*, libro 2.148, fol. 90r.

<sup>45</sup> Pese a los continuos problemas a los que hubo de hacer frente, años después, con ocasión de su necrología, la versión oficial de este periodo de su vida fue la de que supo ganarse «la estimación de los valencianos, quienes se congratulaban de ver al frente de sus magistrados un ministro tan despreocupado, tan zeloso defensor de los legítimos derechos del Santuario del Trono, y tan amante de la paz y prosperidad de los pueblos», en *Gaceta de Madrid*, de 22 de septiembre de 1829, p. 502.

<sup>46</sup> P. MOLAS RIBALTA, «Magistrados foráneos...», p. 304. Las autoridades atribuyeron la autoría del anónimo al doctor Joaquín Espejo. AHN, *Consejos*, libro 1.872, fol. 16v.

<sup>47</sup> P. MOLAS RIBALTA, *La Audiencia borbónica...*, p. 172.

<sup>48</sup> M. ARDIT LUCAS, *Revolución liberal y revuelta...*, pp. 98-106.

<sup>49</sup> Si bien se atiende básicamente a la primera mitad del siglo XVIII, acerca de los habituales conflictos de competencia entre el intendente y la Audiencia de Valencia, véase J. CORREA y P. GARCÍA TROBAT, «Centralismo y administración: los intendentes borbónicos en España», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 26 (1997), 19-54, en especial, pp. 49-54.

<sup>50</sup> E. GIMÉNEZ LÓPEZ, «El debate civilismo-militarismo y el régimen de la Nueva Planta en la España del siglo XVIII», *Cuadernos de Historia Moderna*, 15 (1994), 41-75 [ahora en E. GIMÉNEZ LÓPEZ, *Gobernar con una misma ley. Sobre la nueva planta borbónica en Valencia*, Alicante, 1999, pp. 13-47]; M. A. PÉREZ SAMPER, «Magistrados y Capitanes generales. Civilismo frente a militarismo en Cataluña a fines del siglo XVIII», en J. L. CASTELLANO (ed.), *Sociedad, Administración y Poder en la España del Antiguo Régimen. Hacia una nueva historia institucional*, Granada, 1996, 315-338. También en Nápoles, entre 1791 y 1795 se vivió una intensa contraposición institucional. De un lado, el poder aristocrático-militar, cada vez más identificado con la corte. De otro, el garantismo jurisdiccionalista. Al respecto, véase C. CASTELLANO, *Il mestiere di giudice. Magistrati e sistema giuridico tra i francesi ed i Borboni (1799-1848)*, Bologna, 2004, p. 60.

En agosto de 1802 pasó a formar parte del Consejo de Hacienda<sup>51</sup>. Su ingreso coincidió con una serie de medidas regias que han sido valoradas como el *comienzo del fin de la monarquía judicial*<sup>52</sup>. Las necesidades hacendísticas estaban subvirtiendo los principios que sustentaban a la monarquía, que comenzaba a quedar organizada de acuerdo con unas pautas gubernativo-hacendísticas antes que judiciales. El punto de inflexión se alcanzó con el real decreto de 2 de febrero de 1803, en cuya virtud, el Consejo de Hacienda quedó equiparado jerárquicamente al de Castilla<sup>53</sup>.

Al estallar la Guerra de la Independencia y tras la supresión del Consejo, se retiró a su «país» —es de suponer que a Ricote—, donde permaneció «desvelándose por la educación de la juventud»<sup>54</sup>. Al parecer, antes había formado parte de un tribunal extraordinario de seguridad. Tras el conflicto, quedó reintegrado en su puesto de consejero de Hacienda, donde permaneció hasta su fallecimiento<sup>55</sup>. Cuando éste se produjo, en 1829, trabajaba en la redacción del prólogo de una disertación que ya tenía concluida sobre «la expresión Soberano o REY absoluto»<sup>56</sup>.

## EL DISCURSO SOBRE LAS OBLIGACIONES DE LOS JUECES

Este discurso fue pronunciado la mañana del 2 de enero de 1797. Carlos IV había ordenado que, con ocasión de la apertura de los tribunales de la monarquía, sus cabezas articulasen unas exhortaciones. Hasta donde sé, ese mismo día, se pronunciaron discursos de entrada en la Audiencia de Aragón, el Consejo de Indias y el Consejo de Órdenes<sup>57</sup>. En Francia, desde mediados del siglo XVI,

<sup>51</sup> P. MOLAS RIBALTA, *La Audiencia borbónica...*, p. 85. Un listado de consejeros en J. M.<sup>a</sup> DE FRANCISCO OLMOS, *Los miembros del Consejo de Hacienda (1722-1838) y organismos económico-monetarios*, Madrid, 1997.

<sup>52</sup> P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Fragmentos de monarquía. Trabajos de historia política*, Madrid, 1992, p. 467.

<sup>53</sup> NoR 6, 10, 16.

<sup>54</sup> *Gaceta de Madrid*, de 22 de septiembre de 1829, p. 502. Sobre la situación del Consejo de Hacienda en aquel momento, véase F. BARRIOS PINTADO, *España 1808. El gobierno de la monarquía*, Madrid, 2009, pp. 87-99.

<sup>55</sup> Aunque fue nombrado consejero de Castilla, con fecha de 8 de mayo de 1825, renunció a dicho empleo, decisión que le fue admitida con fecha del 20 del mismo mes y año. Falleció en Madrid, el 6 de julio de 1829, a los ochenta y cuatro años de edad, de un ataque de apoplejía. Residió en la plazuela de santa Catalina de los Donados de Madrid. Véase P. MOLAS RIBALTA, «Magistrados foráneos...», p. 304; *Gaceta de Madrid*, de 22 de septiembre de 1829, p. 502; y *Calendario manual y guía de forasteros en Madrid*, Madrid, 1828, p. 93.

<sup>56</sup> *Gaceta de Madrid*, de 22 de septiembre de 1829, p. 502.

<sup>57</sup> *De la justicia y de su administracion: discurso pronunciado en la Real Audiencia del Reino de Aragón el día 2 de enero de 1797 por D. Joseph Maria Puig de Sampér ...*, Zaragoza, Imprenta Real, 1797; *Discurso exhortatorio pronunciado en el Supremo Consejo de las Indias... por el... marqués de Bajamar...*, Madrid, Imprenta Real, 1797; *Discurso sobre las obligaciones del magistrado pronunciado en el Real Consejo de las Ordenes por el conde del Carpio en el día 2 de enero de 1797...*, Madrid, Imprenta Real, 1797.

existía una sólida tradición de *harangues d'ouverture*, a través de las que las *gens du roi* recordaban a los jueces y abogados cuáles eran sus deberes<sup>58</sup>. Según había dicho Jean Domat, la manera menos inútil de efectuar este recordatorio era la invocación de la palabra de Dios, «qui nous enseigne toutes les règles de ce devoir»<sup>59</sup>.

Estas alocuciones no eran mera pompa. Por un lado, se veía en ellas un *suave remedio* de abusos, dado que, en el marco de una cultura habituada a la ritualidad sacramental católica, a la palabra se le reconocía la capacidad de transformar la realidad<sup>60</sup>. Los jueces, a través de sus veredictos, encarnaban y vivificaban unos preceptos que, permaneciendo escritos, no eran más que letra muda. Ellos eran *ley parlante*, *ley viva*, *boca* a través de la cual la justicia se daba a conocer, *jus animatum*. Se partía de una convicción profunda: la ley no existía más que en acto, cuando el juez la hacía hablar<sup>61</sup>. Desde esta perspectiva, su misión era próxima a la del sacerdote; pues ambos colaboraban con sus palabras al cumplimiento de la voluntad divina, expresada, en el caso del juez, a través de las leyes<sup>62</sup>. Por otro lado, estos discursos suponían un recordatorio acerca de los deberes contraídos por los magistrados. Precisamente, esta posición de intersección entre lo espiritual y lo secular, que explicaba su amplia autonomía<sup>63</sup>, se hallaba asimismo en el origen de la continua tensión que se vivió con el reforzamiento del absolutismo regio. Ciertamente, la misión de los jueces tenía un carácter divino; pero éstos debían su oficio al rey<sup>64</sup>. Esta compleja ambivalencia permite comprender que el absolutismo promoviese estos discursos, tal vez, con el fin de contrarrestar la inquietud latente en los tribunales de la monarquía –también en la Real Audiencia de Valencia–. Puesto que la efectividad de otro tipo de controles se demostró escasa, se aparecía necesaria la apelación a la conciencia

<sup>58</sup> Sobre esta cuestión, M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, «De la parole de Dieu à la parole de justice: l'éloquence judiciaire selon les juges monarchiques», *Droits. Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridique*, 36 (2002), 3-19; de la misma autora, *Du droit de Dieu au droit de l'Homme*, Paris, 2003. Asimismo, J. GARAPON y C. ZONZA (eds.), *L'idée de justice et le discours judiciaire dans les mémoires d'Ancien Régime (XVII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles)*, Nantes, 2009. Para un periodo posterior, J.-C. FARCY, *Magistrats en magesté: les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, Paris, 1998.

<sup>59</sup> M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, «De la parole de Dieu à la parole de justice...», p. 3. Sobre la adhesión a la tradición católica de los principales jueces franceses, véase F. BLUCHE, *Les magistrats du Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1986, pp. 191-192.

<sup>60</sup> Acerca de esta cuestión, resulta útil la referencia de J. L. AUSTIN a las «expresiones realizativas» –*performative utterances*–, así como a la «medrosa ficción» de los juristas de que los enunciados de derecho lo son asimismo de hecho, en *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, 2004, pp. 48-49.

<sup>61</sup> Esta idea la expuso ya CICERÓN, quien afirmó que «el magistrado es una ley con voz, y la ley un magistrado sin ella», en *De legibus*, III, 2.

<sup>62</sup> Sobre el paralelismo entre «sacerdotes de la Iglesia y los de la Ley», véase E. KANTOROWICZ, «Secretos de Estado: un concepto absolutista y sus tardíos orígenes medievales», *Revista de Estudios Políticos*, 104 (1959), 37-70, p. 47.

<sup>63</sup> R. JACOB, «Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne», *Histoire de la Justice*, 4 (1991), 53-78, p. 72.

<sup>64</sup> M. P. ALONSO ROMERO, *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid, 2008, p. 85.

del juez. Ahora bien, en este ámbito echaba raíces precisamente su autonomía<sup>65</sup>. Mientras no se operó una *quiebra del paradigma jurisdiccional*, esta inquietud permaneció como un aspecto definitorio del quehacer judicial<sup>66</sup>.

Las decisiones de una Audiencia –*sagrado Tribunal*– resultaban decisivas para la quietud y pública tranquilidad. El buen gobierno se atenía a razones de justicia y, en Valencia, esta cuestión de principio resultaba muy oportuna: con la justicia habría de regresar el común sosiego. El discurso de Llamas arrancó con una referencia a la visión complaciente que un «viajado e ilustrado político europeo» tenía de la justicia hispana. Nuestro autor se apartaba así de una amplia corriente de opinión de signo contrario, puesta de manifiesto, sobre todo, décadas atrás<sup>67</sup>. La buena reputación de los tribunales hispanos, al igual que sucedía en otros medios europeos, merecía ser vindicada<sup>68</sup>. Esta actitud resultaba acorde con el contexto político-cultural vigente en la monarquía hispana tras la Revolución Francesa<sup>69</sup>. La corte auspiciaba una vasta operación cultural cuyo objetivo era subrayar la idea de que la religión constituía el auténtico principio del orden monárquico. Se impulsaba así una reinterpretación de los fundamentos constitucionales del Estado que tendía a vincularlos estrechamente a los libros sagrados. En virtud de cierta antropología católica, se predicaba del hombre una libertad concebida sólo en términos de obediencia a los preceptos divinos. Asimismo, para esta Ilustración conservadora, la salud del vínculo político dependería, no de la existencia de instituciones representativas, sino de la integridad de los ministros. Si la justicia era la base robusta sobre la que se asentaban los tronos y se perpetuaban los gobiernos, la injusticia, en cambio, los trastornaba con la anarquía y la confusión. Este razonamiento colocaba a la persona de cada magistrado como ineludible piedra de toque. De cada uno de ellos dependía la justicia y su contrario. De sus valores, de su comportamiento, de sus virtudes y vicios pendía el orden que se trataba de mantener<sup>70</sup>. El napolitano Bernardo Tanucci se había referido a ello de modo elocuente: «Sperar nelle leggi è cosa giovanile [...] Scegliere per giudici uomini gravi, dotti ed onesti, è l'unico rimedio»<sup>71</sup>. Por su parte, Llamas afirmó rotundo que un magistrado «en primer lugar, debe carecer de todo vicio». Si acaso estuviera dominado por el interés, la ambición, la sensualidad o la irreligión, todo estaría perdido. La fuerza de estas y cualesquiera otras malas pasiones resultaría irresistible y, con él, la justicia rodaría por tierra. Un magistrado debía estar dotado de las virtudes opuestas: sólo con la ciencia, el amor a la

<sup>65</sup> P. L. ROVITO, *Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento*, Napoli, 1981, pp. 67 y 71; M. MECCARELLI, *Arbitrium...*, pp. 10 y 104 y ss.

<sup>66</sup> M. LORENTE, «Justicia desconstitucionalizada...», pp. 272 y ss.

<sup>67</sup> M. P. ALONSO ROMERO, *Orden procesal y garantías...*, pp. 131-184.

<sup>68</sup> C. CASTELLANO, *Il mestiere di giudice...*, p. 35.

<sup>69</sup> J. M. PORTILLO VALDÉS, «Los límites de la monarquía. Catecismo de Estado y constitución política en España a finales del siglo XVIII», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 25 (1996), 183-263, sobre todo pp. 217 y ss.

<sup>70</sup> Sobre las obligaciones del juez, también reflexionó Gregorio MAYANS, *Sobre la fe y las virtudes cristianas*; transcripción y estudio preliminar de A. MESTRE, Valencia, 1995, pp. 134-139.

<sup>71</sup> R. AJELLO, *Arcana iuris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, 1976, p. 54.

verdad, el desinterés, la fortaleza, la rectitud y, sobre todo, el temor de Dios desempeñaría debidamente su ministerio.

La justicia era la primera finalidad de la realeza: los israelitas habían pedido a Dios un rey que les juzgase<sup>72</sup>. Según Llamas, la institución divina de los reyes «es una de aquellas cosas que con mayor certidumbre y claridad conocemos y conocieron nuestros mayores». En tiempos veterotestamentarios, Salomón oía y resolvía las diferencias, sentado en su trono y rodeado de sus consejeros. Ahora, el rey depositaba en manos de los magistrados un poder propio de la soberanía: la recta espada de la justicia. ¿Para qué –se preguntaba–? Para proteger al desvalido<sup>73</sup> y hacer que todos respetasen y obedeciesen las leyes. Ya lo hizo Josafat cuando instauró jueces en las provincias de su reino:

«Mirad –les decía–: el poder que os doy de juzgar es una porción del que yo he recibido. Éste no me pertenece en propiedad; es de Dios de quien yo le tengo a título de depósito. Vuestra autoridad, del mismo modo que la mía, no es arbitraria; juzgáis en nombre y con la autoridad del mismo Dios, y así deben ser vuestros juicios tan rectos como los suyos.»<sup>74</sup>

Sin duda, esta referencia a la Escritura resultaba esencial. En ella se establecía tanto la fundamentación del poder de juzgar, como el vínculo que unía a quienes participaban de él. Enunciaba un principio básico de los dispositivos judiciales de las antiguas monarquías europeas: Dios era la fuente y el ideal de la justicia y, por lo tanto, en el canon bíblico se hallaban las primeras pautas de la actividad de todo juez<sup>75</sup>. Así lo creía, en 1797, el regente de la Audiencia de Aragón, José María Puig de Samper: «[...] Dios, en cuyo nombre nos juntamos a ejercer las sagradas funciones del más importante de los ministerios temporales, no permitirá que olvidemos los terribles decretos de su venganza, ni que nos alucinemos i desentendamos de nuestra propia seguridad i del premio singular que nos está señalado»<sup>76</sup>. La justicia, pues, no era una categoría dependiente de la voluntad humana<sup>77</sup>; en última instancia, pertenecía a Dios, de manera que el monarca y los jueces *participaban* en distinto grado de un mismo

<sup>72</sup> 1 Re 8, 4-5 [actualmente, 1 Sam 8, 4-5]: «se juntaron todos los Ancianos de Israel y vinieron en busca de Samuel a Ramatha, y dixéronle: Bien ves que tú eres ya de días, y que tus hijos no siguen tus pisadas: danos un Rey que nos juzgue, como lo tienen todas las Naciones», en F. SCIO DE SAN MIGUEL, *La Biblia vulgata latina traducida en español y anotada conforme al sentido de los santos padres y expositores católicos...*, 10 tomos [los dos últimos, si bien numeración propia, referidos al Nuevo Testamento], Valencia, 1790-1793, t. III, p. 38.

<sup>73</sup> Sl 81, 4, en *Biblia vulgata latina...*, t. v, p. 262.

<sup>74</sup> 2 Par 19, 5-6 [2 Cr 19, 6-7]: «Y estableció Jueces en la tierra en todas las Ciudades fuertes de Judá en cada lugar; Y dando sus mandamientos a los Jueces: Mirad, les dixo, lo que hacéis, porque no exercéis el juicio del hombre, sino el del Señor, y todo lo que juzgaréis recaerá sobre vosotros», en *Biblia vulgata latina...*, t. IV, p. 194. Llamas extrajo literalmente el texto que aparece en sangrado del comentario de Felipe Scio al citado pasaje bíblico.

<sup>75</sup> M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, «Justice divine», en L. CADRET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, 2004, pp. 751-754.

<sup>76</sup> *De la justicia y de su administracion...*, p. 19.

<sup>77</sup> C. GARRIGA, «Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen»; en C. GARRIGA y M. LORENTE, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, 2007, 43-72; A. M. HESPANHA,

*depósito*. Ciertamente, el rey les entregaba una porción de su poder; pero la naturaleza divina del mismo permanecía inalterada tras su distribución. Aparecía así una suerte de *alteridad funcional* entre dos poderes que, en realidad, eran uno mismo<sup>78</sup>. La especificidad del poder judicial debía ser respetada en la medida en que se ajustase a las formalidades del proceso. Si acaso el monarca interviniera en el curso de la justicia sin respetar las formas, estaría actuando contra la misma justicia y, por ende, contra su propio poder. Por su parte, la decisión del juez era expresión del poder soberano, único e indivisible.

En la medida en que los jueces impartían los juicios de Dios, el salmista les llamó dioses de la tierra: «Yo dixé: Dioses sois, y todos hijos del Altísimo»<sup>79</sup>. La dignidad era alta, como también el modelo al que debían atenerse en su actividad. Eran como Dios precisamente para actuar como él lo haría: sin hacer distinciones –procesales se entiende, que no sustantivas–<sup>80</sup>. Esta *espiritualidad del acto de juzgar* explicaría por sí solo ciertos rasgos característicos de la cultura jurídica occidental, entre ellos, la autonomía de la justicia<sup>81</sup>. La tradición jurisprudencial europea había sabido forjar una mentalidad carismática, que hizo posible que los jueces se considerasen a sí mismos consagrados por la Providencia para custodiar el *ars boni et aequi*<sup>82</sup>. La adopción de un lenguaje intensamente religioso –el discurso que analizamos es un buen ejemplo– y la convicción de desempeñar una misión cuasi sacerdotal ha motivado que las reflexiones acerca de las obligaciones del juez hayan sido consideradas como una suerte de *teología judicial*<sup>83</sup>.

Para ser fiel a la justicia divina, en primer lugar, un juez debía actuar con sabiduría. Así lo exigían tanto el canon bíblico<sup>84</sup> como las Partidas<sup>85</sup>, Dios y el

---

«Las categorías de lo político y de lo jurídico en la España Moderna», *Ius Fugit. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, 3-4 (1994-1995), 63-100, p. 69.

<sup>78</sup> M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Du droit de Dieu...*, pp. 131 y 170.

<sup>79</sup> Sl 81, 6, en *Biblia vulgata latina...*, t. V, p. 262. Sobre esta cuestión, véase, por ejemplo, J. B. BOSSUET, *Política deducida de las propias palabras de la Sagrada Escritura*; traducida al español por M. J. FERNÁNDEZ, 4 tomos, Madrid, 1743, t. III, p. 203.

<sup>80</sup> C. STORTI STORCHI, «Aequalis servanda est in iudiciis. Il principio dell' uguaglianza delle parti nel processo di diritto comune classico», *Rivista Internazionale dei Diritti dell' Uomo*, 2 (1991), 376-399.

<sup>81</sup> R. JACOB, «Le jugement de Dieu...», pp. 57 y 73.

<sup>82</sup> A. CAVANNA, «La conscience du juge dans le *stylus iudicandi* du Sénat de Milan»; en J.-M. CARBASSE y L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dirs.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, París, 1999, 229-262, pp. 260-261.

<sup>83</sup> M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Du droit de Dieu...*, p. 169. Sobre el escaso uso de fuentes estrictamente jurídicas y la abundancia de citas bíblicas a la hora de caracterizar el oficio del juez, véase C. GARRIGA, «Estudio preliminar», a A. SALGADO CORREA, *Libro nombrado...*, pp. 41-43. Desde luego, en el texto de Llamas predominó el lenguaje religioso, si bien –a diferencia de la obra de SALGADO– tuvo por destinatarios a los magistrados pertenecientes a un alto tribunal de la monarquía.

<sup>84</sup> Sab 6, 1-2: «Más vale la sabiduría que las fuerzas, y el varón prudente que el fuerte. Oíd, pues, Reyes y entended; aprended vosotros, Jueces de toda la tierra», en *Biblia vulgata latina...*, t. VI, p. 90.

<sup>85</sup> *Partidas*, 3, 4, 3: «Que sean leales e de buena fama e sin mala cobdicia. E que ayan sabiduría para judgar los pleytos derechamente, por su saber o por uso de luengo tiempo [...] E sobre todo que teman a Dios e a quien los y pone». He consultado la edición de G. LÓPEZ, *Las siete partidas del sabio rey don Alonso el nono*, 4 tomos, Madrid, 1789, t. II, p. 42.

rey. ¿A qué se refería Llamas cuando trató de esta virtud primordial? De entrada, al conocimiento de la ley. Ésta era la pauta a seguir por el juez, cuyo juicio consistiría en su aplicación a los casos particulares. Ahora bien, el término ley poseía un significado esencialmente complejo, sólo inteligible en el contexto de un orden trascendente y pluralista, tradicional y probabilista<sup>86</sup>. La cifra definitiva de aquel derecho era su carácter jurisprudencial, en cuya virtud, generaciones de juristas se habían atribuido la autoridad de imponer, con el valor de leyes, soluciones elaboradas colectiva y científicamente<sup>87</sup>. Además, los jueces, aun considerándose –con Platón y Cicerón– esclavos de la ley<sup>88</sup>, sabían –en tanto que cristianos– que una cosa era la letra y otra el espíritu de la misma<sup>89</sup>. Su obediencia a la ley expresaba su obediencia a Dios; no obstante, era necesario escuchar primero a Dios que hablaba a través de aquella<sup>90</sup>. Sólo desde esta perspectiva, se comprende la equiparación que nuestro autor hizo de la ley a la luz y al bien, y su ignorancia a la tenebrosa noche y a los males irreparables. Afirmó que el entendimiento era la luz que movía y guiaba a la voluntad; que el conocimiento suscitaba el remordimiento en la conciencia<sup>91</sup>; y que, consecuentemente, únicamente la conciencia podía estimular la reparación de la injusticia<sup>92</sup>. Nada de ello cabía esperar de un juez ignorante, quien, según Llamas, debía

<sup>86</sup> C. GARRIGA, «Estudio preliminar»; a A. SALGADO CORREA, *Libro nombrado...*, p. 36.

<sup>87</sup> L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, pp. 196-197. Asimismo, J. M. CARBASSE, «Le juge entre la loi et la justice: approches médiévales», en J. M. CARBASSE y L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dirs.), *La conscience du juge...*, 63-93, pp. 79 y ss.

<sup>88</sup> He localizado la expresión «esclavos de la ley» en H.-F. D'AGUESSEAU, *Arengas y discursos*; traducción de José de Alarcón Torrubia, 2 vols., Madrid, 1804, II, p. 312. Por su parte, en las traducciones que he consultado del libro VI del tratado de PLATÓN *De las leyes*, se utilizan las expresiones «guardadores de las leyes» y «Guardianes de la ley». Véase *Las leyes. Epinomis. El Político*; estudio introductorio y preámbulos a los diálogos por F. LARROYO, México, 5ª ed., 1991, p. 107, así como *Las leyes*; edición de J. M. RAMOS BOLAÑOS, Barcelona, 1988, p. 235. Asimismo, Cicerón sostuvo que «legum omnes servi sumus ut liberi esse possimus», en *Pro Cluentio*, LIII, 146.

<sup>89</sup> SAN PABLO, en 2 Cor 3, 6, dejó sentado que «la letra mata y el espíritu vivifica». Véase Felipe SCIO DE SAN MIGUEL, *La Biblia vulgata latina...*, t. X, p. 342. Esta idea la trató asimismo san Bernardo DE CLARAVAL, en su *Homilia super Missus est*, 4, 11, donde distinguió entre «la palabra escrita y muda», «escrita en mudos caracteres, en pieles muertas» y la «encarnada y viva», «impresa vitalmente». Véase G. DÍEZ RAMOS (ed.), *Obras completas de san Bernardo*, 2 vols., Madrid, 1955, I, p. 227. Sobre esta cuestión, valgan a modo de ejemplo las siguientes consideraciones presentes en una obra contemporánea a Llamas: «Un juriconsulto no debe atenerse estrictamente a los términos de la ley. Debe penetrar el sentido y conocer la fuerza» y «Un juez no debe atenerse a los simples términos de la ley, debe atender a su espíritu», en M. MURENA, *Tratado sobre las obligaciones del juez*; traducido del francés por C. CLADERA, Madrid, 1785, pp. 60-61.

<sup>90</sup> M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, «De la parole de Dieu à la parole de justice...», pp. 10-11.

<sup>91</sup> Según la edición de 1791 del Diccionario de la Real Academia Española, el entendimiento, en su primera acepción, se considera «la potencia o virtud que se atribuye al alma en cuanto concibe o conoce». Por su parte, conocer, en su primera acepción, significa «percibir el entendimiento, tener idea de alguna cosa». He consultado la edición digital del Nuevo Tesoro Lexicográfico de la Lengua Española (NTLLE), en <http://buscon.rae.es/ntlle/SrvltGUILoginNtlle>.

<sup>92</sup> Sobre la equivalencia entre la conciencia del juez y el arbitrio judicial, véase A. PADOA-SCHIOPPA, «Sur la conscience du juge dans le ius commune européenne», en J. M. CARBASSE y L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dirs.), *La conscience du juge...*, p. 128.



renunciar a la magistratura. En caso de no hacerlo, sus errores se le imputarían ante el tribunal de Dios<sup>93</sup>. Pero, además, según prescribían las Partidas, quedaba obligado a resarcir a las partes de los eventuales daños y perjuicios ocasionados<sup>94</sup>. No en balde, esta eventual sanción de un magistrado era referida por nuestro jurista en segundo lugar, pues, como se sabe, aun previéndola la ley, la punición de un ministro, en aquel contexto cultural, había quedado prácticamente reducida a mera hipótesis<sup>95</sup>. Sobre esto, merece la pena reproducir un comentario de Felipe Scio:

«Si la gracia no viene al socorro del hombre, y si el Espíritu Santo no corrige por su virtud la inclinación viciosa de la voluntad, *todos los medios exteriores* juntos con las mejores luces del espíritu *no son eficaces*, ni para apartarnos del mal, ni para aplicarnos al bien.»<sup>96</sup>

El estudio era el mejor medio para lograr un buen conocimiento legal. «Mucha ciencia» pedía Llamas a los magistrados. El haber cursado en una universidad no bastaba. La familiaridad con los libros había de darse en el tribunal y en casa. La biblioteca bien surtida constituía un instrumento indispensable de trabajo y, al parecer, él logró formar una notable. Acerca de esta dedicación de Llamas a la lectura, me parece oportuno referir las palabras que, en 1862, le dedicó Pedro Gómez de la Serna:

«Creemos que hizo un gran servicio a la ciencia dedicándose a este trabajo gran parte de su vida, examinando todos los escritores cuyas doctrinas cita con tanta proligidad, llevando su diligencia, como él mismo asegura, hasta el punto de leer diez o más veces, sin exageración como dice, algún autor, para no equivocarse, presentando junto en una sola obra todo lo que exigía antes muy prolijos trabajos para poderse reunir, y que a veces era imposible por la escasez de ejemplares de las obras de algunos jurisconsultos antiguos, que tal vez no poseía nadie, ni aún las bibliotecas públicas, en tanto número como él.»<sup>97</sup>

<sup>93</sup> Sobre esta cuestión, cabe aludir a la función disciplinaria del confesor, quien, en virtud del sacramento de la penitencia, enjuiciaba la conciencia del propio juez. Véase M. TURRINI, «El giudice della coscienza e la coscienza del giudice», en P. PRODI (ed.), *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, Bologna, 1994, 279-294, p. 293.

<sup>94</sup> Partidas, 3, 22, 24.

<sup>95</sup> P. L. ROVITO, *Respublica dei togati...*, p. 67; así como C. GARRIGA, «*Contra iudicii improbitatem remedia*. La recusación judicial como garantía de la justicia en la Corona de Castilla», *Initium*, 11 (2006), 157-382, p. 282.

<sup>96</sup> Comentario a 3 Re 11, 9 [1 Re 11, 9], en *Biblia vulgata latina...*, t. III, p. 363. El subrayado es mío.

<sup>97</sup> P. GÓMEZ DE LA SERNA, *Revista General de Legislación ...*, p. 414. En base a esta referencia póstuma, cabe inferir que nuestro autor poseyó una rica biblioteca. Además de ello, no debieron de ser pocos los textos que redactó y que, en cambio, no logró editar. Él mismo lo señaló en su testamento, una de cuyas cláusulas contenía el legado de todos sus «manuscritos políticos, jurídicos y económicos que no se hallen impresos, a fin de que se aproveche de ellos para su propia instrucción y en beneficio de la Patria si mereciesen darse a luz» a favor de Rafael de Bustos y Castilla. Véase Archivo Histórico de Protocolos Notariales de Madrid, tomo 23.555, fol 613v. El futuro VIII marqués de Corbera (Huéscar, 1807-Madrid, 1894), biznieto de su her-

El estudio esforzado de los autos, en la Audiencia, había de posibilitar una adecuada comprensión de las pequeñas circunstancias, frecuentemente decisivas en los litigios. En casa, debía tratar de aprehender los «principios obvios de la Jurisprudencia práctica»<sup>98</sup>, que le habrían de permitir la resolución de los casos menos difíciles. Allí se afanaría también cuando se planteasen asuntos arduos. Entonces podía suceder que, ante lo intrincado del pleito, hubiese de «humillarse el ingenio humano y reconocer su flaqueza y miseria» –en expresión que, sin citarlo, toma del canciller D'Aguesseau–<sup>99</sup>. En tal caso, sólo cabía la plegaria y el magistrado, como antes hiciera Job, debería dirigirse a Dios y reconocerse incapaz<sup>100</sup>. La sabiduría divina sólo se concedía a quienes la anhelaban<sup>101</sup>. Esta aceptación de los propios límites habría de apartar el orgullo y el amor propio, vicios que traían consigo no poca ignorancia. Desde luego, la sabiduría no se compadecía con la superficialidad y la facundia. Tal vez, ello agradase al pueblo; pero el magistrado sabio sabía cómo apartarse del aplauso fácil y desenmascarar al ignorante. Y es que un buen jurisconsulto no había de formarse en los estrados, sino en las bibliotecas, silenciosamente, ante la letra impresa. Los escollos y precipicios que amenazaban a la «navecilla de nuestro ingenio», en el piélago de la jurisprudencia, eran las «dudas que las partes excitan». Para que aquélla no se anegara ni encallase, el magistrado, como un piloto experimentado, debía echar continuamente la sonda del estudio afanoso. Sólo así podría esclarecer los puntos oscuros. ¿Cómo había de proceder el juez? El propio Llamas lo dice: primero, cotejando los argumentos esgrimidos por las partes; y, si esto no fuera suficiente, a través de la consulta de las obras de derecho público, patrio, foral –aún a finales del XVIII–, canónico, divino y natural. Ahora bien, el jurista no debía olvidar que, ni con todo este estudio, lograría disipar por completo sus lagunas e incertidumbres. Su inteligencia siempre iba a ser limitada y sólo quedaba el recurso a la oración, tal y como

---

mana Juana, estudió Derecho, se dedicó a la política y, entre otros cargos, desempeñó el de Ministro de Fomento.

<sup>98</sup> La expresión «jurisprudencia práctica» aparece en el título de la obra de M. SILVESTRE MARTÍNEZ, *Librería de jueces, utilísima y universal para todos los que desean imponerse en la Jurisprudencia Práctica, Derecho Real de España, y Reales Resoluciones más modernas...*, 8 tomos, 7.<sup>a</sup> impr., Madrid, 1791.

<sup>99</sup> H. F. D'AGUESSEAU, *Arengas y discursos...*, I, p. 288. De este jurista francés se vertieron al castellano varios escritos, de entre los cuales cito los que afectan mayormente al tema que aquí se analiza: *Discursos pronunciados en el Parlamento de París*; traducción de don José de Covarrubias, Madrid, 1781, referidos a la abogacía; *Discurso de la independencia del abogado*; traducción de don Antonio Francisco Puig y Gelabert, Barcelona, 1785; y *Ensayo sobre la jurisprudencia universal, en donde se examina cuál es el primer principio de la justicia y el fundamento de la obligación moral*; traducción de don Jaime Álvarez de Abreu, marqués de la Regalía, Madrid, 1786.

<sup>100</sup> JOB 1, 20: «Entonces Job..., postrándose en tierra, adoró». Según Felipe SCIO «se postró delante del Señor para darle gloria con humildad y reverencia, y para adorar sus juicios incomprensibles, y el orden de su Providencia», en *Biblia vulgata latina...*, t. IV, p. 552.

<sup>101</sup> Sb 6, 13: «Ilustre es la sabiduría, y que nunca se marchita, y fácilmente la ven aquellos que la aman, y la hallan los que la buscan», en *Biblia vulgata latina...*, t. VI, p. 91.

hiciera el rey David<sup>102</sup>. La sabiduría se consideraba un don comunicado por Dios<sup>103</sup> «a quien quiere y como quiere». Era una gracia que debía ser implorada de la divina majestad<sup>104</sup>. Por este motivo, la propia ley prescribía a los jueces que, antes de entrar en el tribunal, asistiesen a la santa misa<sup>105</sup>. Se tenía la convicción de que el sacramento era el medio idóneo para que el magistrado escrutase su conciencia, concebida como el espacio en el que se entrecruzaban los tres elementos esenciales de su quehacer: la razón, Dios y la libertad –evangélica–<sup>106</sup>. La participación en el sacramento era considerada asimismo una vía de acceso a una sabiduría, que ningún esfuerzo humano podía proporcionar<sup>107</sup>. Como se sabe, la tradición judicial europea, de entrada, insistía en los recursos emanados de la *scientia iuris*, al alcance del jurista tras un estudio dilatado; pero, además, creía indispensable una suerte de inspiración, que el cielo concedía graciosamente. He aquí el sentido jurídico del ritual religioso que envolvía la actuación del juez<sup>108</sup>.

Sancho de Llamas era consciente de que esta admisión de los límites de la razón ya no era unánime. Precisamente en 1797, Kant publicaba su *Metafísica de las costumbres*, donde expuso una teoría del derecho marcadamente racional, construida al margen de la experiencia, de la moral, de la política<sup>109</sup>. Nuestro autor, en cambio, se mantuvo aferrado a una idea de justicia concebida en términos trascendentes. Según dijo, lo contrario hubiera sido vanidad o, aun peor, impiedad. La Escritura estaba ahí para recordarlo: Moisés, sabio y esforzado, no resolvió la demanda de las hijas de Salfaad sin antes consultarlo con Dios<sup>110</sup>. También Salomón, ejemplo de hombre sabio<sup>111</sup>, desconfiaba de sus

<sup>102</sup> Según las Escrituras, en varias ocasiones y ante diversas dificultades, el rey David se dirigió a Dios en oración. Valgan, a modo de ejemplo, las siguientes citas: 2 Re [2 Sam] 2, 1; 5, 23; 7, 18; y 12, 16. *Biblia vulgata latina...*, t. III, pp. 165, 185, 194 y 214.

<sup>103</sup> Pro 2, 6: «Porque el Señor da la sabiduría, y de su boca la prudencia y la ciencia»; 1 Cor 12, 8: «Porque a uno por el Espíritu es dada palabra de sabiduría», en *Biblia vulgata latina...*, t. V, p. 446 y t. IX, p. 305.

<sup>104</sup> En su comentario al versículo Pro 2, 3: «si llames a la sabiduría», SCIO señaló cómo había de efectuarse tal llamada: «invocando a Dios, y pidiéndole muy de veras que te la conceda», en *Biblia vulgata latina...*, t. V, p. 446.

<sup>105</sup> En virtud de la real cédula de 28 de junio de 1770, se ordenó que «los Ministros de las Chancillerías y Audiencias asistan precisamente, por lo menos tres horas, al despacho de los negocios todos los días no feriados, sin contar el tiempo que se empleare en oír Misa, en los Tribunales donde la hubiere», en NoR 5, 11, 11.

<sup>106</sup> M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, «Répondre de l'obéissance. La conscience du juge dans la doctrine judiciaire à l'aube des Temps modernes», en J. M. CARBASSE y L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dirs.), *La conscience du juge...*, 155-193, pp. 169-170.

<sup>107</sup> Felipe SCIO, en su comentario a Eclesiastés 7, 24, reprodujo una afirmación de san Gregorio: «Aquel que más se acerca a la sabiduría conoce que está más distante de ella», y concluyó que aquella era «un don de Dios, inaccesible a las fuerzas naturales», en *Biblia vulgata latina...*, t. V, p. 586.

<sup>108</sup> M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Du droit de Dieu...*, pp. 133-134.

<sup>109</sup> M. VILLEY, «préface» a E. KANT, *Métaphysique des moeurs. Première partie. Doctrine du Droit*, Paris, 1971, pp. 10-13.

<sup>110</sup> Nm 27, 3-11, en *Biblia vulgata latina...*, t. II, pp. 146-147.

<sup>111</sup> 3 Re 4, 29 [1 Re 5, 9]: «Dio también Dios a Salomón una sabiduría y prudencia muy grande sobre manera, y anchura de corazón, como la arena que está en la playa de la mar», en *Biblia vulgata latina...*, t. III, p. 315.

luces y solicitó continuamente el auxilio del cielo<sup>112</sup>. Si ellos gozaron del don de la sabiduría actuando de este modo, un juez prudente debía imitar su piedad. Las ideas del momento no debían enfriar los sentimientos religiosos de un magistrado. Éste no tenía por qué avergonzarse de ser cristiano. Había de recordar en todo momento que sólo Dios, el supremo legislador, era la *verdadera luz* que *ilumina* a todo hombre. Contra las pasiones desordenadas, él inflamaba la voluntad, a la que comunicaba una fuerza –una gracia– invencible. En relación con esta pauta argumental, que advertía de los efectos nocivos de las pasiones, nuestro autor sugirió la instauración de escuelas donde se formasen los candidatos a la carrera de la toga. En ellas tratarían de domeñar sus afectos desordenados y se habituarían a la práctica de la ascesis –el silencio interior que permitía atender a la voz de la conciencia–<sup>113</sup>. Dijo que «nuestra España tenía antes estas escuelas», donde se aprendía a pensar «con honor y estimación», a preferir «la fama y el buen nombre» a cualquier otro interés, y desde donde se accedía a los tribunales «bien pertrechados contra las asechanzas de los litigantes». Quien había sido colegial y rector de San Ildefonso, aludía, con ocasión de su primer discurso como regente, a unas instituciones desmanteladas justo veinte años atrás<sup>114</sup>.

Las pasiones dominaban y arrastraban los corazones con una fuerza casi irresistible<sup>115</sup>. Como un sagaz y experimentado general, lograban dar con la parte más débil del corazón humano. El magistrado sensual era vencido por los encantos de la hermosura; el indulgente, por las lágrimas de los hijos; el apasionado, por los ruegos de la esposa. El ambicioso sucumbía ante las grandes fortunas; y el cobarde, ante las iras y amenazas del poderoso. Contra este dominio desordenado, el perfecto magistrado sabía mantenerse como una *alta roca, firme e inmovible*<sup>116</sup>. Así las cosas, resultaba plenamente operativo, y en modo alguno banal, todo propósito moralizante: a falta de motivación de las sentencias, sólo de la sumisión técnica al proceso y moral a la virtud podía inferirse el acierto en términos de justicia<sup>117</sup>. O dicho de otro modo, el centro de gravedad de los dispositivos que trataban de garan-

<sup>112</sup> Sab 9, 10: «Envíala [la sabiduría] de tus santos Cielos y del throno de tu grandeza, para que esté conmigo y obre conmigo, para que sepa yo lo que te es agradable», en *Biblia vulgata latina...*, t. VI, p. 102.

<sup>113</sup> M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Du droit de Dieu...*, p. 134.

<sup>114</sup> Al parecer, todavía seguía vivo «el espíritu de desquite y de revancha» por parte de quienes padecieron unas decisiones gubernamentales, que lesionaron los intereses de jesuitas, colegiales mayores y de la Iglesia. Véase R. OLAECHEA, «El anticolegialismo del gobierno de Carlos III», *Cuadernos de Investigación*, 2 (1976), 53-90, p. 74.

<sup>115</sup> Sobre los cinco vicios que la tradición doctrinal consideró como causa de recusación judicial –amor, odio, codicia, temor e ignorancia–, véase C. GARRIGA «*Contra iudicii improbitatem...*», pp. 297-303.

<sup>116</sup> Esta idea, que asociaba la justicia al desprecio del mundo, estaba plenamente inserta en aquella cultura. Una antífona del breviario romano la condensaba de modo perfecto: «Iste cognovit justitiam... Iste est qui contempsit vitam mundi». Véase *Breviarium romanum ex decreto sacrosancti concilii Tridentini restitutum... pars verna...*, Venecia, 1799, p. LXXV.

<sup>117</sup> A. AGÜERO, «Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional», en M. LORENTE SARIÑENA (coord.), *De la justicia de jueces...*, 21-58, p. 42.

tizar la concreción de la justicia, no se hallaba en las decisiones, sino en la persona misma del juez. La justicia no era sinónimo de adecuación a la ley, sino emanación de una existencia virtuosa<sup>118</sup>. Y es que, en los ordenamientos de *ius commune*, la confianza en la integridad del juez fue el principal recurso que posibilitó la contención de corruptelas y la certeza de las resoluciones. Ante una realidad normativa tan heterogénea, aquélla no podía derivar de la simple previsión legal, sino de la mediación jurisdiccional. He aquí el problema central de la formación del Estado moderno: la *voluntas principis* se hacía manifiesta en el contexto de la mediación jurídico-ministerial<sup>119</sup>.

¿De qué virtudes estaba revestido el buen juez y qué vicios había sido capaz de vencer? Moisés se refirió a ello dirigiéndose a su suegro Jetró:

«Oye mis palabras –le decía– y será Dios contigo: escoge de todo el Pueblo hombres de firmeza y temerosos de Dios, hombres de verdad y que aborrezcan la avaricia, y a éstos nombra por Jueces de Israel.»<sup>120</sup>

Al comentar este pasaje, Llamas se detuvo primeramente en la avaricia, raíz, según el apóstol Pablo, de todos los demás males<sup>121</sup>. Sobre ello, había abundantes referencias bíblicas: Aarón fundió un ídolo de oro al que Israel rindió culto<sup>122</sup>; el propio Salomón padeció este vicio en su ancianidad<sup>123</sup>; el rey Acab consintió incluso la muerte del inocente Naboth para apropiarse de su viña<sup>124</sup>. Desde luego, la corrupción del magistrado entrañaba una enorme trascendencia, pues su pecado debilitaba a la misma justicia, por cuya virtud los vasallos permanecían unidos al rey. La función de los jueces no se agotaba en el ámbito estrictamente judicial, sino que afectaba de lleno a la dinámica general de las instituciones políticas. Los jueces debían mantener viva la convicción social de que las leyes eran, en última instancia, expresión de voluntad de Dios y de la razón<sup>125</sup>. De otro modo, era el buen orden de la comunidad el que se resentía de la mala reputación del juez. Una vez que los malos magistrados tenían su corazón «entregado y vendido a las dádivas de los ricos», los delitos de éstos quedaban impunes, los escándalos crecían, y los alcaldes eludían sus responsabilidades<sup>126</sup>. Poco importaba que fuesen

<sup>118</sup> C. GARRIGA, «Justicia animada ...», p. 90.

<sup>119</sup> P. L. ROVITO, *Respublica dei togati...*, pp. 9 y 371.

<sup>120</sup> Ex 18, 19-21, en *Biblia vulgata latina...*, t. I, pp. 393-394.

<sup>121</sup> 1 Tm 6, 10: «Porque raíz de todos los males es la avaricia», en *Biblia vulgata latina...*, t. X, p. 521.

<sup>122</sup> Ex 32, 1-6, en *Biblia vulgata latina...*, t. I, p. 470.

<sup>123</sup> 3 Re 11 [1 Re, 11], en *Biblia vulgata latina...*, t. III, pp. 361-362.

<sup>124</sup> 3 Re 21, 1-16 [1 Re 21, 1-16], en *Biblia vulgata latina...*, t. III, pp. 425-428.

<sup>125</sup> A. M. HESPANHA, «Las categorías de lo político...», pp. 72-73.

<sup>126</sup> En virtud de la real cédula de 13 de agosto de 1769, Valencia quedó dividida en cuatro cuarteles, a cargo de los cuatro alcaldes del crimen de la Audiencia, quienes tenían asignada la jurisdicción civil y criminal. A su vez, cada cuartel quedó subdividido en ocho barrios, cuyos alcaldes serían vecinos honrados elegidos de la misma forma que los síndicos personeros y

unos pocos quienes se dejasen corromper, pues todo el tribunal veía disminuida su autoridad:

«Y lo que es peor, hecha la presa, [los poderosos] gloríanse con ella, y hacen alarde y la muestran, y se ríen y mofan, siendo el Magistrado la fábula ridícula de sus dichos salados y satíricos diálogos. ¿Pues, amigo, tomó Vmd. mi consejo? Sí por cierto ¿Vio Vmd. a fulano? Ayer mañana. ¿Anduvo Vmd. generoso? Quien lo duda. ¿Surtió buenos efectos? Admirables. ¿Se revocó la providencia? No ha sido aun posible. ¿Se revocará? No lo dudo. ¿Y ha entregado ya Vmd. el dinero? No soy tan bobo. ¿Y es mucho? Eso, amigo, más de lo que pensaba. ¿Y para este consejero, digo, no habrá algo? A su tiempo. ¿Pero Vmd. se sale con la suya? Esto me consuela.»

Al llegar a este punto, y tal vez con el propósito de proclamar su desaprobación de ciertas ideas que atribuían al pueblo un poder sobre las instituciones, Llamas desacreditó los razonamientos del *vulgo*. La recta opinión no podía expresar mera individualidad, sino que había de armonizarse con la tradición y con las reglas del raciocinio<sup>127</sup>. Justo lo contrario hacía el *público*, quien, según afirmaba, «piensa muy superficialmente», «es naturalmente inclinado a pensar mal de sus superiores», «de casos particulares, allá con su mala Lógica, deduce consecuencias generales», de modo que «por un solo malvado, padecen muchos inocentes».

Resultaba imprescindible que el ministerio que unía, a través de la justicia, a la plebe con el rey y a ambos con Dios, mantuviese sin tacha su dignidad. Sin esta intermediación judicial, la vigencia terrenal de la ley divina quedaba obstaculizada. El magistrado debía, pues, encarnar el primer mandato de Dios —el amor— de donde emanaba la obediencia y, por lo tanto, el vínculo político<sup>128</sup>. Para ser perfecto, el juez debía negarse a sí mismo y renunciar a sus afectos y pasiones desordenadas. En este sentido, no resultaba admisible, ni siquiera como obsequio o agradecimiento, la aceptación de regalos de los litigantes. Según el Espíritu Santo, las dádivas cerraban los ojos de los sabios<sup>129</sup>. Un ministro íntegro no debía temer a la pobreza: Dios prometió bendecir a la generación de los rectos<sup>130</sup>, en cuyas casas abundarían la gloria y los bienes<sup>131</sup>. La Providencia velaba, pues, por los jueces sin tacha; pero no sólo ella, también el

diputados del común. Sus competencias se extendían a materias de policía, orden público, jurisdicción pedánea, y asistencia a pobres. Véase NoR 5, 13, 1 y NoR 11, 1, 1.

<sup>127</sup> B. CLAVERO, «Beati dictum: derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden», *AHDE*, 63-64 (1993-1994), 7-148, p. 28.

<sup>128</sup> A. M. HESPANHA y A. SERRANO, «La senda amorosa del derecho. *Amor y iustitia* en el discurso jurídico moderno»; en C. PETIT (ed.), *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, 1997, 23-56; M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, «Répondre de l'obéissance...», pp. 172 y ss.; de la misma autora, *Du droit de Dieu...*, p. 123.

<sup>129</sup> En el comentario al versículo Ex 18, 21, SCIO afirmó que «[...] las dádivas [...] ciegan los ojos de los jueces más ilustrados, y les hacen perder o torcer el camino derecho de la justicia». También en Dt 16, 19b se trata esta idea: «los dones ciegan los ojos de los sabios y trastornan las palabras de los justos». Véase *Biblia vulgata latina...*, t. I, p. 394 y t. II, p. 262.

<sup>130</sup> Sl 111, 2: «Bendita será la generación de los justos», en *Biblia vulgata latina...*, t. V, p. 348.

<sup>131</sup> 2 Par 32, 27-30 [2 Cr 32, 27-30]: «Y Ezequías fue rico y de muy grande reputación [...] en todas sus obras salió bien con lo que quiso», en *Biblia vulgata latina...*, t. IV, p. 252.

rey, cuyo corazón estaba en las manos de Dios<sup>132</sup>. Al tenor de las Escrituras, jamás el justo fue desamparado y obligado a mendigar<sup>133</sup>. Como en otras ocasiones, aunque se trataba de un asunto regulado por el derecho patrio<sup>134</sup>, Llamas recurrió en su argumentación al derecho divino para vetar la liberalidad para con autoridades judiciales. Además, ensalzó la pobreza. Ahora bien, tras esta idea, ¿anidaba solamente una determinada cosmovisión religiosa, o además la constatación de otro tipo de problemas? Seguramente, conocía las dificultades hacendísticas que atravesaba la monarquía<sup>135</sup>. A lo largo del siglo, casi el 63% de los desembolsos de la Hacienda se destinaron a financiar la defensa; mientras que el coste de las chancillerías y audiencias cayó en términos reales casi un 5%. Las elevadas tasas de inflación erosionaron unos sueldos que se mantuvieron estables durante décadas<sup>136</sup>. En este contexto, Llamas tal vez sublimaba un problema cuya resolución sabía difícil. Si la eventual cortedad de los salarios era causa de corruptelas, y el incremento de las pagas no era factible, sólo quedaba una solución: la virtud. Los magistrados debían convencerse: la rectitud sería recompensada, no sólo en la eternidad, sino también en la vida terrenal.

\* \* \*

La segunda parte del discurso estuvo dedicada a ensalzar las virtudes que habían de acompañar al magistrado. En primer lugar, debía estar dotado de una fortaleza de ánimo fuera de lo común. Siempre, fija la mirada en la ley, con independencia de las circunstancias del momento; no como el necio que muda de criterio a todas horas<sup>137</sup>. Una república era como un mar agitado por los vientos: las contrarias y violentas pasiones de los ciudadanos podían llevarla a la ruina. Ante una situación así, un magistrado no debía atemorizarse. Al igual que hicieran Catón y Cicerón, tenía que descubrir las conjuras y castigarlas con

<sup>132</sup> Pro 21, 1: «Como los repartimientos de las aguas, así el corazón del Rey en mano del Señor: a cualquiera parte que quisiere lo inclinará», en *Biblia vulgata latina...*, t. V, p. 514.

<sup>133</sup> SI 36, 25: «Joven fui, y ya soy viejo: y no he visto justo desamparado, ni su linage mendigando pan», en *Biblia vulgata latina...*, t. V, p. 121.

<sup>134</sup> NR 2, 5, 6 [NoR 4, 2, 9]. En referencia a la Audiencia de Sevilla, estaba establecido que el «Regente y Jueces... ni tomen ni resciban cosa alguna de los que truxeren pleytos por sí ni por interpósitas personas», en NR 3, 2, 18 [NoR 5, 4, 30]. El precepto era aplicable en Valencia, cuya Audiencia había sido establecida «en la misma forma que la de Aragón», en NR 3, 2, 17 y 18 [NoR 5, 8, 1], mientras que ésta, a su vez, se había formado «como la de Sevilla», en NR 3, 2, 12 [NoR 5, 7, 3].

<sup>135</sup> J. JURADO SÁNCHEZ, *El gasto de la hacienda española durante el siglo XVIII. Cuantía y estructura de los pagos del Estado (1703-1800)*, Madrid, 2006, pp. 74, 102 y 103.

<sup>136</sup> Desde que se promulgó el real decreto de 12 de enero de 1763, que contenía el *Reglamento y plan de los sueldos que gozan todos los señores ministros de los Consejos, Chancillerías y Audiencias*, el sueldo anual del regente de la Audiencia de Valencia ascendía a treinta y seis mil reales de vellón, mientras que el de los oidores y fiscales de la misma a dieciocho mil. Véase NoR 4, 2, 15, así como M. SILVESTRE MARTÍNEZ, *Librería de jueces...*, t. VI, p. 264.

<sup>137</sup> Pro 17, 20b: «Quien muda su lengua, caerá en mal», en *Biblia vulgata latina...*, t. V, p. 502.

celeridad<sup>138</sup>. Quien no estuviese dotado de esta fortaleza debía renunciar a su oficio; el propio Espíritu Santo lo exigía<sup>139</sup>. La vara de la justicia tenía que estar en manos de un recto e inflexible juez. Su espada sólo debería distinguir entre inocentes y culpables<sup>140</sup>, pues la piedad mal entendida empeoraba al malo y corrompía al bueno. Los «más sagrados vínculos de la sociedad», la «salud de la República» dependían del pronto castigo de los delincuentes. Sobre todo –en alusión a lo vivido recientemente en Valencia– si éstos «han sido la causa de que el inconsiderado vulgo se precipitara». El juez esforzado no debía ser pusilánime; tampoco, iracundo, pues corría el peligro de confundir al culpable con el inocente. El magistrado necesitaba conducir sus pasos, entre estos dos extremos, por el recto camino de la prudencia<sup>141</sup>.

El prudente era como un profeta que preveía y precavía los males, como el médico sabio que libraba de una enfermedad, como el perfecto gobernador que mantenía a la república a salvo de las iniquidades. El magistrado adornado de esta virtud estaba en vela cuando los buenos ciudadanos reposaban, y su perspicacia actuaba en la noche descubriendo y asaltando a los perversos. ¿Cómo podría resistir tanta incomodidad, en perjuicio de su descanso y salud? Anteponiendo el temor a Dios a los propios deseos, tal y como lo requerían la Escritura y las Partidas<sup>142</sup>. En ese temor hallaría el vigor necesario para sobrellevar las incomodidades y trabajos anejos a su ministerio. Dicho esto, nuestro jurista efectuó un razonamiento que afectaba a una cuestión crucial. De entrada, sostuvo que «las leyes humanas han sido establecidas [...] para refrenar con el castigo la audacia y atrevimiento de los malos»; pero, a continuación, afirmó que el temor de Dios «sirve para contener, detener y refrenar las pasiones de los Magistrados». La ilación de estas dos frases contrapone las leyes (humanas) al temor (divino), y lo hace porque aquéllas no se consideraban un medio suficiente para reprimir los abusos de los jueces. Para lograr este propósito se requería del necesario complemento de la religión. Así pues, un buen juez meditaba la ley de Dios<sup>143</sup>, quien escrutaba los motivos de sus decisiones<sup>144</sup>, y a cuyo juicio también habría de someterse<sup>145</sup>. Y ello teniendo siempre presente el compendio perfecto de la ley: el amor al prójimo. Los bienes sobrenaturales

<sup>138</sup> C. SALUSTIO CRISPO, *La conjuración de Catilina y la guerra de Jugurta*; traducción de Gabriel DE BORBÓN y FRANCISCO PÉREZ BAYER, Madrid, 1772, pp. 37 y 85.

<sup>139</sup> Ecl 7, 6: «No pretendas ser Juez sino [*sic*] te sientes con fuerzas para quebrantar los agravios, no sea que temas la faz del poderoso y pongas tropiezo en tu integridad», en *Biblia vulgata latina...*, t. VI, p. 176.

<sup>140</sup> Lev 19, 15: «No tengas respeto a la persona del pobre, ni atiendas a la cara del poderoso. Juzga a tu prójimo según justicia», en *Biblia vulgata latina...*, t. I, pp. 598-599.

<sup>141</sup> Acerca de lo justo entendido como «término medio», véase ARISTÓTELES, *Ética*, V, 3.

<sup>142</sup> Ex 18, 21 y Partidas 3, 4, 3.

<sup>143</sup> Sl 1, 2: «[Bienaventurado el varón que] en la Ley del Señor pone su afecto, y en su Ley meditará día y noche», en *Biblia vulgata latina...*, t. V, pp. 15-16.

<sup>144</sup> Sl 7, 10: «[...] o Dios, que escudriñas los corazones y las entrañas» y Pro 16, 2: «Todos los caminos del hombre patentes están a los ojos de él», en *Biblia vulgata latina...*, t. V, pp. 31 y 496.

<sup>145</sup> Sl 74, 3: «[...] ego iustitias iudicabo», en *Biblia vulgata latina...*, t. V, p. 236.



que recibía un magistrado así eran la verdadera sabiduría<sup>146</sup> –una ciencia superior–<sup>147</sup>, la verdadera justicia que aunaba misericordia y verdad, y la verdadera fortaleza. Conviene subrayar esta referencia a la misericordia, fundamento de la *constitución material de la sociedad cristiana*<sup>148</sup>, y que Llamas enunció por delante de la verdad. Mientras permaneció en vigor aquella cultura jurisdiccional, las autoridades, así eclesiásticas como seculares, fueron proclives a enfatizar el origen sobrenatural de su poder por medio de la apelación a la virtud divina por excelencia: el perdón<sup>149</sup>.

Desde luego, las obligaciones enunciadas eran arduas de cumplir. Ahora bien, cuando un magistrado «ofrece en el sagrado altar de la justicia el sacrificio de todas sus pasiones», agradaba a Dios y a los hombres. En consonancia con la espiritualidad franciscana –que influyó claramente en la conformación de su mentalidad<sup>150</sup>–, Llamas sostendrá que la verdadera grandeza consistía en vencerse a sí mismo<sup>151</sup>. Sobre esto, «el vulgo tiene unas ideas torcidas y trocadas [...] no es lo mismo ser poderoso que grande». Y utilizó como ejemplo la contraposición de dos personajes históricos y de los valores dispares que sostuvieron: César y Samuel. El primero, el día de su entrada en Roma, tras las campañas militares de las Galias, Hispania, África y Farsalia, se mostró como un conquistador victorioso, rico y opulento, tras haber robado y empobrecido a muchos. El segundo, en cambio, cuando se presentó ante el pueblo hebreo, después de haber gobernado largos años, hizo alarde de justicia, piedad, pobreza, modestia y desinterés, luego de haber hecho «felicis, ricos y bienaventurados» a los israelitas<sup>152</sup>. Él era, pues, el modelo de magistrado virtuoso.

\* \* \*

<sup>146</sup> Solamente el temor de Dios habría de posibilitar la distinción entre la verdadera y la falsa sabiduría: la primera descendía de lo alto, mientras que la segunda se consideraba terrena, natural y diabólica (St 3, 13-18).

<sup>147</sup> El concepto de «ciencia superior» –*superioris scientiae*– procede de la *Summa Theologiae* de Tomás DE AQUINO, quien lo aplicó a la Teología –*sacra doctrina*–, es decir a la ciencia de Dios y de los santos –*scientia Dei et beatorum*–. Véase *Summa* I<sup>a</sup>, q. 1<sup>a</sup>, arg. 2 co. en <http://www.corpusthomicum.org>.

<sup>148</sup> A. PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, 2008, pp. 88-89.

<sup>149</sup> J. HOAREAU-DODINAU, X. ROUSSEAU y P. TEXIER (eds.), *Le pardon*, Limoges, 1999.

<sup>150</sup> En su testamento, otorgado el 26 de abril de 1829, esta devoción quedó claramente reflejada: «Quiero y ordeno que, cuando el Señor disponga que mi Alma se separe de mi Cuerpo, se amortaje éste con el hábito de nuestro Padre S<sup>o</sup>. Fran<sup>co</sup>. de Asís». Archivo Histórico de Protocolos Notariales de Madrid, tomo 23.555, fol. 608r.

<sup>151</sup> D. DE ESTELLA (o.f.m.), *El tratado de la vanidad del mundo, con las cien meditaciones del amor de Dios*, 2 vols., Madrid, 1785, II, p. 53.

<sup>152</sup> 1 Re 12, 3: «Hacedme ahora cargos delante del Señor y de su Ungido, si he usurpado el buey o el asno de alguno, si a alguno le he acumulado falsos delitos o le he apremiado, si he aceptado regalo de mano de alguno y yo lo desecharé hoy y os lo restituiré», en *Biblia vulgata latina...*, t. III, p. 54.

Finalizada la parte central de su discurso, y antes de concluir, Llamas se refirió a un «intolerable abuso que se ha introducido en nuestro Tribunal». El secreto de las deliberaciones —«alma de los Consejos»— no se guardaba como era debido. La situación contravenía el derecho divino<sup>153</sup>, las antiguas prácticas romanas<sup>154</sup> y el derecho patrio<sup>155</sup>. Además, quebraba el juramento —«sagrado vínculo»— de cumplir con los usos y prácticas de la Audiencia<sup>156</sup>. Por su origen, la justicia debía permanecer oculta hasta hacerse manifiesta por medio de la sentencia. Lo contrario destruía la «sagrada libertad» con que debían votar los magistrados, y era causa de prevaricación de los jueces cobardes y de persecución de quienes no cedían a las presiones de los poderosos. En cualquier caso, resulta llamativo que no aludiese a la pragmática de Felipe II que establecía las sanciones aplicables a los jueces que violasen el secreto debido<sup>157</sup>.

A continuación, agradeció el empuje dado en 1796 a la tramitación de las causas. Y, por último, apeló a la conclusión de las ordenanzas de la Audiencia. El asunto no era ajeno al propósito del discurso, pues eran precisamente estos textos —junto con la reflexión doctrinal— los que, en gran medida, regulaban la actuación de los jueces<sup>158</sup>. La inexistencia de ordenanzas en Valencia dejaba traslucir deficiencias de mayor calado. Y es que, de acuerdo con el fundamento divino del poder de juzgar, los principios y reglas del *ordo iudiciarius* tenían un estatuto análogo a la palabra divina y, en buena medida, gozaban de un carácter inviolable, así para el juez como para el soberano. Para el primero, porque sólo sometiéndose a dicho orden, asumía la condición de *persona pública* y podía emitir legítimamente los juicios de Dios. Para el segundo, porque su contravención hubiese implicado una suerte de quiebra de la voluntad divina<sup>159</sup>. El asunto revestía una enorme trascendencia y, tal vez, contribuya a explicar la inexistencia de ordenanzas en la Valencia borbónica. Este déficit del ordenamiento judicial resultaba coherente con el diseño político puesto en práctica durante el siglo XVIII, escenario, como se sabe, de la tensión entre dos concepciones de ejercicio de poder<sup>160</sup>. Desde esta perspectiva, la carencia de ordenanzas del principal órgano de justicia y gobierno del reino de Valencia hubo de tener una clave de lectura política. ¿A quién favorecía esta situación? En Cataluña,

<sup>153</sup> Jdt 2, 2: «Y convocó a todos los Ancianos y a todos sus Capitanes y guerreros, y dioles parte del secreto de su consejo», en *Biblia vulgata latina...*, t. V, p. 432.

<sup>154</sup> «Como misterio se ha de comunicar con pocos el Consejo. A la Deidad que asiste a él, levantó aras Roma, pero eran subterráneas, significando cuán ocultos han de ser los consejos. Por este recato del secreto pudo crecer y conservarse tanto aquella grandeza, conociendo que el silencio es un seguro vínculo del gobierno», en D. de Saavedra y Fajardo, *Idea de un príncipe político cristiano, representada en cien empresas*, Valencia, 1660, empresa LXII, p. 434.

<sup>155</sup> NR 1, 6, 4 [NoR 4, 4, 1] y NR 2, 4, 62 [NoR 4, 5, 6].

<sup>156</sup> En relación con la Audiencia de Sevilla, estaba mandado que sus jueces «guarden muy enteramente el secreto de lo que entre ellos pasare y se votare en los Acuerdos» y que «al tiempo que fueren recibidos a los dichos oficios, juren especialmente sobre dicho secreto», en NR 3, 2, 15, [NoR 5, 4, 24].

<sup>157</sup> NR 2, 5, 82 [NoR 4, 2, 12].

<sup>158</sup> C. GARRIGA, «Justicia animada...», p. 96.

<sup>159</sup> M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, «Justice divine», p. 753.

<sup>160</sup> P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Fragmentos de monarquía*, pp. 353-454.

desde 1741, y no sin contradicciones, se había tratado de poner término a esta «falta de reglas fijas con que deviese gobernarse aquella Audiencia», precisamente, para contener al capitán general, máximo representante del voluntarismo regio<sup>161</sup>. Pero a ésta habría que añadir otra explicación. La tradición doctrinal, que definía las causas de recusación, y las ordenanzas de los tribunales, que establecían el régimen jurídico de los magistrados, coadyuvaban, de modo distinto, a la construcción de la imagen del *iudex perfectus*<sup>162</sup>. En su ausencia, y por razones dispares, era la adecuada percepción de la justicia la que se veía mermada. En los convulsos años finales de la centuria, parecía que una nueva *política judicial* emanaba de la Corte. De ser así, tras casi un siglo sin ordenanzas, habría sonado la hora del regreso a la tradición judicial de la mano de aquéllas. Llamas, tal vez consciente de ello, urgió a sus compañeros a tratar de culminar una redacción varias veces interrumpida. Debía ponerse fin a una situación que obligaba «en los casos dudosos, a mendigar los usos, prácticas y costumbres de otros Tribunales». Según dijo, el Consejo así lo deseaba. También lo requería la reputación de la Audiencia ante la ciudad y reino de Valencia. Sin embargo, dichas ordenanzas jamás se promulgaron.

RAMON AZNAR I GARCIA  
Universidad Carlos III de Madrid

---

<sup>161</sup> C. GARRIGA, «Despotismo ilustrado y desorden social: la restauración de la Nueva Planta de la Audiencia de Cataluña (1775)», *Initium*, 2 (1997), 485-516, p. 490.

<sup>162</sup> C. GARRIGA, «*Contra iudicii improbitatem...*», p. 319.

## APÉNDICE DOCUMENTAL

### SOBRE LAS OBLIGACIONES DE LOS JUECES

Discurso que en la abertura del Tribunal dixo el día 2 de enero de 1797 D. Sancho de Llamas y Molina, doctor en sagrados cánones de la universidad de Alcalá, colegial en el mayor de San Ildefonso, del Consejo de S. M. y regente de la Real Audiencia de Valencia.

En Valencia. Por D. Benito Monfort, impresor del Real Acuerdo. Año de MDCCXCVII

*Que sean leales, e de buena fama, e sin mala cobdicia. E que hayan sabiduría para juzgar los pleytos derechamente, por su saber o por uso de luengo tiempo. E que sean mansos e de buena palabra a los que vinieren ante ellos a juicio. E sobre todo que teman a Dios e a quien los pone.*

Ley 3, Tit. 4, Partid. 3

### SEÑORES

Sabiamente está establecido y ordenado por nuestro Augusto y benéfico Soberano que, todos los años, a la abertura de este sagrado Tribunal, de cuyas decisiones pende nada menos que la quietud y pública tranquilidad de sus muy amados Vasallos, y aún muchas veces su mismo honor y vida, haga su Cabeza una conveniente exortación, dirigida, o bien a remediar por este suave medio los abusos, que insensiblemente se introducen en todas las cosas humanas, o bien a alentar y animar a los Ministros y sus Subalternos a que desempeñen todos y cada uno de por sí sus respectivas obligaciones con el zelo que exige el servicio debido a ambas Magestades.

Con que según esto yo, Señores, debo exortaros esta mañana. Sí, Señores, y voy a hacerlo sin aspirar a más que mi exortación sea útil, provechosa, y conforme al fin que me he propuesto de que nuestro Tribunal conserve la alta reputación de integridad y justicia que siempre le ha distinguido. Uno de los más sabios Ministros que en estos últimos años han brillado en la carrera de la Toga y Diplomática, y que en sus continuos viages por Europa como Político ilustrado meditó atentamente los bienes y males, los vicios y defectos de sus Monarquías, Repúblicas y Gobiernos, solía repetir muchas veces con suma complacencia que los Españoles excedían a las demás Naciones en la rectitud e integridad con que se administraba la justicia en sus Tribunales.

¿Y no será bien, Señores, decid, que por el honor de nuestra España y aún por el nuestro, no pierdan sus Tribunales en nuestros días este alto punto de reputación? ¿Y por ventura se me podrá negar que éste es un interés sagrado, e igualmente común al Rey y al Estado, quando sabemos, o, por decirlo mejor, vemos cómo la justicia es la firme y robusta basa sobre que se sustentan los

Tronos y se perpetúan los Gobiernos, y la injusticia, al contrario, los trastorna introduciendo la ciega anarquía y desordenada confusión, bien así como una mala y dañosa peste que bien en breve lo acaba y consume todo? Señores, confesemos la verdad. De nosotros, de nosotros pende el buen orden de esta Provincia. Asegúreseme que cada uno de nosotros será qual debe ser, y doy por cierta y segura su prosperidad, de suerte que ya no es interés de un particular el que cumplamos con nuestras obligaciones, sino del Rey y de la Patria.

¡Pero, qué obligaciones! ¡Qué obligaciones las nuestras! Quando me pongo a considerarlas atentamente, os confieso que todo yo tiemblo y me acobardo, porque un Magistrado, en primer lugar, debe carecer de todo vicio. No hay remedio, como uno solo le domine, o ya sea el interés, o la ambición, o la sensualidad, o la irreligión, o en fin qualquiera otra mala pasión. Digo que no hay remedio, sino que con una irresistible fuerza se lo llevará tras sí, y le hará dar con su justicia en tierra. Pues si esto bastara, ah! Señores, que no basta, no, que carezcamos de vicios, sino que es menester que estemos dotados de las virtudes sus opuestas. ¿Qué ciencia no es necesaria?, ¿qué amor a la verdad?, ¿qué desinterés?, ¿qué fortaleza?, ¿qué rectitud?, y sobre todo, ¿qué temor de Dios para desempeñar como debemos nuestro ministerio? Pues si todo esto es menester en un Juez, preciso es que os hable yo de todo ello. Y así voy a hablaros con toda libertad, y sin disimular cosa ninguna, porque quanto diga, me comprende a mí más estrechamente que a los demás.

Pero antes quiero que renovéis la alta y recomendable idea que tenéis formada de la Magistratura. Los reyes sabéis que fueron instituidos para ser Jueces Supremos de los Pueblos. Dadnos un Rey, decían los israelitas a Samuel, que nos juzgue como lo tienen las demás Naciones. Y en la Santa Escritura vemos muchos exemplos de esta verdad en los muchos juicios y sentencias que dieron y pronunciaron los Reyes, como Job (sic) y Salomón, de los cuales leemos que, sentados en sus Tronos y rodeados de sus Consejeros, daban su audiencia y ponían fin a las divisiones; de modo que esta institución divina de los Reyes es una de aquellas cosas que con mayor certidumbre y claridad conocemos y conocieron nuestros mayores. Léanse las Crónicas, y en ellas se verán sucesos que acreditan esta suprema autoridad de los Soberanos.

Ahora bien, Señores, supuesto esto que es innegable, ¿qué es lo que hace S. Magestad? Deposita este Poder que es propio y peculiar de su Soberanía en nuestras manos, y aquella recta espada de justicia, que Dios le puso en las suyas, aquella misma nos la confía y pone en las nuestras. ¡Qué confianza! ¿Y para qué? Para que nosotros con ella y en su Real nombre protejamos al desvalido, y hagamos que todos, desde el menor de sus Vasallos hasta el más poderoso, obedezcan y respeten las Leyes. ¡Qué confianza ésta, vuelvo a decir! ¡Válgame Dios! ¡Y como nos honra nuestro Soberano! Es así que nos honra nuestro amado Rey. Pero, al mismo tiempo que nos honra, me parece a mí que oygo aquellas mismas palabras, que el piadoso Josaphat dixo a los Jueces que había establecido en las Provincias: «Mirad –les decía–: el poder que os doy de juzgar es una porción del que yo he recibido. Éste no me pertenece en propiedad; es de Dios de quien yo le tengo a título de depósito. Vuestra autoridad, del

mismo modo que la mía, no es arbitraria; juzgáis en nombre y con la autoridad del mismo Dios, y así deben ser vuestros juicios tan rectos como los suyos». ¿Qué os parece, Señores, no hago bien en pensar de nuestro justo Rey que nos habla como otro piadoso Josaphat? ¿Y si hago bien en pensarlo, habrá alguno que tenga por vanos mis temores?

Tal es, Señores, como sabéis, la alta dignidad de nuestra Magistratura. No hay más, sino que por ella exercemos los juicios de Dios, y de ahí es que la Santa Escritura nos llama Dioses de la tierra e hijos del muy Alto, de suerte que nuestra autoridad tiene su origen del Cielo. Si esta expresión saliera sólo de mis labios, tal vez se podría atribuir a deseo de ensalzarme y de ensalzaros; pero ello es que está expresa en las Santas Escrituras. Y así repito que somos Dioses, porque exercemos sus juicios como decía el más sabio de los Legisladores: Moisés. Y Dios, dice el Apóstol de las gentes, no hace distinción del Griego ni del Gentil, del Judío ni del Romano; con la misma medida mide al rico que al pobre, al noble que al plebeyo, al natural que al extranjero. Pues ello es preciso que la conducta divina sea el modelo de la nuestra, y que al modo que juzga Dios que juzguemos nosotros. No hay remedio. ¿Y qué sabiduría, qué rectitud, qué desinterés, qué fortaleza no es menester para esto? Desentrañemos todas estas verdades, y empecemos por la Sabiduría.

He cotejado con suma complacencia mía, y no menor asombro, las qualidades que exige la Sagrada Escritura en los Jueces, con las que de nosotros exigen nuestras Leyes. Y he visto claramente que nuestros Legisladores, al formar su Código, tenían a la vista el Divino. Reflexione quien quiera, y con quanto espacio quiera, lo que prescribe Moisés en el Éxodo, y lo que prescribe la Ley 3, Tít. 4, Partida 3 en orden a los jueces, y se advertirá claramente que aun las palabras de la Ley están tomadas de aquel divino Código. De un mismo modo hablan Moisés y el Rey D. Alonso, y las mismas qualidades exigen en los Jueces de su Pueblo, y ambos ponen por circunstancia indispensable en el Magistrado la Sabiduría.

Y a la verdad, ésta es cosa que nos la dicta la misma razón natural; pues la Ley es la pauta de nuestras decisiones, y el juicio no es otra cosa que la aplicación de ella a los casos particulares. Ahora bien, ¿el Juez que ignora la Ley podrá por ventura, o sabrá, o querrá aplicarla? Si el entendimiento es como una luz que mueve y guía a la voluntad, de modo que no hay pensar en desear el bien que no se conozca, ¿no será semejante el Juez que ignora la Ley a un caminante que, rodeado de tinieblas en obscura y tenebrosa noche, por más que procura evitar el riesgo con su detenido y atentado paso, da, quando menos piensa, en un precipicio? Decidme: ¿no será como un ciego que me quiera hablar y juzgar de colores sin haberlos jamás visto? Ah! ¡Qué cosa más ridícula que la vara de justicia en manos de un Juez ignorante y ciego! Y lo peor es que los males que ocasiona son irreparables.

Déseme un Magistrado que, a lo menos, conozca la injusticia que ha cometido. Yo esperaré de él que la repare. Sí, Señores, lo esperaré; porque su misma conciencia a todas horas lo estará remordiendo y estimulando a que lo haga. ¿Pero del ignorante Juez qué hay que esperar? ¿Acaso que lllore y sienta el mal

que ni ve, ni conoce? Su enfermedad, Señores, es incurable y, si no renuncia como debe la Magistratura, los errores que cometa por su ignorancia se le han de imputar en el Tribunal de Dios, y viene obligado amás de esto a resarcir a las partes los daños y perjuicios que les ocasione. Así lo dispone sabiamente el Rey D. Alonso. Oíd sus palabras, pero con la atención que se merecen: «Mas si por aventura juzgase torticeramente por necesidad o por no entender el derecho, si el juicio fuere dado en razón de los pleytos que de suso diximos, no ha otra pena, sino que debe pechar a bien vista de la Corte del Rey a aquél contra quien dio el juicio todo el daño o menoscabo que hubo por razón de él».

¡O, válgame Dios, y qué de males ocasiona esta ignorancia!, y tales que no sólo se ven con los ojos, sino que se palpan con las manos, lo qual me exime, y me alegro mucho, de hacer una pintura horrorosa de ellos. Lo que yo deseo es mucha ciencia en el Magistrado, porque bien sabéis que no basta el haber estudiado en Universidades con aplicación, porque a la verdad se requiere mucho más. El Magistrado debe estudiar en el Tribunal y fuera de él. En el Tribunal, para hacerse cargo hasta de las más pequeñas circunstancias de los hechos que, por su naturaleza, influyen no pocas veces en lo substancial del asunto que se litiga; pues, sin este estudio, se aventura el acierto de los negocios. Debe estudiar en su casa para instruirse en los principios obvios de la Jurisprudencia práctica y dar pronta salida a los asuntos menos difíciles, sin necesidad de examinar los Autos en casa, cuya diligencia quiere la Ley, y muy justamente que lo quiere, que la evitemos en quanto nos sea posible, por no retardar con ella el despacho con no poco detrimento de los litigantes.

Debe, además, estudiar en casa para así poder decidir con acierto en los arduos e intrincados negocios que, de quando en quando, se ofrecen. Y se ofrecen, a juicio de un Autor célebre, para que haya una como guerra inocente entre los Ministros de justicia, en la que parece luchan y se contraponen virtud contra virtud, doctrina contra doctrina, y experiencia contra experiencia, llegando a veces a tal extremo de incertidumbre que no puede menos de humillarse el ingenio humano y reconocer su flaqueza y miseria. Y esto es lo que traía agitado el ánimo del Santo Job, así se lo decía él mismo a su Criador. Íbale una causa que no podía entender por su obscuridad, y la examinaba con mucho cuidado y diligencia, y eso que era sabio, y sabio de primer orden; pero, como no presumía de su sabiduría, antes pensaba humildemente de sí, estudiaba y examinaba atentamente los negocios arduos. ¡Qué exemplo, Señores, éste, qué exemplo! Meditémoslo profundamente, y así se nos caerá a los pies este orgullo que nos lisongea, y falsamente nos hace creer que tenemos la ciencia que no tenemos.

El amor propio es el que nos ocasiona estas ilusiones, y el orgullo es el que deslumbra la mayor parte de los mortales. Y de aquí proviene que muchos que se juzgan sabios son por lo regular muy ignorantes. ¿Quántos no se ven muy presumidos de sabios y no son más que unos entonados charlatanes? Es cierto que, sin tener más que una ciencia muy superficial, como la acompañan con cierto ayre arrojado y audaz, logran opinión de sabios con el vulgo; pero el verdadero sabio, ¡ah!, ¡y con qué desprecio los mira! ¡Como a las veces con

sólo hablar unas pocas palabras, que le ha dictado su madurez y cordura, les hace enmudecer avergonzados y corridos! Un Jurisconsulto sabio no se forma, no, en los Estrados, sino en las Bibliotecas, y es un fenómeno más raro de lo que parece. La Jurisprudencia es un mar inmenso, y rodeado por todas partes de escollos y precipicios. Y, para que la navecilla de nuestro ingenio no se estrelle o encalle, es menester que el piloto que la gobierne eche continuamente la sonda, y vaya tanteando y buscando los medios para que no se anegue u estrelle contra los escollos. Éstos son las dudas que las partes excitan; pues si, sin resolverlas juzgamos somos Jueces iniquos; porque, puesto que por casualidad no erremos en la sentencia, nos exponemos a errar y a violar las Leyes, y a injuriar al prójimo. No es posible que sentenciando así no nos dé quexosos gritos la conciencia, y quando ella grita y así se quexa, pecado hay, dice el Apóstol, y aún hasta un Juez y Filósofo Pagano nos lo enseña. Tan cierta y clara es esta verdad.

Pues, para resolverlas, desvaneciendo como se debe estas dudas, es indispensable cotejar con muy atenta consideración argumentos con argumentos, hasta quedar convencido el entendimiento de haber puesto la verdad y justicia en limpio. Y, quando tan felizmente no le suceda, sino que dude aún y vacile, consúltense los axiomas que las Leyes, la equidad, y los Publicistas tienen establecidos, así en las causas criminales, como en las civiles. Y como las dudas son tantas y de tan diferentes especies, y como para resolver las unas es necesario examinar el Derecho Público, para otras el Patrio, para aquéllas el Canónico, para éstas el Foral, y para todas el Divino y natural, de aquí es que el estudio del Magistrado, para resolverlas con acierto, sólo se termina con la vida. ¡Ay, Dios mío! Ni aun esto me basta, sino que aun estudiando de continuo y sin cesar, debo aun con más razón que David pedirnos perdón de mis muchas ignorancias y yerros.

Así es, Señores; porque no basta para resolver con acierto la ciencia que se adquiere en los libros y con la práctica del Tribunal. No, Señores, no basta, sino que debemos recurrir a Dios y pedirle que nos alumbré. Porque don del Cielo es la Sabiduría, y don precioso, y don que excede en valor y quilates al oro, don divino y celestial, don en fin que comunica el cielo a quien quiere y como quiere; pues toda sabiduría, dice el Espíritu Santo, viene de Dios. Por esto sabiamente está dispuesto que los Ministros, antes de entrar en el Tribunal, asistamos al Santo Sacrificio de la Misa, a fin de implorar del cielo las luces necesarias para el acierto. ¿Y habrá alguno que nos tenga en menos por esta desconfianza que en este acto de Religión parece que mostramos de nuestras luces, y que lo atribuya a que tenemos unos ánimos encogidos y apocados? ¡Qué vanidad o, por mejor decir, qué impiedad de pensamiento! Dígaseme: ¿era sabio Moisés?, ¿era esforzado?, ¿no le destinó Dios para luchar contra todo el poder de (sic) Faraón, y sacar los Israelitas del cautiverio de Egipto, y conducirlos por el desierto a la tierra prometida? ¿Pues, porqué (sic) con serlo no se atrevió, sin primero consultar con Dios, a resolver la demanda de las hijas del ya difunto Salfaad, quando acudieron éstas pidiendo la parte que, en caso de no morir, se le había ofrecido a su padre? ¿Fue sabio Salomón? ¿No lo fue



más que hombre nacido? ¿Pues porqué (sic) desconfiaba de sus luces e imploraba las divinas? ¡O Dios de mis padres, o Señor misericordioso –le decía–, que habéis criado todas las cosas de la nada con vuestra divina palabra, dadme la Sabiduría que rodea vuestro divino Trono para que pueda juzgar y regir a vuestro pueblo! ¡O cuán grata fue esta petición en la presencia de Dios! Derramó sobre su alma tan soberanas luces que, con su sabiduría, en la célebre disputa de las ramerías, llenó de espanto a todo Israel. Todo, todo su Pueblo, desde el más chico al más grande, conocieron que estaba lleno de la sabiduría del Señor.

Pues ahora digo yo: si estos que han sido los más sabios de entre los hombres juzgaban que les era necesaria la divina luz, ¿no juzgaremos nosotros?, ¿no acudiremos a Dios para pedírsela por medio de la oración? Señores, no nos avergonzemos, antes preciémonos mucho de ser y parecer Cristianos; pues el Cristianismo es la mejor escuela de la Magistratura, y el Evangelio comunica más luces a los Magistrados que Solón, Licurgo, y todos los Legisladores, así Griegos como Romanos; y su divino Legislador es la verdadera Luz que ilumina a todo hombre que viene al mundo, y es luz que ilumina el entendimiento e inflama al mismo tiempo la voluntad para que no se dexen arrastrar de los desordenados afectos de sus pasiones, y la comunica una fuerza invencible para el logro de tan alta empresa.

¡Ah Señores!, que el corazón del Magistrado, más que el de otro hombre, debe estar libre y esento de malas pasiones. Y éstas, quando ya han crecido y se han hecho robustas, son dificultosísimas de vencer. Preciso es contrastarlas al principio y luego que nacen y son como niños, que esto nos quiso dar a entender David diciendo «Bienaventurado el que quebrantare sus pequeñuelos», y aún entonces necesitamos de una fuerte piedra que los quiebre o quebrante, y ésta es Christo. Los Atletas entre los Gentiles antes de salir a luchar en el estadio sufrían hambre, sed, frío y calor, y se ejercitaban en horas señaladas en la lucha. Pues, ni más ni menos se debía hacer en la carrera de la Toga con sus Candidatos; debían trabajar con incesante desvelo en domar sus desordenados afectos, y tener escuelas y maestros como los atletas, que los ejercitasen en la arte de las artes, que es la de triunfar de la codicia, ambición y demás pasiones. Nuestra España tenía antes estas escuelas, y en ellas se aprendía la gran ciencia de pensar con honor y estimación, y la de preferir la fama y buen nombre a todos los intereses. Y, ejercitados en esta gran ciencia, salían a los Tribunales bien pertrechados contra las asechanzas de los litigantes.

Ah!, ¡que éstos saben muy bien, como que lo saben por experiencia propia, la casi irresistible fuerza que tienen en el corazón de los mortales las pasiones! ¡Cómo lo dominan y cómo lo llevan o, por decirlo mejor, lo arrastran con ciegos pero atropellados y violentos pasos por do ellas quieren y adonde quieren! Y, como el sagaz y experimentado General, que en el sitio de alguna plaza la va con atentos y curiosos ojos dando vueltas al rededor hasta encontrar con la parte, o menos fuerte, o más flaca, así, ellos se nos ponen a mirar y contemplar nuestro corazón muy de intento con el fin de ganarlo o engañarlo a costa de la justicia y nuestra reputación. ¡O, válgame Dios! ¡Qué trazas tan sutiles no

inventan! ¡De qué ardidés no se valen! ¡Pero, qué ocultos! ¡Qué disimulados! Para el sensual, buscan la bella Sirena que le encante; para el de entrañas tiernas y sobrado indulgentes con sus hijos, las lágrimas de éstos que se las ablanden; para el que tiene nombre de apasionado marido, de los ruegos y plegarias de su cara esposa; para el ambicioso, le insinúan la voluntad o empeño de los que pueden satisfacer su ambición; para el que juzgan cobarde, las iras y aún las amenazas (que hasta este punto se llega) de los que se tienen por poderosos. ¿Es así, Señores? Decidme, ¿es así? ¿No lo tocamos todos los días con nuestras propias manos, y lo vemos con nuestros propios ojos? Pues así como una alta roca rodeada y combatida por bravas olas se mantiene siempre inmóvil, burlándose de sus esfuerzos, así, el perfecto Magistrado, rodeado a todas horas y combatido por todas partes de las furiosas olas de las pasiones, se ha de sostener firme e inmovible, sin que los encantos de la hermosura lo ablanden, ni lágrimas de hijos lo ganen, ni ruegos de esposa lo venzan, ni mayores fortunas lo inclinen, ni amenazas de poderosos lo acobarden. ¿Y cómo conseguirá tan gloriosos triunfos si la codicia y ambición le devoran las entrañas? ¿Y cómo resistirá a unos asaltos tan fuertes y formidables, sino se reviste de una heroica fortaleza cuya basa sea el santo temor de Dios?

Los Oráculos divinos que a este punto se me acuerdan en confirmación de esta verdad me hacen sentir el no haber comenzado por aquí mi exortación. Por otra parte, estoy considerando las graves sentencias de nuestros sabios Jurisconsultos sobre los vicios que desacreditan la Magistratura y las virtudes que la exaltan y engrandecen. ¿Pues qué haré sino por no molestaros ceñirme a hablar únicamente de las virtudes más notables y de los vicios más feos y abominables? Aquéllas y éstos están compendiados con una admirable claridad en estas gravísimas palabras, que Moisés refiere haberle dicho a su suegro Jetró. «Oye mis palabras –le decía– y será Dios contigo: escoge de todo el Pueblo hombres de firmeza y temerosos de Dios, hombres de verdad y que aborrezcan la avaricia, y a éstos nombra por Jueces de Israel». ¡O qué palabras éstas tan sencillas, pero cuán enérgicas y expresivas! No se contenta este grande hombre con que un Magistrado no sea avaro, debe también aborrecer las riquezas. ¡Ah, Señores, cuán verdadera es la sentencia del Apóstol: la raíz de todos los males es la codicia! El oro es el ídolo a quien ofrecen culto la mayor parte de los mortales; el oro deslumbra los Sabios, corrompe la inocencia, envilece la Magistratura, e infama el Santuario. A la verdad, el codicioso es el más execrable de los malvados y así lo dice el Espíritu Santo; porque, o ya se codicie por atesorar, o por disiparlo, o por mejorar de fortuna, siempre ocasiona los mismos estragos; porque, así como la incauta mariposa se abrasa y perece en la misma luz, en torno de la cual va revoloteando en busca de la muerte; o bien, así como el hambriento paxarito a la vista del sagaz y astuto cazador, que de oculta parte le acecha, cae engañado en la red que le muestra la comida, así, ni más ni menos, le aviene al codicioso Juez con las asechanzas y ardidés de los poderosos. Y lo que es peor, hecha la presa, glorianse con ella, y hacen alarde y la muestran, y se ríen y mofan, siendo el Magistrado la fábula ridícula de sus dichos salados y satíricos diálogos. ¿Pues, amigo, tomé Vmd. mi consejo? Sí por cierto ¿Vio Vmd. a

fulano? Ayer mañana. ¿Anduvo Vmd. generoso? Quien lo duda. ¿Surtió buenos efectos? Admirables. ¿Se revocó la providencia? No ha sido aun posible. ¿Se revocará? No lo dudo. ¿Y ha entregado ya Vmd. el dinero? No soy tan bobo. ¿Y es mucho? Eso, amigo, más de lo que pensaba. ¿Y para este consejero, digo, no habrá algo? A su tiempo. ¿Pero Vmd. se sale con la suya? Esto me consuela. ¡Líbreme Dios de caer en esta ignominia! Pero ello así pasa, Señores, ello así pasa. Luego, al principio, andan estas mismas hablillas entre los mismos litigantes. A lo poco, lo confía cada uno a sus amigos, y de éstos corre a otros y, al fin, se hace público y notorio que se vende y malvende la justicia. ¿Y cuáles son los daños y los males de esta sórdida avaricia? Tales y tantos que me estremezco sólo al considerarlos. Los delitos de los poderosos ni aun se reprehenden, crecen los escándalos, y los Alcaldes escarmentados en cabeza agena se encogen de hombros, y ni aun a hablar se atreven; y quando sus gemidos y lágrimas están penetrando los Cielos, el Juez avaro se hace sordo, o los oye sin moverse como si fuera un duro peñasco. ¿Qué lugar ha de dar en su corazón a las lágrimas de los pobres, quando le tiene todo entregado y vendido a las dádivas de los ricos? Y ved aquí porqué (sic) el Oráculo divino aconseja a los pobres no pleiteen con los poderosos, ni pongan demanda contra ellos; porque, como el ojo del avaro no se sacia con una parte de iniquidad, busca falsos testigos para arruinarlos y, tal vez, tal vez, el mismo Juez cohechado se los proporcionará, como aquellos impíos consejeros del Rey Acab, que sacrificaron a Nabot, se los proporcionaron a la impía Jezabel. ¡Y, en tan vergonzoso caso, qué lastima me causan los Ministros sus compañeros! Uno o dos que haya en un Tribunal bastan para desacreditarlo y envilecerlo a los ojos del público. Vedlo claro. El vulgo piensa muy superficialmente y es naturalmente inclinado a pensar mal de sus Superiores; y, de casos particulares, allá con su mala Lógica, deduce consecuencias generales, midiendo a todos con una misma medida, de modo que, por un solo malvado, padecen muchos inocentes.

Mas no sé, Señores, si me atreva a decir que es todavía más pernicioso a un Tribunal un Magistrado que ama el dinero para disiparlo, como el hijo pródigo viviendo luxuriosamente, que un avaro; porque éste al fin tiene que comer aunque le duela gastarlo, pero al pródigo le falta, y la hambre y la sed, así suya como de su muger y familia, le son como unos continuos torcedores que le atormentan y, por salir de sus ahogos y librarse de la molestia de sus acreedores, o venderá su patria como Curión, o la abrasará si puede como lo intentó Catilina, o la tiranizará como Cesar.

A tales excesos conduce la avaricia, y nada me costaría probar que iguales y aún las mismas nacen de la ambición, pusilanimidad y demás vicios; porque un Magistrado para ser perfecto es necesario que se niegue a sí mismo, esto es, a todos sus afectos y pasiones desordenadas. Pues si así es, se dirá alguno, ¿hay más que echar mano de Frayles descalzos para Jueces de la República? Pero, ¡ah!, Señores, ¿y quién duda que puestos tales por Jueces se les atarían todavía más las manos de lo que por su santa y estrecha profesión las tienen? Como pobres, pueden pedir lo que necesiten y recibir graciosamente lo que se les dé. Y nosotros, ni aun por título de obsequio ni de agradecimiento, podemos reci-

bir dones, ni dádivas de los litigantes, porque los regalos cierran los ojos de los sabios, dice el Espíritu Santo. No, no dice que ciegan los ojos de los avaros, porque esto cosa clara es, sino de los Jueces rectos y justificados. ¿Pues perecerán de hambre?, pensará quizá alguno. ¡Qué temor éste tan necio y vano!, como sino (sic) tuviéramos un Dios que bendiga la generación de los rectos y haga abundar sus casas en gloria y riquezas, y exalte perpetuamente su justicia. No temamos, Señores, no temamos, porque la Providencia divina cuidará especialmente de los Ministros justificados. ¿El corazón del Rey no es cierto que está en las manos de Dios? Y, estándolo, ¿cómo es creíble que no le mueva e incline acia (sic) los Jueces rectos sus hijos y familia? No vi jamás, decía un gran Monarca, al justo desamparado, ni a sus hijos mendigar el pan de puerta en puerta.

Y viniendo a lo otro que me he propuesto, no basta, Señores, que tengamos a raya y como quebrantadas nuestras pasiones; es necesario también que nos adornemos y vistamos de las preciosas vestiduras de las virtudes, y que brille en nosotros una fortaleza no común sino heroica. «Escoge para Jueces hombres de firmeza», decía Jetró a Moisés. Hombres, dice, de fortaleza, porque un Magistrado sin esa virtud es como una caña ligera que se mueve a todos vientos: soplan los cierzos y la inclinan a un lado; soplan los abrasados solanos y la inclinan al contrario; y sin tener como debiera los ojos siempre fixos en el invariable norte de la Ley, se dexa llevar errante y vago al ciego y furioso impulso de las pasiones; que aun por eso dixo el sabio del necio: que se muda a todas horas como la Luna.

Comparan muchos la República al mar y tienen razón; porque, como los contrarios vientos lo agitan y conmueven, así a la República la trastornan y confunden las contrarias y violentas pasiones de los Ciudadanos, y, chocando unas con otras, la constituyen en un eminente peligro de su ruina. En estos casos, es indispensable en el Magistrado una constancia más que humana: no ha de mostrar temor, ni tenerlo; antes se debe hacer temer de los impíos y malvados. Un juez que, como Catón, se opone con frente serena a los vicios de los poderosos, desprecia sus amenazas, descubre sus maquinaciones, y obliga a estar a la Leyes y guardar el buen orden, adquiere una gloria inmortal, como la adquirieron aquél y Cicerón quando salvaron a Roma descubriendo la conjuración de Catilina, y castigando con celeridad sus excesos y los de sus cómplices. Pero hay pocos Catones en el mundo, es verdad, pero el que no esté dotado de esta heroica fortaleza renuncie la Magistratura. No pretendas ser Juez, dice el Espíritu Santo, si no te hallas con virtud para resistir y hacer frente a los delinquentes, porque, si te dexas arrastrar del temor de los poderosos, serás causa de escándalo a los demás. Nuestro Rey nos ha puesto en las manos la espada de justicia que recibió de Dios para que defendamos al oprimido, y hagamos que el más poderoso respete las Leyes, sin conocer más diferencia entre ricos y pobres que la de inocentes y culpados. Y como el más insolente y malvado soldado del ejército no se atreve a desmandarse y hace lo que debe, sino de grado, de miedo a lo menos al vigilante y rígido general, así, la vara de Justicia, quando se sabe que está en manos de un recto e inflexible Juez, acobarda e

intimida al ánimo más osado e inquieto; de modo que, sin querer la paz de la República, él se guarda muy bien de perturbarla. ¿Y por ventura para el de corazón y entrañas perversas hay otro freno que el temor del castigo? Que se experimente que sólo la inocencia libra bien con esta vara y se verá cómo son mucho menos los delinquentes. ¡Ah, piedad mal entendida, a quantos has hecho reos que nunca lo hubieran sido! ¡Para qué otra cosa sirves sino para que se haga peor el malo y con el mal exemplo dexé el bueno de serlo! Tengamos siempre presente que la condición del vulgo es siempre la misma, y que no temiendo el malo se hace temer del bueno. Los malos son muy mal contentadizos, gente de muchos antojos, por extremo inconsiderados, y en grado sumo desagradecidos; de modo que condescender con ellos no es, en realidad, otra cosa que irles alimentando su dañada intención para que tome cuerpo y se haga orgullosa, y se atreva hasta romper los más sagrados vínculos de la sociedad. Y así, en estos casos, la salud de la República pende del pronto castigo de los delinquentes, en especial, de aquellos que han sido la causa de que el inconsiderado vulgo se precipitara. El castigo pronto contiene a los tímidos, y reprime y refrena a los poderosos. La celeridad con que castigó Cicerón a Léntulo y demás conjurados con Catilina fue la que salvó a Roma, y la que le adquirió el inmortal renombre de Padre de la Patria, que, agradecidos, los Romanos hacían resonar en los templos y por las calles y plazas de tan populosa y dilatada ciudad. Tan cierta es aquella sentencia del Oráculo divino: que por no dar pronto castigo a los delinquentes se determinan a obrar mal los hombres.

Pero es menester considerar que las virtudes morales andan siempre camino recto entre dos extremos, para que el Juez, fixos los ojos en la virtud, siga sus pasos sin jamás torcerlos ni a uno ni a otro extremo. El esforzado, por exemplo, ni tocará en el de la pusilanimidad, ni en el de su opuesto que es el arrojado o imprudente precipitación; porque aquélla le atará las manos y éste se las soltará demasiado. Procederá, pues, con un ánimo tranquilo y libre del temor que acobarda, y de la ira que se huelga del mal y se encarniza. ¡Ah, Señores, que la ira es muy mal consejero! La inconsideración y precipitación son sus hijas y, por consiguiente, el que se dexa arrastrar de ella obra precipitadamente y se expone a confundir en el castigo al inocente con el culpado. ¿Pero cuán en daño de la misma República? Pues un inocente que se castigue es un delito enorme, y delito que suele traer gravísimos inconvenientes; porque los buenos sienten que el inocente sin causa sufra y padezca, y a los malos les sirve esto de ansa y pretexto para desacreditar la justicia, y animar al vulgo para que no la respete ni respete al Gobierno. Prudencia, Señores, prudencia.

Como la Luna en clara y serena noche brilla entre las estrellas, así debe resplandecer la prudencia entre todas las virtudes del Magistrado, porque ella es la que le constituye sumamente recomendable. El prudente es como un Profeta que ve venir los males antes de que acontezcan, y se llena de gloria precaviéndolos. Así como es médico más sabio el que nos libra de una enfermedad que el que nos la cura, así es más perfecto Gobernador el que libera la República de las iniquidades que el que, excitadas, las contiene y refrena. ¿Y para esto cuál debe ser su solicitud, desvelo y vigilancia? ¡Ah! Él debe velar cuando los

buenos ciudadanos reposan, y la noche, que sirve de capa a los perversos para ejecutar sus maldades, es el tiempo en que el vigilante Magistrado, con su perspicaz vista, los descubre y, descubiertos, los asalta de repente y los sorprende.

¿Y cómo sufrirá tantas incomodidades un Magistrado? ¿Cómo velará en las mismas horas que la naturaleza tiene destinadas para el descanso y reparo de las fuerzas? ¿Cómo se esforzará a ejecutar unas acciones tan contrarias al deseo inato de la propia salud y comodidad? ¿Como? Yo os lo diré: temiendo a Dios. Así nos lo enseñan Moisés y nuestra Ley con estas gravísimas palabras: «E sobre todo que teman a Dios, ca si a Dios temieren, guardarse han de facer pecado, e aurán en sí piedad e justicia». Sí, Señores, sí. El temor de Dios es el que nos da y comunica esfuerzo y vigor para no sentir y sobrellevar las incomodidades y trabajos que lleva en sí nuestra Magistratura; pues, así como las Leyes humanas han sido establecidas, dice un sabio Jurisconsulto, para refrenar con el castigo la audacia y atrevimiento de los malos, así el temor de Dios sirve para contener, detener y refrenar las pasiones de los Magistrados, y, esto logrado, no hay incomodidades que no se superen.

Ya habéis visto cuán necesaria es al Juez la ciencia y sabiduría; pues el origen, principio y fuente de donde dimana es el santo temor de Dios. El que teme a Dios distingue perfectamente la falsa de la verdadera sabiduría: aquélla es un arte de hacer mal con destreza, como la de los falsos políticos; ésta dispone a cumplir la Ley; aquélla es abominable; y ésta digna de los mayores encomios. Sí, Señores, sí: mejor es el hombre menguado de saber y cordura, pero timorato, que el que tiene grande juicio y quebranta la Ley del Altísimo. El que teme a Dios la medita continuamente, y el que la medita adquiere, aunque joven, una ciencia superior a la de sus propios Maestros, y una prudencia más acendrada que la de los ancianos. El que teme a Dios piensa que exerce sus juicios cuando juzga y por lo mismo procura asemejarse a él y, como sus juicios son misericordia y verdad, funda los suyos en estas dos sagradas columnas (sic). El que teme a Dios sabe que él es el que escudriña los corazones humanos, y que le son patentes los pensamientos y deseos más ocultos. Y, penetrada su alma de esta sagrada luz, se desnuda de los afectos terrenos, y examina los procesos con un cuidado y exactitud imponderable y con el fin solo de buscar la verdad y arreglar sus juicios a lo que las Leyes ordenan. El que teme a Dios ama lo que él ama, y aborrece lo que él aborrece. Y, como Dios no puede dexar de aborrecer lo malo y amar lo bueno, un Magistrado poseído de este divino don detesta el orgullo y la soberbia, y los caminos por donde andan los impíos y la boca de dos lenguas, y los aborrece con un odio perfecto. Esto es, aborrece la iniquidad e injusticia, que los hace enemigos de Dios y de la Patria; y, si se corrigen y enmiendan, los ama y los acaricia, y los recibe y estrecha entre sus brazos; mas si permanecen incorregibles, con el zelo de la honra y gloria de Dios los abrasa, y no para hasta exterminarlos, consumirlos y acabarlos. El que teme a Dios posee la verdadera fortaleza. No lo dudéis. Más esfuerzo y valentía para defender la verdad han dado estas solas palabras de Jesu-Christo «No temáis a los que matan los cuerpos y no tienen imperio alguno sobre las almas,

temed a Dios, que puede alma y cuerpo arrojar a los infiernos» que todos los libros y ejemplos de los más rígidos Estoicos. El que teme a Dios piensa a todas horas que el que juzga hoy será juzgado mañana, y este santo temor le detiene, modera y refrena para que no deslize ni a la diestra, ni a la siniestra. El que teme a Dios mira el ocio y la inacción con horror, y se toma a sí una estrecha cuenta de cómo emplea el tiempo en el Tribunal y fuera de él; pues sabe que toda dilación voluntaria priva al actor de los bienes que demanda, o al reo de la seguridad y certeza de los que posee. ¡O! ¡Y cuánto interesa a la humanidad este santo temor de los Magistrados! Pues un suspiro, un gemido, una lágrima, un instante más que esté el preso en un húmedo, lóbrego y frío calabozo, aflige, atormenta y desconsuela al temeroso de Dios; porque ama a su próximo como a sí mismo, y porque sabe que de su desidia ha de dar a Dios estrecha cuenta. El que teme a Dios tiene muy gravada en su memoria aquella sentencia del Sabio: «Según son los jueces del pueblo, así son sus Ministros; y qual fuere el Gobernador de la Ciudad, tales también los que moran en ella». Y con luz clara percibe que mal gobernará a los demás el que no sabe gobernarse a sí mismo, y, por lo mismo, procura ser dechado de sus súbditos en obras y palabras para que no le desprecien. Importa, importa mucho a la República la buena fama y reputación de los Magistrados; que mal puede castigar a la adúltera el adúltero: «El que de vosotros esté sin delito –decía Jesu-Christo a los acusadores de la adúltera– que la apedree», con lo que nos quiso significar que las Leyes justas piden para su ejecución Jueces inocentes; pues si el adúltero condena a la adúltera pronuncia dos sentencias: una con la que se absuelve a sí, y otra con que condena al culpado. El que teme a Dios..., pero pongamos fin a los bienes que nos vienen del santo temor de Dios, porque sería nunca acabar.

Ardua cosa es el desempeño de tan santas y sagradas obligaciones como las nuestras, es verdad. Pero lo es igualmente que el Magistrado que ofrece en el sagrado altar de la justicia el sacrificio de todas sus pasiones, y se lo cumple, es altamente recomendable a los ojos de Dios y de los hombres; y que su integridad, fortaleza y desinterés arrebatan y encantan a todos los mortales. El vulgo tiene unas ideas torcidas y trocadas sobre la verdadera grandeza; no es lo mismo ser poderoso que grande; la verdadera grandeza no consiste en tener muchas riquezas, ni en tener vasallos, ni en ir por las calles en doradas carrozas, ni en sojuzgar con las armas Provincias y Reynos enteros, sino en vencerse a sí propio. Más grande es a mis ojos Catón que Pompeyo, Sócrates que Alejandro, y Samuel que César. La fama de los unos es más brillante; la de los otros más sólida. Aquéllos han vencido a sus enemigos; éstos se han vencido a sí propios. Y más esforzado es el que se vence a sí que el que conquista Ciudades; pues en aquél el heroísmo no puede subir a más alto punto. Comparemos entre sí dos de estos héroes y se hará más patente esta verdad, y sean César y Samuel los escogidos, y en el día de su mayor gloria, que fue quando se presentaron el uno al Pueblo Romano, y el otro al Hebreo. César haciendo alarde de sus conquistas; Samuel, de su justicia; éste, pobre, modesto, desinteresado después de haber gobernado por muchos años las doce Tribus; el otro, rico, opulento y colmado de los despojos del Universo; este, rico por lo que ha robado y porque

ha empobrecido a muchos; Samuel, pobre porque sólo ha cuidado de hacer felices, ricos y bienaventurados a los Israelitas. César se presenta después de haber vencido a los Bárbaros en las Galias, a Afranio en España, a Pompeyo en Farsalia, y a Scipión en la África. Samuel se presenta ante el Pueblo de Dios y de su unguido, coronada y adornada su preciosa frente con los laureles de su piedad, justicia y desinterés; César, con la púrpura teñida en la sangre de Catón, de Pompeyo, y otros ciudadanos ilustres; Samuel, con su manto adornado de tantas y tan brillantes estrellas como bendiciones había recibido de los huérfanos, viudas y desconsolados. Decidme ahora, ¿quién de estos es más recomendable? Sin duda, responderéis que Samuel. Pues, igual gloria nos espera si imitamos sus virtudes.

Aquí había pensado dar fin a mi Oración; pero, ¿cómo he de dexar de hablar de un intolerable abuso que se ha introducido en nuestro Tribunal? Hablo, Señores, de la falta de secreto, que es no menos que el alma de los Consejos. Nabucodonosor, dice la Escritura, que juntó sus Consejeros, y tuvo con ellos el secreto de su Consejo. El *secreto*, así con esta expresión lo dice; el *secreto*, porque es lo que debe ser. Y el que no es para guardarlo, tampoco es para el Consejo; y digo que no lo es, porque lo dice el Espíritu Santo, y dícelo con tal energía que bien claro muestra la fealdad de este defecto. No tomes, dice, consejo del loco. ¿Y por qué no? Porque no sabrá guardar secreto. ¿Y qué es peor: no saber guardarlo o no querer guardarlo? A la Deidad que se creía entre los gentiles que asistía a los Consejos levantó aras Roma, dice un Político de los más sabios, pero que eran subterráneas, significando con esto quán ocultos han de ser los Consejos. Era el Senado Romano de un tan fiel y recatado pecho, que en muchos siglos no hubo ni un Senador, ni uno siquiera, que manifestase sus consejos y resoluciones. Todos tenían orejas para oír, pero ninguno lengua para hablar, y, sin duda, que este recato contribuyó en gran parte a exaltar y engrandecer la República Romana. Nuestra Legislación bien conoció la importancia de estas máximas, pues nuestras Leyes lo prescriben expresamente. Oíd cómo se explica el prudentísimo Felipe Segundo: «Siendo el secreto a que estáis obligados tan necesario y aún forzoso para el buen fin de los negocios, ya veis lo que convendrá guardarle, haciendo hábito y costumbre de callar todo lo que en la Cámara se tratare por de poca sustancia que se juzgue». Su hijo, el piadosísimo Felipe Tercero, repite la misma máxima: «Asimismo, porque el secreto en los Tribunales y Ministros –dice– es de tanta consideración, que sin él mal se puede acertar ninguna cosa de momento, demás de los inconvenientes y graves daños que de no guardarle resultan a los mismos Tribunales, tendrase muy particular cuidado de hacer executar con rigor todas las Leyes que se hallaren promulgadas en lo de secreto, tanto antiguas como modernas».

¿Quién se persuadiría que una obligación tan recomendable por las Leyes, y sellada con el sagrado vínculo del juramento, fuese tan desatendida y aún acaso despreciada entre nosotros? Bien conozco, y esto algún tanto me consuela, que esta falta proviene más de falta de consideración que de ánimo corrompido. Pero, por poco que se considere, ¿cómo es posible que no se descubran los gravísimos inconvenientes que acarrea al Tribunal la falta de secreto? Por-



que esta falta destruye en primer lugar la sagrada libertad con que deben votar los Magistrados. Todas las almas no tienen un mismo temple, que hay muchos tímidos y cobardes. Y si, por temor de verse descubiertos, votan éstos contra su propio dictamen por no conciliarse el odio de los poderosos, ¿quién –pregunto– responderá a Dios de esta prevaricación, y de los perjuicios que de ella se originen? Las almas generosas desprecian, es verdad, estos temores; pero si, por la felonía de sus compañeros, padecen odios y persecuciones de la parte que se juzga agraviada, ¿quién será responsable, decid, de los daños que sufra el inocente perseguido? Tengamos compasión del Tribunal; duélanos que se desacredite publicando sus puridades; y tengámosla de nosotros mismos, porque el defecto de uno solo nos infama y deshonra a todos; avergoncémonos de hacer la guerra los unos a los otros, y no nos despojemos de nuestro propio derecho los que estamos destinados para defender y conservar el suyo a los demás. Oh, ¡cómo se alucina y engaña el que cree conciliarse amistades valiéndose de este reprobado medio! Porque las mismas partes que desean la noticia reconocen su prevaricación, y en su interior desprecian y detestan al Magistrado prevaricador.

Espero, Señores, que lo dicho baste para que quede cortado de raíz este mal para siempre. Y si, contra toda mi esperanza, continúa abuso tan pernicioso, me servirá de satisfacción haber dado este público testimonio de quanto le detesto, y de haberle procurado afeanar por el deseo de la gloria de este Tribunal. De nosotros pende su renombre y buena fama, la quietud y tranquilidad de este Reyno. La paz es el mayor bien de los mortales, y la justicia es el sagrado origen y la cristalina fuente de donde dimana. Ella consolida los Tronos, como la injusticia los arruina. Acordémonos que nuestro amado Rey deposita en nuestras manos la más sagrada de sus regaldas, y que nunca corresponderemos dignamente a esta confianza si no administramos la justicia con suma integridad, rectitud y desinterés, desprendiéndonos para juzgar de todas nuestras pasiones y afectos desordenados. Dioses somos de la tierra, y Dioses que ejercemos los juicios de Dios; pero Dioses a quienes el Dios de los mortales sentado en la Sinagoga de los Dioses ha de juzgar severamente, si no juzgamos como él juzga, sin hacer distinción entre el natural y el extranjero. Jueces somos, pero Jueces Cristianos, que debemos tener esculpida la Ley de Dios en nuestros corazones, y su santo temor en nuestras almas. Si así lo hacemos, si así lo practicamos, no declinaremos ni a la diestra ni a la siniestra, ni por halagos ni por ruegos, ni por interés ni por miedo, ni por desidia ni por condescendencia, ni finalmente por ningún respeto humano. De esto pende nuestra fama, nuestra reputación, nuestra felicidad y la de la patria.

Sólo me resta ahora daros en nombre del Público y mío las más reconocidas y expresivas gracias por el desvelo y constante aplicación con que habéis desempeñado en el año que acaba las tareas del Tribunal; pues no contentos con haber dado salida en las Salas y en el Acuerdo al despacho del crecido número de negocios, que han entrado en el discurso del año, a más en aquéllas se han visto treinta causas que se habían remitido en discordia en los años anteriores. Y en el Acuerdo ascienden a setenta los Expedientes de Relator resuel-

tos, que se hallaban sin despachar desde el año 78 hasta el de 96. Y además se han votado 54 pleytos atrasados. Al considerar la pronta y buena voluntad con que os habéis prestado a este trabajo tan grande y, en cierto modo, extraordinario, me lisonjeo contribuiréis con igual voluntad en el presente a que se concluyan las Ordenanzas de esta Audiencia, trabajo tantas veces interrumpido como continuado; empresa, a la verdad, ardua y difícil y de no pequeña fatiga, pero de la que nos ha de resultar una gloria inmortal, y de la que seremos deudores a nuestros antepasados. Pues, si nos dexaron este trabajo sin concluir, también nos han proporcionado la satisfacción de hacerlo y de dar Leyes a nuestros sucesores, evitándoles el rubor de acudir en los casos dudosos a mendigar los usos, prácticas y costumbres de otros Tribunales. Y, finalmente, daremos este nuevo testimonio de nuestra sumisión al Consejo, que desea ver concluida esta grande obra, y a esta Ciudad y su Reyno una nueva prueba del interés que tomamos en la gloria y esplendor de tan respetable Senado.

# La curatela en el Reino de Valencia \*

SUMARIO: 1. *Cura absentis*.–2. *Cura haereditati jacenti*.–3. *Cura ventri*.–4. *Cura prodigi*.–5. *Cura furiosi et mentecapti*.–6. *Cura ad lites*.

## 1. *CURA ABSENTI*

### 1.1 CAUSAS

La necesidad de nombrar a un curador para administrar el patrimonio y los negocios de un ausente hizo que su regulación se hallase contemplada a lo largo de la tradición romanística, tanto en sus fuentes legales<sup>1</sup>, como doctrinales<sup>2</sup>.

Las causas para su concesión no se dejaban al arbitrio judicial, sino que estaban claramente tasadas:

[1] Por lo que respecta a la persona del ausente, bien porque se le citaba a comparecer o a proseguir en el juicio, o bien porque sus bienes necesitaban de una eficaz y continua administración. Así, el juez podía, incluso de oficio,

---

\* El presente estudio se encuadra dentro del Proyecto de Investigación: *La jurisdicción voluntaria: un mandato legislativo pendiente de cumplimiento. Cuestiones generales*. Ministerio de Educación y Ciencia, Ref. DER 2008-0640-c02-01. Proyecto dirigido y coordinado por el Dr. Antonio Fernández de Buján.

<sup>1</sup> D. 26,1,6,4; D. 26,5,2,4; D. 42,5,22,1; FURS 7,10,3-5.

<sup>2</sup> DURANDUS, G., *Speculum iudiciale*. Scientia Verlag Allen, 1975, Lib. 1, Partic. 3, *De curatore*, 5, Vers. Cum, num. 14: *Cum T. ad plurium creditorum instantiam citatus a tali iudice, et eius defensione legitime proclamata, non comparuerit, nec aliter pro eo: idem iudex bonis eiusdem T. absentis et indefensi P. ibidem praesentem decrevit, et constituit curatorem*; PIAGGIUS, A., *Tractatus de tutela et cura minoribus exhibenda/duorum praeclariss*. Colonia Agrippinae, 1589, *Quaestio* 2, num. 36: *Quarto dantur curatores bonis absentis in defensi*; MANCINUS, V., *Tractatus*

nombrar un curador en beneficio del ausente<sup>3</sup> cuando entre distintos litigantes se disputaban la propiedad de los bienes<sup>4</sup>.

[2] Con relación a la ausencia, la propia doctrina reconocía que no era suficiente con la alegación de cualquier ausencia para otorgar un curador, sino que ésta debía ser prolongada y probada:

2.1 Prolongada, porque no se esperaba una próxima venida, o incierta<sup>5</sup>, ya porque se ignoraba su paradero<sup>6</sup>, ya porque se hallaba fuera de los límites del Reino<sup>7</sup> –*ultra mare*<sup>8</sup>–. *Criterio que no se aplicaba cuando se había*

---

*tutela et cura minoribus exhibenda.* Colonia Agrippinae, 1589, *Quaestio* 12, num. 8; MONTANUS, P., *Tractatus novus, de jure tutelarum et curationum: in quo univ[er]sa tutelar[is] mater.* Mestelodami, 1671, Cap. 28, num. 72: *Caeterum quamvis ambitigetur, an etiam curator dari debeat bonis absentis, vel vagabundi, de cujus morte ignoratur, quia tamen illius haereditas adiri non possit, dandum esse curatorum;* MATHEU Y SANZ., L., *Tractatus de regimine urbis et regimini Valentiae.* Lyon, 1704, Lib. 3, Cap. 9, Tit. 1, num. 48: *Si autem certa sit persona, locus vero in quo versatur incertus, vel ita longinquus ut perdifficile sit eam citare, veluti in regionibus ultra marinis, tunc curator vel defensor bonis datur;* BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae forensis Valentinae, romanorum iuri mirifici accomodatae.* Valencia, 1690, Pars 1, Cap. 33, num. 1: *Absentibus, et illorum bonis, tam de jure, quam de foro, debet dari, et assignari curator.*

<sup>3</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 33, num. 3: Cum ergo ista curatoris decretatio tendat ad conversationem bonorum absentis, dicitur favorabilis. Et poteris applicare illa quae diximus, cap. 31 de tutore et curatore minoris, ad potestatem curatoris absentis ad regenda bona.*

<sup>4</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 33, num. 2: Duplici ex causa solet in nostra praxi dari curator absentis, et illius bonis. Primo, ut lis possit contra illum suscitari, aut prosequi, et hujusmodi curator dicitur ad litem, darique solet ad instantiam litigare desiderantis, de quo nunc non agimus, quia late agemus, in cap. 37 de curatores in litem dando. Secundo, ut absentis bona fideliter administret, et de illis curet, et isti dicitur curator ad regenda, et administranda univ[er]sa absentis bona, de quo nunc agimus. Quando enim Judex notitiam habuerit dissipationis bonorum absentis, ne peteant et perdantur, tenetur ex officio suo, et nemine petente, curatorem bonis dare, ut illa regat, custodiat, et administret. Eodem modo si inter aliquos litigetur, et disputetur ad quem pertineant aliqua bona, dum disceptatio durat, et controversia, debet a judice dari curator bonis, ut illa conservet, et administret, et de illis curet.*

<sup>5</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 33, num. 17: In nostro Regno indubitatum est, quod degenti extra Regnum, non debet dari curator, si in loco certo sit, sed debet citari. Et si de facto datus fuerit curator absentis bonis extra Regnum degentis in certo loco, omne gestum cum tale curatore nullius momenti erit, ut refert decisum in S.S.A.C.D. Matheus de regimine cap. 10, Tit. 1, numero 42.*

<sup>6</sup> MATHEU Y SANZ., L., *Tractatus de regimine, Lib. 3, Cap. 9, Tit. 1, num. 42: Datio namque curatoris absentis solum procedit quando incertum est ubi degit;* BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 33, num. 14: Non sufficit quaelibet absentia, ut dari curator possit absentis bonis, sed necesse est, quod absentia fuerit longa, taliter quod non speretur recessus saltem proximus, et ignoretur, ubi absens reperitur.*

<sup>7</sup> MATHEU Y SANZ., L., *Tractatus de regimine, Lib. 3, Cap. 9, Tit. 1, num. 42;* BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 33, num. 15: De jure, degenti extra Regnum, etiam quod in certo loco reperiretur, poterat dari, et assignari curator.*

<sup>8</sup> GUTIÉRREZ, J., *Tractatus de tutelis et curis minorum, deque officio et obligatione tutorum, accuratorum, et mercede ipsorum.* Salamanca, 1602, Pars 3, Cap. 17, num. 3: *loquatur de bonis absentis, qui est ultra mare;* BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 33, num. 16: . Contrarium tenet, tamen certius est, quod poterat legitime deputari curator absentis bonis extra Regnum degentis. Et multo melius poterit dari, si absens ultra mare fuerit;* num. 18: *Aliter erit si absens extra Regnum fuerit, sed ignoretur ubi sit, aut reperitur in locis transmarinis, aut Regnis longinquis, ubi commode citari non posset, aut latitaverit, vel decoctus reperitur etiam intra nos-*

designado a un procurador con suficientes poderes para actuar en su ausencia<sup>9</sup>. Si, por el contrario, éstos se limitaban a actos concretos y precisos —una compraventa, una actuación procesal, etc.—, el juez podía designar a un curador para la gestión y administración del conjunto de sus bienes e intereses<sup>10</sup>.

2.2 Probada, porque la prueba de la ausencia se realizaba a través de una sumaria información testifical<sup>11</sup>.

## 1.2 NATURALEZA JURÍDICA

La excepcionalidad de esta curatela hizo que la propia *communis opinio doctorum* delimitara su contenido con la tutela o la curatela de los menores —*isti non habet omnem illam potestatem*—:

[1] En primer término, a esta curatela no se la consideraba un cargo público<sup>12</sup>.

---

*trum Regnum, nam poterit dari a iudice curator bonis. Sed advertere oportet, quod si solum cura decernatur rupturae, aut decoctioni, non data alia facultate, non poterit curator, administrare bona.*

<sup>9</sup> SUÁREZ DE PAZ, G., *Praxis ecclesiastica, et saecularis, in qua acta processuum omnium utriusque Fori causarum cum actionum formulis sermone hispano composita, et ad hodiernum stuyulum accommodata traduntur, et ordinantur*. Matritii, 1770, Tom. 1, Pars 3, num. 7; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 33, num. 19: *Limita tamen a nobis tradita, quando absens a Regno procuratorem relinquit cum sufficienti mandato in Regno, ad regenda, et administranda bona, et ad faciendum, circa ea, omnia illa, quae principalis posset, tunc enim, etiam si absens reperiatur in longinquis partibus, aut ignoretur ubi degat, non debet illius bonis decerni curator in Regno ad administranda bona, nam datio curatoris absentis bonis, remedium est subsidiarium, et non potest habere locum, nisi deficiente omni remedio. Cum ergo absente non videatur, qui procuratorem in Provincia reliquerit. Et procurator, cum supradicto mandato, majorem habeat potestatem, quam absentis curator, cum possit exercere actiones tempore non perituras. Inde est quod si absens procuratorem relinquat in Regno cum sufficienti mandato ad sua administranda bona, non debet illius bonis dari curator ad regenda, et administranda bona. Idem erit dicendum si fuerit nominatus, et datus administrator absentis bonis, nam non debet dari curator, etiam si administrator in alio Regno legitime fuerit datus, et nominatus, et si de facto curator detur, nullius momenti erit quidquid gesserit.*

<sup>10</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 33, num. 20: *Intellige tamen ista, quando absens relinquit procuratorem in Regno cum sufficienti mandato ad administrandum, nam si mandatum fuerit tantum ad lites, vel ad vendendum, aut ad celebrandum alium particularem actum, vel ad certa administranda bona, quamvis ad illum actum exercendum, ad quem faciendum habet absentis procurator sufficiens mandatum, non debeat curator dari, ad alios tamen actus faciendos, vel ad alia bona administranda, ad quae mandatum non habet procurator, poterit curator absentis decerni; non enim inconveniens erit, quod procurator nomine absentis faciat es quae juxta mandatum potest, et curator caetera, cum non implicet quod bonis detur curator, alio existente tutore.*

<sup>11</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 33, num. 30: *Non aliter debet Judex curatorem absentis dare bonis, nisi ei constiterit de absentia. Ratio est quia praedicta curatoris deputatio, propter absentiam fit, et cum fundetur in absentia, debet ab allegante illam probari, cum semper absentia probanda sit ab illa allegante, et in ea se fundante; num. 31: Solum in praxi nostra admissum habemus, quod absentia, summaria testium informatione, et absque citatione alicujus personae, probatur, et de simili praxi probandi absentiam per summariam testium informationem.*

<sup>12</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 33, num. 4: *Solum adnotare oportet, quod curator iste non habet omnem illam potestatem, quam tutor, et curator ad regen-*

[2] A diferencia del tutor o del curador destinado a la administración de los bienes de los menores, éste sólo podía hacer frente al pago de una deuda al tiempo de su vencimiento. Criterio que se excepcionaba cuando ésta era tan cuantiosa que, para no gravarla aún más, se le permitía su abono con anterioridad al día pactado<sup>13</sup>.

[3] Siguiendo con esta línea argumental, no se le facultaba para la transmisión o la enajenación de bienes inmuebles, sino sólo para el pago de las deudas ajenas y para la realización de actos destinados a la correcta administración de sus bienes<sup>14</sup>.

[4] No se le permitía la solicitud de la *restitutio in integrum*, ni la realización de ninguna hipoteca<sup>15</sup>, pacto o transacción, ni actos que pudieran necesitar de un mandato especial<sup>16</sup>.

[5] Por el contrario, sí estaban facultados tanto para realizar todo aquello que pudiera favorecer la conservación de los bienes de la persona ausente<sup>17</sup> —incluso procediendo a su arriendo y a la obtención de los frutos y de los réditos<sup>18</sup>—, como para la elección, el nombramiento y la retribución de los abogados y de los procuradores<sup>19</sup>.

---

*da, et administranda minoris bona; iste enim munus publicum gerit. Curator autem bonorum absentis, non gerit publicum munus, et ideo invitus non cogitur administrationem suscipere.*

<sup>13</sup> D. 42,5,14pr.; D. 42,7,1,2; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 33, num. 5: *Similiter tutores, et curatores ad regenda minorum bona, possunt intentare, et movere actiones etiam tempore non perituras; curatores vero bonorum absentis, solum movere possunt actiones tempore perituras. Ita declaravit Senatus sententia per Saboya die 28 Junii 1674 inter curatorem haereditatis jacentis T. Franguelo, et Carolum Sobregondi. Quod ego crederem limitandum aliqua concurrente causa, videlicet ut ex creditis exactis, debita solverentur absentis, nam tunc consonum erit juri, quod exerceat curator actiones tempore non perituras.*

<sup>14</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 33, num. 11: *Eodem modo poterunt curatores ad regenda, et administranda absentis bona, res tempore perituras alienare ... poterunt etiam solvere aes alienum ... et administrationis bona insolutum, creditoribus, justo pretio, dare sed non propria auctoritate, ut voluerunt. Et generaliter omnia illa facere poterit, quae conducunt ad rectam bonorum administrationem, et illorum conservationem.*

<sup>15</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 33, num. 34: *Bona autem curatoris ad regenda, at administranda absentis, vel latitantis bona, non sunt tacite hypothecata pro administratione, sicut bona tutorum, vel curatorum minorum.*

<sup>16</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 33, num. 6: *Et ut multa dicam, tutores, et curatores ad regenda minorum bona, possunt petere in integrum restitutionem, transigere, et facere omnia illa quae mandatum desiderant speciale. Curatores autem bonorum absentis, cum non habeant plus juris, quam si absente fuerint constituti procuratores generales ... non possunt in integrum restitutionem petere, transigere, et alia facere, quae absque specialissimo mandato fieri nequeunt.*

<sup>17</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 33, num. 12: *Alienare autem bonorum proprietates, aut actiones movere, respicientes ad proprietates, non possunt hujusmodi curatores.*

<sup>18</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 33, num. 7: *Solum curatores isti ad regenda, et administranda absentis bona possunt legitime facere illa omnia, quae ad bonorum tendunt conversationem, ideoque poterunt illa locare, redditus, et fructus colligere, et exigere, colere, et conservare; num. 8: Unde cum praesentatio ab beneficia, sit juris patronatus fructus; num. 9: Poterit curator bonorum absentis praesentare ad beneficia vacantia juris patronatus in bonis administratis reperitur; num. 10: Et curator jus habeat exigendi fructus, et redditus bonorum, poterit etiam fructus exigere juris patronatus, et per consequens praesentare ad beneficia vacantia juris patronatus absentis.*

<sup>19</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 33, num. 13: *Et quia curator absentis, sustinere debet labores personales in hac administratione, debet ei assignari, et dari salarium competens, et laboribus correspondens. Et adhuc si contra curatorem absen-*

### 1.3 TRAMITACIÓN

Con relación a su tramitación, en el Reino de Valencia, a diferencia de otros ámbitos jurídicos, la designación del curador por el juez debía realizarse a instancia de parte<sup>20</sup>, siendo suficiente con que su solicitud viniera de algún interesado, y no de su totalidad<sup>21</sup>.

El procedimiento era muy similar al desarrollado en el ámbito de los tutores. El juez competente<sup>22</sup> debía convocar a tres o cuatro parientes consanguíneos del ausente, por parte paterna, o, en su defecto, materna; y si no se encontraban<sup>23</sup>, se citaba a tres vecinos de la ciudad o villa donde vivía el ausente<sup>24</sup>. Una vez convocados, el juez no estaba obligado a designar como curador al familiar más próximo, sino al que a su juicio era más idóneo<sup>25</sup>, sin que, entre

---

*tis, aliquae moveantur lites, poterit ad illas defendendas eligere, et nominare Advocatum, et Procuratorem, eisque constituere congruum salarium. Et ex bonis administratis poterit litis expensas solvere curator, dummodo fuerint necessarie, et fiant pro bonorum tutela, et conservatione.*

<sup>20</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 33, num. 21: In Regno fere nunquam curator absentis bonis datur, nisi instantia facta coram Iudice ab aliquo interesado, nam licet de jure possit iudex, nemine perente, sed ex officio, curatorem absentis bonis dare, ut illa custodiat, et administret... apud nos fere nunquam decernitur cura ista absque partis instantia.*

<sup>21</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 33, num. 22: De jure non poterat dari curator absentis bonis ad instantiam creditorum, nisi petitio fieret a majori creditorum parte. In praxi nostra, ut curator absentis bonis detur, non est necesse quod major creditorum pars instantiam faciat, sed sufficit quod minor pars, aut quod unus solus, licet minimus, curatorem petat, nam ad illius instantiam, non citatis neque vocatis caeteris creditoribus, decernitur absque haesitatione cura. Et adhuc practicamus dare curatores istos, non solum ad instantiam cujuslibet de populo interesse particulare non habentis.*

<sup>22</sup> Era el juez del lugar donde se hallaban la mayoría de los bienes del ausente. Cfr. BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 33, num. 25: Ea ratione quod curator debet esse de jurisdictione, et territorio judicis dantis, et non de alieno territorio; num. 26: Iudex competens ad curatorem absentem dandum erit ille in cujus loco, et territorio absentis universa bona, vel major pars fuerint, nam ad illius jurisdictionem spectabit curatorem dare ad regendam, et administranda bona; num. 27: Pari modo iudex domicilii, ubi absens degebat antea quam absentiam fecerit erit competens ad curatorem dandum absentis bonis. Non enim erit legitime curator datus, si in loco ubi datur; neque domicilium habuerit absens, vel contractum celebraverit, aut originarius a loco illo fuerit, ut iudicavit Senatus sententia per Alreus die 30 Julii 1609 inter Joannem Baptistam Baro, et Jacobum Corban.*

<sup>23</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 33, num. 25: Et adhuc si in Villa, Civitate, aut loco, ubi decernitur cura, consanguinei, aut cognati, in aliis Civitatibus, et locis Regni reperirentur, poterit cura uni ex vicinis dari, etiam si consanguinei, aut cognati absentis non reperiantur, poterit cura uni ex vicinis dari, etiam si consanguinei, aut cognati, in aliis civitatibus, et locis Regni reperirentur, nam non est necesse illos convocare.*

<sup>24</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 33, num. 23: Non debet iudex dare curatorem absentis bonis, nisi convocatis, et auditis, tribus, aut quatuor consanguineis absentis ex parte patris, si in loco ubi decernitur cura reperiantur, sin minus ex parte matris, et in subsidium, citatis tribus vicinis Civitatis, aut Villae ubi curator datur, quorum uni idoneori debet hujusmodi decerni cura. De jure enim absentis cura, debebatur proximiori speranti intestatam absentis successionem.*

<sup>25</sup> LEÓN, F. J., *Decisiones, Decisio 57, num. 3: Curator, vel tutor, iuxta forum datur magis idoneus, non habita ratione proximitatis gradus; BAS Y GALCERÁN, N., Theatrum jurispruden-*

los más cualificados, pudiera nombrar a los procuradores, notarios o abogados «de seca», esto es, a los que aún no se habían examinado en el arte de la abogacía, porque sus nombramientos estaban sancionados por la ley<sup>26</sup>:

«*Senatus sententia publicata per Joannem Daza, die 13 Augusti 1630, inter Don Didacum Vilarrasa, et Don Raymundum Sanz.*

... extantibus tamen consanguineis vel cognatis idoneis non poterit, absque nullitate, cura extraneo dari ...<sup>27</sup>.

*Senatus sententia publicata per Ludovicum Antonium Cases, die 2 Maii 1630, inter haeredes Francisci Almenara, et Ludovicum Thachell J.U.D.*

...*ex eo quod prefatus Ludovicus Tagell legitimas habet excusationes et presipit quia ille ob officium aduocationis est valde occupatus ita ut nec negotiis suis vacare possit et quod advocati maxime occupati ab omnibus muneribus excusant .... Et attento quod iuxta rationem naturalem scriptam iurisperiti optiores sunt quam alii ad tutelam et curam regendam et administrandam ... qui licet excusentur tamen a munere tutelae et curae*<sup>28</sup>.»

Una vez designado el curador, éste debía prestar la oportuna e idónea caución<sup>29</sup>, así como el compromiso de realizar el inventario de su gestión<sup>30</sup>.

---

*tiae, Pars 1, Cap. 33, num. 24: In Regno autem, non tenetur iudex praecisse nominare consanguineum absentis in gradu proximiorum, sed solum tenetur nominare consanguineum proximiorum, si fuerit idoneus, aliter potest omisso proximiorum, remotiorum nominare, et si ex consanguineis, nullus reperitur idoneus, poterit nominare cognatum, non attenda gradus propinquitatem, sed idoneitatem, quibus deficientibus, honestum vicinum nominare poterit ex Civitate illa, vel loco, ubi cura datur.*

<sup>26</sup> FURS 2,6,18 y 20; Cortes de 1585, Fur 10; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 33, num. 28: Curator absentis bonis non debet dari, neque nominari ille a quo non sit facilis creditoribus exactio, et negociatio. Qua propter, non sine recta ratione stabilitum in Regno habemus, quod litium procuratores, Notarii, et Doctorelli, vulgariter dicti Advocats de Secà, si non fuerit absentis consanguinei, non possit nominari curatores ad administranda absentis bona, et si de facto nominentur, nullum erit quod ab eis fiet. Videndus valde ad intentum nostrae constitutionis. Non tamen intelligas haec de Advocatis causas in nostro foro patrocinantibus, nam propter periciam, et experientiam quam in negociis habent, idoneiores sunt ad tutelam, vel curam habendam; num. 29: Qui sint in Regno hujusmodi Doctorelli, sive Advocats de Secà de quibus loquitur forus, non est difficile scire, cum in foro aquell 20 rubr. de advocatis dicatur esse illos, qui examinari non fuerunt ad munus aduocationis exercendum, et Procuratores de Secà, dicuntur, qui non sunt Notarii, neque practicam Notariatus per bienium habuerunt. Antiquitus poterant doctorelli isti, verbaliter Advocati munus exercere, non autem in scriptis, et solum poterant defendere unam causam post aliam. Nunc vero iudico, non posse exercere Advocatos istos officium aduocationis, etiam modo supradicto, cum generaliter prohibeatur advocare, aut patrocinare causas omnibus indistincte, exceptis illis qui examen subierint, et gradum habuerint contentum.*

<sup>27</sup> A.R.V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 199. Signatura 1.704.

<sup>28</sup> A.R.V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 209. Signatura 1.772.

<sup>29</sup> BAS Y GH, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 33, num. 32: Neque aliter cura decernitur ad absentis bona administranda, nisi cum qualitate quod idoneam cautionem curator praestet, quia curatores dari ad regenda, et administranda absentis bona, tenentur idoneis fidejussoribus satisfacere.*

<sup>30</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 33, num. 33: Tenetur etiam curator ad regenda, et administranda bona, inventarium conficere, nam cum teneatur rationem*



## 2. CURA HAEREDITATI JACENTI

### 2.1 NATURALEZA JURÍDICA: *FICTIO JURIS*

Como destacó Biondi, la herencia yacente era una construcción doctrinal que no se debía a la labor de los juristas, sino a la actividad del pretor, del príncipe y a la ley –mediante la aplicación de la analogía–<sup>31</sup>, llegándose a considerarla desde una *res nullius, sine domino*<sup>32</sup>, a una *persona jurídica o como un representante del difunto o del heredero*<sup>33</sup>.

A las diferentes concepciones que sobre la herencia yacente se pueden ver en los textos, los juristas tardo-medievales aportaron una nueva: la *hereditas iacens* como *persona ficta*, esto es, como una ficción jurídica, como *personae vicem sustinet* que nacía de la «urgente necesidad y de la equidad», esto es, la necesidad de ésta se presentase como «representante del difunto»<sup>34</sup>, de un patrimonio que se podía administrar y gestionar sin interrupción<sup>35</sup>, y sin cuya ficción, podría ser adquirida por el primero que lo ocupase<sup>36</sup>.

---

*administrationis suae reddere, non potest inventarium omittere. Non est enim dubitandum, omnes administratores conscribere teneri inventarium de omnibus bonis in administratione recadentibus. Bene verum est quod si propter absentiam, aut alia de causa, curator iste intra legitimum tempus non confecerint inventarium, non tenebitur poenis contra nos conficientes inventarium intra legitimum tempus indictis, dummodo non probetur aliquid oculatasse, vel subripuisse ex absentis bonis, ut iudicavit Senatus sententia per Alreus die 12 Decembris 1611 inter Don Jacobum Ferrer, et Baptistam Guillem.*

<sup>31</sup> BIONDI, B., *Diritto ereditario romano. Parte generale*. Milano, 1954, p. 300. Tomo la cita de CASTRO SÁEZ, A., *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*. Sevilla, 1998, p. 56.

<sup>32</sup> D. 1,8,1pr.; D. 38,9,1.

<sup>33</sup> CASTRO SÁEZ, A., *La herencia yacente*, ob. cit., pp. 66-61.

<sup>34</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 34, num. 3: Haec haereditatis jacentis fictio, licet personae vice fungatur, et repraesentationem defuncti habeat ... cum persona ficta, et imaginaria sit, quae nec loquitur, nec animum, vel intellectum, aut capacitatem habet ad regendam, et administranda bona, quae sub suo dominio habet ... nequit administrare bona.*

<sup>35</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 34, num. 2: Ne ergo haec evenirent inducta fuit haereditatis fictio, ad hoc ut post testantis, vel intestati mortem, in hujusmodi subjecto haereditatis ficto, creato statim post mortem, intelligerentur esse, ab instanti mortis testatoris, omnia bona haereditaria, jura, et actiones, ita ut dominium bonorum testatoris continuatum censeretur, absque ulla interruptione in haereditatem.*

<sup>36</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 34, num. 1: Civile ius semper amplexus fuit veritatem, et fidem, mendatiae autem, odio habuit, et aborruit. Sed quia multoties aequitas, et utilitas, aliquid a jure constitui desiderabat, quod non aliter, caeteris juris principiis consonum esse poterat, quam si factum aliquod intercessisset; non intercedente veritate, jus civile factum tale simulavit, et urgente necessitate, et aequitate suadente, fictionem induxit. Inter fisiones quas induxit jus, praecipua est haereditatis fictio, suadente aequitate, et necessitate cogente variis de causis introducta. Eveniret enim, si non induceretur haereditatis fictio, quod testator; qui sua industria bona acquisivit, non potest moriendo illa relinquere filiis, amicis, aut aliis de se benemeritis, cum post testantis mortem, primo occupanti concederentur bona absque domino reperta ... dispositio enim testatoris post mortem collata ... in tempus inhabile collata esset, ideoque inutilis, et in valida foret ... cum eo tempore bona, de quibus disponderetur, non in disponentis, sed in nullius essent dominio, primo que occupanti acquirerentur. Alia subtilior, et plausibilior ratio erit, ne inter moras haereditatem adeundi, bona vacarent, essent ve sine domi-*

Siguiendo esta línea argumental, la *communis opinio doctorum* reconoció la necesidad del nombramiento de un curador para la administración y gestión de la herencia yacente, ya que ésta, al igual que las personas incapaces, no podía hacerlo por sí misma<sup>37</sup>. Criterio que no fue admitido por Antonio Faber, quien sostuvo que se nombraba curador para los bienes de la herencia, pero no para ésta, porque la *hereditas* representaba al *defuncti, et non haeredis*<sup>38</sup>; *razonamiento que fue rechazado por la práctica totalidad de la doctrina: etsi haereditas jacens repraesentet defunctum, non est ipse defunctus, quia etiam haeres repraesentat defunctum*<sup>39</sup>.

## 2.2 CONCESIÓN

Una vez expuesta sucintamente la naturaleza de la institución, la doctrina foral se cuestionó en qué supuestos se podía conceder o denegar la curatela a la herencia yacente. Veamos la casuística planteada:

[1] Se denegaba cuando el heredero aceptaba la herencia con el beneficio de inventario, por entenderse que, con su aceptación «se desvanecía la ficción

---

*no, per quem transire possent jura haereditaria in haerodem postea adeuntem. Quoniam si potest dari medium instans quo bona sine domino essent, hoc ipso, medium inhabile induceretur, quod impediret extremorum conjunctionem, nec posset omni tempore retrocurrere dominium ab haerede ad testatorem, contra regulam, et fictionem.*

<sup>37</sup> GALGANETUS, L., *Tractatus*, Lib. 1, Tit. 14, num. 7: *ventri etiam curator datur*; Tit. 14, num. 3: *Curator non tutor datur ventri*; MANZINUS, V., *Tractatus*, *Quaestio* 12, num. 9: *Curator datur ventri ad bona conservanda, et custodienda*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 4: *Unde sicuti furioso, mentecapto, infanti ve, habentibus rerum suarum dominium, tutor, et curator datur ad regenda, et administranda bona, quia sensu carent, et capacitatem non habent ad illa administranda. Ita haereditati jacenti haereditariarum rerum dominae, quia sensu caret, et incapax administrandi bona haereditaria est, debet curator dari, et depurari ad regenda, et administranda bona.*

<sup>38</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 5: *... impugnat praxim universalem dandi curatorem haereditati jacendi ad regenda, et administranda bona, defendens solum haereditariis bonis deputandum esse curatorem, non vero haereditati, nam cum haereditas personam repraesentet defuncti, et non haeredis. Non esset juri consonum, ait, curatorem dari defuncto in haereditate jacente repraesentato, cujus doctrinam sequitur.*

<sup>39</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 5: *... Sed quamvis apud nos stabilitum extet, idem esse curatorem dari defuncto, quam illius bonis, aut haereditariis jacenti. Et hac de causa, particulari ratione, excludatur Fabri doctrina, tamen ubique gentium non est admittenda*; num. 6: *Curator haereditati jacenti datur ad regenda bona, ibi: Et ab eo petere curatorem haereditati dari, per quem gubernatio rerum ad eum delatarum procedat. Secundo, quia si in hoc textu, ut ipse Faber notat, haereditas pro bonis accipitur, nequit carpere practicos tenentes, haereditati curatorem esse dandum, nam si jura, haereditatem pro ipsis bonis haereditariis accipiunt. Et adhuc haereditati curatorem dari autumant pro illo, quod curator haereditariis bonis detur, non loquuntur improprie practici dicentes curatorem haereditati jacenti dari. Ultimo, quia etsi haereditas jacens repraesentet defunctum, non est ipse defunctus, quia etiam haeres repraesentat defunctum. Et tamen non est ipse defunctus. Cum ergo haeredi furioso, aut infanti defunctum repraesentanti curator possit dari, non obstante repraesentatione, ad regenda, et administranda bona, quorum domini sunt, et administrare nequeunt, propter iudicii defectum, et legitime detur curator isti personae pupilli, aut furiosi, vel incapacis, et proprie loquendo non dicitur dari bonis. Ita pariter haereditati jacenti bonorum dominae, licet incapaci, non obstante repraesentatione, poterit, loquendo proprie curator dari ad regenda, et administranda bona.*

jurídica de la herencia»<sup>40</sup>. No obstante la veracidad de esta afirmación, y de su realidad fáctica, la propia doctrina, para salvaguardar la designación de un curador<sup>41</sup>, sostenía que ésta poseía una naturaleza análoga a la herencia yacente<sup>42</sup>, porque, aunque el heredero hubiera aceptado la herencia a beneficio de inventario, mantenía su posición separada de la herencia, no realizando plenamente su aceptación<sup>43</sup>, lo que permitía armonizar la máxima *hereditas postquam est adita non dicitur amplius hereditas, sed proprium heredis patrimonium* con la persistencia del patrimonio individualizado del heredero.

[2] No se otorgaba cuando la herencia se aceptaba o se repudiaba, esto es, cuando *non jacente hereditati*<sup>44</sup>: *et si de facto detur, nullius momenti erit talis curatoris deputatio*<sup>45</sup>.

La mayor dificultad se hallaba en determinar si eran nulos los actos realizados por el curador. A este respecto, la doctrina sostuvo que se debía distinguir si el acreedor, a cuya instancia se nombró el curador, conocía la adición de la herencia o si la ignoraba. Si la conocía, los actos eran nulos; pero si la ignoraba, a su vez se distinguía si había realizado todas las pesquisas necesarias

<sup>40</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 34, num. 7: Solum unico in casu non videtur proprie loquendo curatorem haereditati jacenti dari, licet in praxi quotidie detur; evenire enim solet, quod haeres qui haereditatem adivit cum inventarii beneficio, procedere desiderat ad inventarii, et ne videatur contra se ipsum agere, consequitur in praxi quod haereditati curator detur, contra quem legitime agere possit. Non enim potest considerari hujusmodi curatoris deputatio legitima, nam si per aditionem haeredis, evanescit haereditatis fictio. Quomodo haereditate extincta poterit curator haereditati uti jacenti dari.*

<sup>41</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 34, num. 8: Sed adhuc, praxis ista salvari, et defendi potest, quia juxta commune DD. placitum, quando haeres haereditatem adivit cum beneficio inventarii, separata remanent testatoris bona taliter quod intelligitur haereditatem permanere adhuc jacentem.*

<sup>42</sup> VALLE, R. A., *Tractatus, Quarta pars, nums. 2-3, fo. 105: Et ratio est secundum doctores, quia inventarium constituit haerem in eo gradu et statu ac si haereditatem non adivisset quoad damnum evitandum ... quod confectio inventarii facit censi haereditatem iacentem*; SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum, Lib. 1, cap. 9, num. 26: etenim inventarium praeservat, ne commixtio fiat, et ipsa haereditas adhuc habetur pro iacente, tamquam si non fuisset adita.* Este concepto lo hallamos recogido en un informe jurídico presentado por los administradores de la administración y universal herencia de Doña Mariana de Bracamonte –BUV, Varios 96-13, fo. 39, donde se lee: «..., lo fue con beneficio de inventario, cuyo caso se considera sólo como una Administradora de la herencia, sin reputarse como propria (sic), y absoluta heredera», y en nota marginal, se remite al comentario de Salgado de Somoza, de Gratiano y del Cardenal de Luca.

<sup>43</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 34, num. 9: Et cum in hoc casu haereditas signatur quasi non adita, poterit adhuc dari haereditati curator quasi jacenti, et salvari praxis.*

<sup>44</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 34, num. 10: Debet haereditas reperiri jacens, ut deveniatur ad curatoris deputationem, nam cum haereditati jacenti detur, non poterit dari, non jacente haereditate, cum non entis nullae sint qualitates. Haereditas reperitur jacens, tam in haerede testamentario, quam in legitimo, a morte testatoris, usque ad additionem, vel repudiationem ab haerede factam.*

<sup>45</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 34, num. 14: Ex eadem ratione, haereditas adita, non poterit curator dari haereditati jacenti, nam cum per additionem extinguatur haereditas jacens. Et haereditaria bona, efficiantur patrimonium proprium haeredis. Extincta haereditate per additionem, si constet de haereditatis additione, non poterit dari curator haereditati jacenti, et si de facto detur, nullius momenti erit talis curatoris deputatio.*

para su localización –citaciones personales o proclamas públicas–. Si las llevó a cabo, las gestiones del curador eran correctas, si no, sus actos eran nulos<sup>46</sup>.

[3] Como sostuvo la escuela estatutaria, no se entendía que había una ficción hereditaria, y, por lo tanto, una herencia yacente cuando ésta se había otorgado a los herederos *suis et necessariis*<sup>47</sup>, y si, aun así, se otorgaba, lo acordado por el curador se debía considerar, en palabras de Baldo de Ubaldis, como irrito e inane<sup>48</sup>. Por el contrario, para buena parte de la literatura jurídica del *mos italicus* tardío se admitía esta *fictio iuris*, por entender que al tener los hijos la posibilidad de acogerse al beneficio de la abstención y de la deliberación: *inducitur haereditatis fictio, et poterit proculdubio curator haereditati jacenti dari*<sup>49</sup>.

[4] Asimismo, para evitar los abusos que se daban en la praxis, se determinó que no se nombrase un curador para la herencia yacente cuando se proba-

<sup>46</sup> MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tit. 1, num. 325: *Sed ponamus quod de facto maritus datus fuit curator uxoris, et in lite gravi aliqua gessit, dubitari potest, an ea sustinenda sint? Et sustineri debere infertur*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 15: *Sed si, adita haereditate, fuerit de facto curator haereditati tamquam jacenti datus, non factis debitis diligentibus perquirendi haeredom, dubitari potest, an gesta cum tali curatore validitatem habeant, vel nulla sint, apparenste postea haerede, et comperita haereditatis additione. Aliqui enim distinguentes tenent, quod aut creditor ad cujus instantiam curator fuit datus, sciebat haereditatem esse additam, vel haeredom existere, aut ignorabat. In primo casu nullum esse asserunt omne gestum cum curatore. In secundo subdistingunt, vel creditor usus fuit debita diligentia ad inquirendum haeredom, vel non; in subdistinctionis casu, sustinendum esse asserunt omne gestum cum curatore, in secundo vero, minime. Sed merito hujusmodi subdistinctio reprobat a Salgado, dictus capitulo 32, numero 21 quia invaliditas actus gesti cum curatore, et ipsius curatoris deputatio, nequit provenire ex scientia, vel ignorantia agentis, et creditoris iudicium actitantis, sed ex jure tertii haeredis; cum scientia, vel ignorantia, bona, vel mala fides contrahentium, vel agentium, non possit tertio auferre jus. Quare verius erit hoc in casu, teneri creditorem, aut interessatum perquirere haeredom, et indagare illum hoc modo, nempe quod si certus fuerit, citari personaliter, et individualiter debet, et non per proclama, si vero fuerit incertus, vel quia haeres scriptus repudiaverit, vel quia intestatus decesserit defunctus, et nesciat quis sit haeres, vel quia haeres scriptus ignoretur ubi fuerit, vel alia de causa, poterit indagatio fieri per proclama, vel aedictum, cum termini assignatione, quo elapso, legitime poterit dari curator, quia iudex, et pars faciendo quod possunt, non tenentur ad ampliolem observantiam. Et si deputato ita curatore, postea apparuerit haeres, sustinebitur iudicium, et omne gestum cum tali putativo curatore usque ad adventum haeredis, qui debet assumere iudicium, aut negotium in illo statum quem invenerit.*

<sup>47</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 11: *Solum in filiis suis, et necessariis haeredibus, in quos potius continuatur bonorum paternorum dominium, quod vivente jam patre, quodammodo habebant ... quam de novo acquiritur, non habuit locum haereditatis fictio, et cum haereditas jacens in suis, et necessariis haeredibus non detur. Defendunt multi, non esse dandum curatorem haereditati jacenti, quando sui, et necessarij haeredes reperiuntur.*

<sup>48</sup> UBALDIS, B. de, *Consiliorum, sive responsorum*. Venetiis, 1675. Vol. 1. *Consilia* 308, num. 8: *Utrum possit dari curator bonis, vel tanquam haereditarij iacenti, ubi suus infans haeres existit per existentiam sui haeredis. Respondeo, non, quia ista non est haereditas iacens, nec bona iacencia ... et si detur, datio est ipso iure nulla, quia personae non rebus debet dari tutor ... quicquid ergo factum est cum isot curatore bonorum, est irritum, et inae, quia non est factum per persona legitima.*

<sup>49</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 12: *Sed falluntur equidem, nam etsi, antiquo jure, haec possent procedere, et ante concessum beneficium abstentionis suis haeredibus a praetore. Tamen nunc quod filii sui haeredes beneficium abstentionis habent,*

ba que el heredero no esperaba su nombramiento, ya fuese por testamento, ya *ab intestato*, lo que la equiparaba a la herencia vacante<sup>50</sup>.

[5] Finalmente se afirmaba que no se debía nombrar curador de una herencia yacente cuando se esperaba que el heredero, a título hereditario o legítimo, aceptase la herencia en un plazo breve. Así, en la práctica procedimental se estipulaba la necesidad de que al heres se le citase en el plazo perentorio de diez días<sup>51</sup>, para que se pronunciase sobre su aceptación o repudio de la herencia. Únicamente, si dejaba pasar este plazo sin presentarse, se podía nombrar un curador para la herencia<sup>52</sup>:

«*Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus die 20 Maii 1613 inter Michaellem Martinez, et Procuratorem Fiscales.*

---

*et deliberant, dum non se inmiscent, inducitur haereditatis fictio, et poterit proculdubio curator haereditati jacenti dari.*

<sup>50</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 34, num. 13: Ex quibus infertur, quod si neque ex testamento, neque ab intestato, aliquis speretur haeres, non poterit curator dari haereditati jacenti, nam cum haereditatis fictio, solum reperitur inducta, ut in haerem continuari possit bonorum dominium. Si nullus speratur haeres, deficit necessitas illa haereditatem inducendi. Et per consequens deficiente haeredis spe, deficit etiam haereditas jacens, quae solum jacere dicitur, donec adest haeredes spes, qui adire vellit. Et spe haeredis deficiente, quia jam nulla haereditas jacens potest considerari, non poterit curator dari haereditati jacenti. Ex traditis poteris inferre, quam quotidianus sit abusus in nostra praxi dandi hujusmodi curatores haereditati, cogitantes practici, quod semper haereditas jacet, quamvis nullus speretur haeres, et quamvis reperitur defunctus absque haeredis spe, aut sine materia haereditatis inveniatur negotium; quando indubitatum est, quod deficientibus haeredibus, neque reperiuntur bona in haereditate, neque haereditas datur, cum jam applicata sint per nostras leges talia bona, locis piis, nempe hospitalibus. Et multo minus poterit in hoc casu prout solet, dari curator haereditati jacenti ad praesentandum ad beneficia Ecclesiastica vacantia, nam si neque existit haereditas, neque remanet haeredis spes; neque curator ad hunc effectum poterit haereditati dari, cum deficientibus haeredibus, aut non apparentibus, beneficia quae juris patronatus erant, jam remanent libera, et tanquam talia, poterunt ab ordinario Ecclesiastico conferri, et ad illum spectant. Solum isto in casu, cum bona reperiantur vacantia, poterit curator bonis dari, aut spectabit illorum administratio ad fisci procuratorem.*

<sup>51</sup> SUÁREZ DE PAZ, G., *Praxis, Tom. 1, Tempore 2, num. 54: Et hinc praxis orta fuit, quod iudex assignat decem, vel viginti dies haeredibus ad acceptandam, vel repudiandam haereditatem defuncti; BAS Y GALCERÁN, N., Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 34, num. 17: Neque te turbet, quod turbare solet Advocatos novellos in praxi, nempe quod haeredes habent de jure annale spacium ad adeundam, vel repudiandam haereditatem, quando a Principe jus deliberandi impetrarunt, et novem menses quando a iudicibus inferioribus. Et in Regno habent tres menses. Et videtur non posse tempus istud ad deliberandum concessum coangustari a iudice ad decem dies. Nam non coangustatur, neque arctatur tempus supradictum ad deliberandum concessum, in nostra praxi, per praeceptum de adeunda, vel repudianda haereditate infra decem dies ... voluerint quod tempus deliberandi limitetur ad decem dies illos taliter, quod haerede non adeunte, habeatur haereditas pro repudiata, tamen in vera praxi, non admittitur doctrina ista, imo solum assignatur decem dies ad adeundum, vel repudiandum, ad hoc, ut non adeuntibus, vel repudiantibus intra terminum, possit elapso termino curator haereditati jacenti dari, remanente semper integro jure penes haerem adeundi, vel repudiandi haereditatem intra tempus a jure vel a foro praefixum.*

<sup>52</sup> SUÁREZ DE PAZ, G., *Praxis, Tom. 1, Tempore 2, num. 54: sed si intra terminum eis praefixum adierint haereditatem, vel nec adierint, nec recusaverint adversus eos actio erit intentanda: at vero si haereditatem recusaverint, requirendi erunt quibus causa successionis*

...processu super quo fuit lata constabat dictum Joannem Martinez relicto haerede [...] et sic non potuit dari curator haereditati iacenti illius... Attento denique quod dictus Michael Martinez reperitur haeres scriptus in testamento...<sup>53</sup>.

Senatus sententia publicatam per Franciscum Paulum Alreus, die 20 Maii 1613, inter Beatricem Boix, et Franciscum Eixarch.

...et quod si haeres scriptus reperitur non possit absque nullitate dari haereditati iacenti curator non requisito haerede quod adeat aut repudiet haereditatem<sup>54</sup>.

Senatus sententia publicata per Joannem Daza, die 18 Augusti 1623, inter Joannam Durana, et Mariam Annam Monfort, et de Vivo.

...si minor institutus fuerit haeres, et curatorem habuerit testamentarium, non debet dari curator haereditati iacenti.»<sup>55</sup>

### 2.3 POTESTADES DEL CURADOR

Como nos informa la propia literatura jurídica, el conjunto de potestades que ostentaba el curador de la herencia yacente era mayor que el que se poseía por la mera ausencia del heredero<sup>56</sup>.

Entre las distintas facultades caben reseñar las siguientes:

[1] Como criterio general se sostuvo que estaba facultado para hacer todo aquello que hubiera podido realizar el difunto de haber vivido: ya fuese la interposición de cualquier remedio posesorio o cualquier otro negocio jurídico<sup>57</sup>.

[2] La *restitutio in integrum*. La doctrina tardo-medieval observó que, aunque era conocida la regla jurídica que sostenía que el privilegio de la edad

---

*contingit: et si in gradu sequentes se abstinerint, tunc actor petet, curatorem, vel defensorem bonis dari, qui dandus erit; BAS Y GALCERÁN, N., Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 34, num. 16: Non sufficit quod haereditas jaceat, ut possit haereditati iacenti curator dari, nam si haeres institutus fuerit a testatore in testamento, qui de proximo speratur, aut si haeres ab intestato reperitur, qui potest sperari quod de proximo haereditatem adeat, non debet deveniri ad curatorem dandum haereditati iacenti, imo prius debet citari talis haeres ad hoc ut adeat, vel repudiet haereditatem assignando illi spatium temporis opportunum, quod in nostra praxi solet esse decem dierum ut repudiet, vel adeat, aliter elapso termino, dabitur haereditati iacenti curator; et si haeres infra terminum statutum, haereditatem non adierit, vel repudiaverit, poterit tunc curator haereditati dari.*

<sup>53</sup> A.R.V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 72. Signatura 7.716.

<sup>54</sup> A.R.V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 91. Signatura 8.961.

<sup>55</sup> A.R.V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 91. Signatura 8.964.

<sup>56</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 30: *Excellentior potestatem, et multo majorem habent curatores haereditati iacenti dati quam absentis bonis.*

<sup>57</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 38, num. 61: *Et potis talis curator petere missionem in bona defuncti; BAS Y GALCERÁN, N., Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 34, num. 32: Curator haereditatis iacentis ad regenda bona, in omnibus habebit illam potestatem, quam defunctus haberet si viveret. Ac proinde hujusmodi curatori debent dari omnia remedia, quae defunctus haberet si viveret, et poterit intentare omnia remedia possessoria, missionis in possessionem, et alia quaelibet, quae defunctus vivens intentare posset.*

del difunto, por ser personalísimo, no se transmitía a la herencia<sup>58</sup>, sin embargo, ésta se exceptuaba en la herencia yacente, donde, si el difunto era menor, se creaba la ficción por la que se entendía que la *hereditas* era menor de edad, por lo que se permitía solicitar al curador la *restitutio in integrum* de los negocios que eran perjudiciales<sup>59</sup>.

[3] Podía interponer las acciones y los pagos en el momento que estimase oportuno, y no sólo al tiempo de su extinción<sup>60</sup>.

[4] Administrar y gestionar los bienes del Patronato destinado a los beneficios eclesiásticos<sup>61</sup>.

[5] Finalmente, se le reconocía la potestad para actuar como árbitro en los pleitos judiciales<sup>62</sup>.

## 2.4 PROCEDIMIENTO

El procedimiento para su nombramiento lo hallamos recogido tanto en los tratados de práctica procedimental, como en la propia doctrina. En torno a éste, varias cuestiones de índole procedimental fueron planteadas por la doctrina, a saber: nombramiento, legitimidad del juez, elección del curador, garantías procedimentales.

Al respecto de la primera cuestión, una vez el heredero había sido citado para su comparecencia en el plazo ordinario de diez días, bien por citación

<sup>58</sup> C. 2,52,7.

<sup>59</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 29: *Demum observa, privilegium aetatis defuncti, quia personalissimum est, in haeredem non transire. Sed in haereditatem jacentem transmittitur, et in ea conservatur, dum jacet, taliter, quod si defunctus fuerit minor, haereditas jacens repraesentat defunctum quoad aetatem, et habetur tanquam persona minoris aetatis, fruíturque minorum privilegiis, et potest in integrum restitutionem petere*; num. 31: *Curator haereditatis jacentis, potest in integrum restitutionis beneficium implorare ad pinguius probandum, vel ad alium effectum. Et cum haereditas in omnibus, et per omnia, defunctum repraesentet, et induta sit persona defuncti.*

<sup>60</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 38, num. 62: *Qui quidem curator potest movere actiones, etiam tempore non perituras*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 30: *Excellentiorem potestatem, et multo majorem habent curatores haereditati jacenti dati quam absentis bonis; isti enim, ut diximus cap. 33, num. 12. Nequeunt intentare alias actiones quam tempore perituras. Curatores autem ad regenda, et administranda bona haereditatis jacentis, non solum possunt intentare, et movere actiones tempore non perituras, et hoc procedit sive fuerint actiones activae, sive passivae. Si autem curator solum fuerit ad lites datus haereditati jacenti, non poterit alias actiones movere, nisi tempore perituras, ut judicavit Senatus sententia per Saboya die 28 Junii 1674 inter Curatorem haereditatis jacentis T. Franguelo, et Carolum Sobregondi. Pariter licet curator bonorum absentis, non habeat jus petendi in integrum restitutionem, ut probabi capitulo 33 numero 6.*

<sup>61</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 33: *Eodem modo, sicuti ad beneficia juris patronatus defuncti, posset, ille si viveret, praesentare, poterit etiam curator haereditatis jacentis ad regenda, et administranda bona praesentare ad haec beneficia Ecclesiastica in casu vacationis.*

<sup>62</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 34: *Compromittere autem non poterit curator iste. Sed ex forma statuti, non solum ulro poterit compromittere, sed ad compromittendum cogi poterit.*

personal –si se conocía su paradero–, bien por proclama pública –si éste se ignoraba<sup>63</sup>–, si no se personaba para aceptar o repudiar la herencia, el juez podía nombrar legítimamente a un curador para la herencia yacente<sup>64</sup>, y si el heredero comparecía pasado el plazo, todas sus actuaciones se consideraban conformes a Derecho<sup>65</sup>.

Con relación a la legitimidad del juez, la doctrina no dudó en admitir que el juez competente para dirimir esta causa podía ser tanto el ordinario del lugar donde se hallaran la mayoría de los bienes del difunto<sup>66</sup>, como el de su último domicilio<sup>67</sup>.

En el ámbito del *ius commune*, si el difunto era un clérigo<sup>68</sup>, el juez competente sería el eclesiástico, quien no sólo nombraba al tutor, sino que era el encargado de dirimir las posibles detracciones de bienes de la herencia yacente<sup>69</sup>.

<sup>63</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 34, num. 19: *Provisio ista, ut jam dixit, debet personaliter notificari illis ad quos spectat successio, nam sine illorum praevia citatione, non est dandus haereditati jacenti curator. Si vero haeredes scripti, ignoretur ubi fuerint, aut repudiata haereditas reperiatur, et nesciatur cui spectet successio, vel haeredes ab intestato incerti fuerit, sufficiet quod per proclama, vel aedictum citentur, ut deveniatur ad curatorem deputandum haereditati jacenti. Et si infra terminum supradictum decem dierum haeredi scripto datum ad adeundam, vel repudiandam haereditatem, repudiaverit illam haeres, non est dandus curator haereditati jacenti, nisi prius requirantur illi, ad quos immediate successio ex testamento, vel ab intestato spectat ad hoc, ut adeant, vel repudiant haereditatem infra decem dies.*

<sup>64</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 34, num. 20: *Citatis autem, sive personaliter, sive per proclama, haeredibus, et immediatis successoribus, et non adeuntibus, vel repudiantibus haereditatem intra tempus assignatum, poterit a iudice legitime curator dari haereditati jacenti.*

<sup>65</sup> MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tit. 1, num. 325: *Sed ponamus quod de facto maritus datus fuit curator uxoris, et in lite gravi aliqua gessit, dubitari potest, an ea sustinenda sint? Et sustineri debere infertur; BAS Y GALCERÁN, N., Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 34, num. 21: Et si post terminum apparuerit haeres, omne actum, et gestum cum curatore putativo, sustineri debet, quamvis evanescat, et expiret cura etiam si aditam habuerit haereditatem ante curatoris deputationem.*

<sup>66</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 34, num. 22: *Judex competens ad curatorem dandum haereditati jacenti erit ordinarius illius loci, ubi haereditaria bona, aut major illorum pars sita fuerint.*

<sup>67</sup> C. 5,32; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 34, num. 23: *Competens etiam erit iudex loci, ubi defunctus tempore mortis suum habebat domicilium, nam cum haereditas jacens repraesentet defunctum. Quamvis addita jam, non repraesentat defunctum, sed haeredem. Et juris fictione, una eadem quae persona cum defuncto sit haereditas jacens. Sequitur, quod sicuti iudex domicilii defuncti fuisset competens, si defunctus viveret, ad decernendum ei curatorem ratione domicilii, ut sunt jura aperta. Ita erit iudex competens ad curatorem haereditati jacenti dandum defunctum repraesentanti praedictus ordinarius iudex, ut operetur fictio haereditatis in casu fictio, idem quod veritas operaretur in casu vero.*

<sup>68</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 34, num. 24: *Ex doctrina supra adducta infertur, quod et si privilegium fori personalissimum defuncti in haeredem non transeat. Tamen privilegium illud personalissimum fori, quod habebat defunctus, in haereditatem jacentem transit, et in ea conservatur dum jacens est; num. 25: Privilegia enim personalissima defuncti, transeunt in haereditatem jacentem, et in ea conservantur dum jacens est. Quamvis privilegia negotiationis, et mercaturae ad haereditatem non transeant, nam nemo dixit haereditatem esse negotiaticem, aut mercatricem.*

<sup>69</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 34, num. 28: *Ex eadem ratione infertur ad nostrum intentum, quod sicuti Clerico viventi debebat dari curator a Iudice*



*In Regno Valentiae* se mantuvo esta regla con los bienes inmuebles; pero con relación a las sustracciones de los bienes, se afirmaba que *semper debet adiri in Regno iudex laicus*<sup>70</sup>.

Respecto a la elección del curador, la parte interesada –un acreedor de la masa crediticia–, o simplemente un tercero, redactaban un escrito en el que hacían ver al juez competente la conveniencia de nombrar un curador, dado que la herencia se hallaba yacente, así como la exigencia legal de que fueran convocados tres parientes del difunto, o, en su defecto, tres vecinos, de los que debía salir el nombre del curador<sup>71</sup>, ya que el magistrado no podía designar para el cargo a ningún notario, procurador o abogado aún no licenciado<sup>72</sup>.

*«Senatus sententia publicata per Ludovicum Antonium Cases die 26 Aprilis 1625 inter Blasium Navarro, et Vincentium Ximenez Notarium, et Sebastianum Monsorium, et de Rodrigo.*

*...et quod in executione instata per dictam Sebastianam Monsoriu contra haereditatem iacentem dicti Aloisii Tous multae fuerint commissae nullitates pro parte vero dictae Sebastianae Monsoriu totum contrarium fuit praetensum et attento quod illa existimat se dominam esse dicti iuris recuperandi dictas ducentum viginti libras cum interesse mediante executiones per infra instata contra Joachinum Gisbert notarium curatorem haereditatis jacentis dicti Aloisii Tous et decreto per dictum justiam prouisso quod fori praesentis regni non permitunt cum per illos prohibitum sit ut notarii curatores hereditatis iacentis existere possint illorum qui consanguinei non sunt.»*<sup>73</sup>

---

*Ecclesiastico. Ita haereditati jacenti Clerici debet dari curator per Judicem Ecclesiasticum. Et si distrahenda essent aliqua bona haereditatis jacentis Clerici, cum haereditatis jacet, non est audeundus iudex laici haereditis instituti, sed Ecclesiastici defuncti cujus haereditas jacet.*

<sup>70</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 28: *Haec semper intellige in Regno, quando bona non sunt immobilia, quia quoad immobilia, et ad regenda, et administranda illa, semper debet dari curator Clerico, et eius haereditati jacenti per iudicem laicum, ut tradidi dicti cap. 31 numero 76. Et ad distrahenda bona immobilia haereditatis jacentis Clerici, semper debet adiri in Regno iudex laicus, per ea quae tradidi.*

<sup>71</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 35: *In praxi nostra fere nunquam datur curator haereditati jacenti ad regenda, et administranda bona, nisi ad instantiam interesse habentis; non enim potest dubitari, quod, nemine curatorem petente, potest iudex curatorem dare haereditati jacenti. Sed nunquam deficit in praxi, qui curatoris dationem petat, aut quia consanguineus defuncti est, vel quia creditor; nam et si de jure, quando ad instantiam creditorum dabatur curator haereditati, debet concurrere major creditorum pars ad petendum curatorem. In praxi non est necesse, quod concurrat major pars creditorum, sed ad instantiam unius tantum, aut cujuslibet personae de populo, etiam non interesatae, curator datur, ut de simili praxi testatur. Instantia petitiones curatoris, non aliter fit, quam libello proposito, et citatus consanguineis ex parte patris praedefunctis, et illis non repertis in loco ubi decernitur cura, ex parte matris, et in subsidium, citatis tribus vicinis, eodem modo et forma, qua citantur ad curatorem dandum absentis bonis, a me tradita, dicti cap. 33 numero 24. Nam forus disponit quod eadem observentur, in curatore assignando haereditati jacenti, quae observari debent in curatore dando absentis bonis. Extante consanguineo praedefuncti, non poterit absque nullitate, dari extraneo cura haereditatis jacentis.*

<sup>72</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 36: *Excluduntur ab officio curatoris bonorum absentis ad regenda bona, si consanguinei non fuerint, procuratores litium, Notarii, et Doctorelli, vulgo dicti Advocats de Secà. Ita excludi debent a cura haereditatis. Et si Notarius, non consanguineus defuncti, fuerit curator datus haereditati jacenti, nulla erit curatoris datio.*

<sup>73</sup> A.R.V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 193. Signatura 549.

Finalmente, se constata cómo el curador, para ser legítimamente elegido, debía comprometerse a presentar las oportunas garantías<sup>74</sup>, jurar por su honor que actuaría con diligencia y utilidad<sup>75</sup>, así como cumplir con su obligación de confeccionar el oportuno inventario de todos los bienes hereditarios<sup>76</sup> y renunciar al cargo cuando la herencia fuera aceptada<sup>77</sup>.

### 3. CURA VENTRI

#### 3.1 INTRODUCCIÓN: EL NASCITURUS<sup>78</sup>. ÁMBITO SUCESORIO

En el ámbito del Derecho romano, el concebido, pero aún no nacido –*conceptus*–, por hallarse en el útero materno y formar parte de la mujer –*mulieris portio*–, no era considerado aún una persona<sup>79</sup>, sino el *nasci speratur*; y es esta esperanza de vida la que propició que se le asignaran distintos efectos jurídicos, tanto en el ámbito hereditario como familiar.

Con relación a la herencia, ante la pregunta an sint obligatio instituendi posthumi, la doctrina vino a reconocer la necesidad de que los hijos póstumos

<sup>74</sup> GALGANETTUS, L., *Tractatus*, Lib. 2, Tit. 1, num. 11: *Curatores omnes tenentur satisdare*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 37: *Non est cur repetamus praxim assignandi curatorem haereditati jacenti, cum omnia illa observari debent, quae de decernenda cura absentis bonis docuimus, d. cap. 33. Solum remanere adnotare, quod curator datus, tenetur ante susceptam administrationem, idoneis fidejussoribus, satisdare.*

<sup>75</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 38: *Tenetur etiam cum juramento, promittere utilia facere, inutilia praetermittere, et haereditatem indefensam non relinquere.*

<sup>76</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 38: *Et quia hujusmodi curatores, reddere debent administrationis suae rationem, tenentur inventarium conscribere de omnibus haereditariis bonis.*

<sup>77</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 34, num. 39: *Expirat administratio ista, et haereditatis cura finitur, quoad curatoris officium, statim quod haereditas fuerit adita.*

<sup>78</sup> En torno al *nasciturus*, CATALANO, P., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I. Torino 1990, pp. 216 y ss.; FONTANA, G., *Concetti antichi e condizione giuridica del nascituro nella codificazione di Giustiniano*. Torino, 1994; LUBRANO, M., *Persona homo nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*. Torino, 2002, pp. 3. Con relación a su concepción por parte de la doctrina medieval: BONANIENSIS, R., *Tractatus de testamentis et ultimis voluntatibus, vulgo Flores testamentorum*. Rubrica 15. *De filiis legitimis, et naturalibus posthumis*, num. 1: *Posthumus quis dicatur, et quod modis accipiatur: Posthumus duobus modis accipitur, stricte et large. Dicitur enim stricte posthumus, qui in vita testantis conceptus, et post mortem eius natus est, unde posthumus, quasi post humum patris natus. Large enim vero is dicitur posthumus, qui post testamentum natus est, patre vivente, ut Digesto, rubrica de iniusto, rupto, irritato facto testamento Lege 3 [D. 28,3,3]; UBALDIS, B. DE, *In I et II In Fortiam Parterm Commentaria, De liberis et posthumis, Lege filiusfamilias*, num. 1: *Posthumus dicitur quatuor modis, scilicet per nativitatem, per adoptionem, per incipere tenere primum locum, et per incidere in patriam potestatem*; HAUNOLD, C., *Controversiarum De testamentis*. Cap. 7, Contr. 3, num. 435: *Quid in lure nomine Posthumi intelligatur. Nempe non solum ille, qui post mortem testatoris natus est, sed etiam ille, quid post factum testamentum nascitur, vivo testatore, vel jure civili per adoptionem fit filius: fingitur enim natus esse post factum testamentum.**

<sup>79</sup> GAI, 2,203; D. 37,9,1.

fueran instituidos<sup>80</sup>, al entender que no se les podía imputar ninguna causa para su desheredación o preterición, esto es, ninguna causa de ingratitud<sup>81</sup>:

«ROLANDINUS BONANIENSIS: *Nam in filio nascituro, hoc est, posthumo, non potest inseri causa, lege Si quis in suo, versiculo legis, Codice, rubrica De inofficioso testamento [C. 3,28,33,1], et sic semper dicit nullum*<sup>82</sup>.»

Para reforzar esta afirmación se sostuvo que si bien era posible mantener la validez de la institución cuando el testador ignoraba su nacimiento en el momento en que redactaba el testamento<sup>83</sup>, ésta no podía depender de la mera aprobación del póstumo al *testamentum*, porque, de admitirse, se estaría vulnereando la voluntad testamentaria<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> PLACENTINUS, *Summa institutionem, De exhaereditatione liberorum: Diximus de filiis natis, nuc dicamus de posthumis haeredibus instituendis, vel exheredandis. Et certe, sicut dictum est, parens debet posthumum nominatim instituere vel exheredare: hoc inquam debet facere ut satisfiat iuri. Et utriusque temporis debet fieri mentio, id est si se vivo sive se mortuo nascetur, vel neutrius mentionem habere debet: alioquin intestatus moritur, licet in Codice, eodem lege ultima [C. 6,29,4]; UBALDIS, B. DE, *Praelectiones. In quatuor Institutionum libros. De exhaereditatione liberorum, versiculo Posthumorum, num. 1: Hoc dicit. Posthumi reputantur, qui post mortem testatoris suum haeredem se repererunt esse, si testamenti tempore alius praecedebat eundem. Et ut testamentum agnatione posthumi non rumpat, consulitur testatori, ut talem posthumum exhaeredet, vel instituat, filius; Durantes Gualdensis, D., *De arte testandi, Tit. 3, Caut. 10, num. 1: Posthumus praeteritus rumpit testamentum. Et hoc procedit hoc etiam si natus statim expiraverit etiam ante baptismum.***

<sup>81</sup> BONANIENSIS, R. *Tractatus de testamentis et ultimis voluntatibus, vulgo Flores testamentorum. De filiis legitimis, et naturalibus posthumis, Rubrica 15, num. 1: cum nullam causam ingratitudinis commississe dicantur; UBALDIS, B. DE, In Sextum Codicis Librum Commentaria, De posthumis haeredibus instituendis, Lege Si post, num. 1: Posthumus non potest committere causam ingratitudinis; PISTOIA, C. DE, *Lectura Super Codice. Tomo II. Ed. Istituto Giuridico Bartolo da Sasoferrato. Il Cigno Galileo Galilei. Roma, 1998: Rubrica De Sacrosancta Ecclesia, Lege Habeat, num. 6: Tertio quaeritur, quid si in testamento tali non sit facta mentio de filiis? Valebit? dic quod non; Rubrica De liberis praeteritis vel exhaeredatis; Rubrica De liberis praeteritis vel exhaeredatis; num. 3: Testamentum in quo filius nasciturus praeteritus non valet. Primo enim opinio quia lege cavetur, quod si filius nasciturus praeteratur in testamento, et nascatur postea, testamentum non valet, et nihil ex eo peti potest quod sine causa praeteritur, ..., si praeteritur sine causa: ergo institutio nulla: si nulla, non pendent legata ex ea ... Tertio opponitur, rupto testamento cessat institutio, et sic non potest remanere vel adiri haereditas ex testamento, et sic nihil valet eorum, quae in testamento scripta sunt ... Solutio aut vitatur testamentum ex causa praeteritionis, vel exhaereditationis, aut ex alia causa. Hodie vero, si nulla causa praeteritionis inseratur in testamento, testamentum non valet ipso iure, nec est opus litigare, vel sub dubio litis eventu manere. Sed adibit tanquam ab intestato, et praestabit legat et fideicommissa omnibus. Si autem fuisset inserta causa, tunc habent locum iura antiqua, tam in emancipato quam in suo. Emancipatus praeteritus dicat ipso iure testamentum nullo; Rubrica De liberis praeteritis vel exhaeredatis, Lege Maximum vitium, num. 3: Posthumus non potest exhaeredari, quia causam non potest committere.**

<sup>82</sup> BONANIENSIS, R. DE, *Tractatus de testamentis et ultimis voluntatibus, vulgo Flores Testamentorum. De legitimis tantum liberis. Rubrica 17, num. 18.*

<sup>83</sup> HAUNOLDO, C., *Controversiarum De testamentis. Cap. 7, Contr. 3, num. 438: An valeat institutio per verbum Posthumi, qui tamen, ignorante testatore natus est, antequam fieret testamentum. Respondo Affirmative. Cfr. D. 25,2,25,1.*

<sup>84</sup> UBALDIS, B. DE, *In Sextum Codicis Librum Commentaria, De testamento militis rubrica, Lege Si cum vel in utero, num. 1: quod licet posthumus approbet testamentum, tamen non valet, quia non reperitur adesse voluntas testantis nascente posthumo.*

La dificultad devenía al determinar si el testamento era nulo desde su inicio o, como afirmaba Baldo de Ubaldis, quedaba en suspenso hasta su nacimiento<sup>85</sup>. Este último criterio fue el que prevaleció dentro de la *communis opinio* bajo-medieval<sup>86</sup>, al entenderse, en palabras de Antonio Gómez, que ni era hombre, ni se hallaba bajo la patria potestad, ni sujeto a la suidad paterna, vínculo al que se llegaba con el nacimiento<sup>87</sup>. En análogo sentido Rolandinus Bonaniensis sostuvo que la ruptura del testamento se producía únicamente<sup>88</sup> cuando el preterido había nacido<sup>89</sup> —*nascatur integre, sine monstro*—<sup>90</sup> y *vivido con posterioridad a la muerte del testador*<sup>91</sup>, *de lo contrario, si moría estando vivo el de cuius*, el testamento era válido<sup>92</sup>.

<sup>85</sup> UBALDIS, B. DE, *Praelectiones. In quatuor Institutionum libros. De exhaereditatione liberorum, versiculo Posthumi*, num. 1: *Posthumo praeterito vires testamenti remanent in suspenso, et ius nativitate testamentum rumpitur*; BALDUS DE UBALDIS, *In I et II In Fortiam Partem Commentaria, De liberis et posthumis, Lege Si filius haeres*, num. 5: *quod praeterito posthumi impedit interim existentiam iam nati institui, ista conclusio ista probatur per hanc lege, et per lege ventre ... dicit quod interim nil transmittit iure communi*.

<sup>86</sup> GÓMEZ, A., *Ad Legem Tauri, Lege 13*, num. 1: *secus in posthumo; quia si praetereatur, non redditur testamentum nullum, antequam nascatur, sed postea statim ipso jure efficitur testamentum nullum ... Ergo ante nativitatem bene valet ...*; FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis nuptialibus. Clausula 4, glossa 9, Pars 5*, num. 195: *Quod quemadmodum testamentum, in quo praeteritus filius iam natus, sit censetur non tenere ipso iure, ut quamvis is decedat vivo patre non convalescat, quod secus est si praetereatur posthumus adhuc non natus tempore testamenti, quia hoc tenuit ab initio, illud non, et ideo facilius est illud revocationis*. HAUNOLDO, C., *Controversiarum De testamentis. Cap. 7, Contr. 3*, num. 1: *non esse ab initio nullum, sed agnitione posthumi rumpi, si quidem posthumus non moriatur ante testatorem, nam si ante illum moreretur, praeritione non vitaretur testamentum, quia ab initio validum est*.

<sup>87</sup> GÓMEZ A., *Ad Legem Tauri, Lege 13*, num. 1: *quia dum posthumus est in ventre, adhuc non est hoc, nec in patria potestate, nec suitate; sed omnia jura suitatis reservantur sibi in tempos nativitatis*.

<sup>88</sup> UBALDIS, B. DE *In Sextum Codicis Librum Commentaria, De liberis praeteritis vel exhereditatis rubrica, Lege Si avus*, num. 8: *Posthumus interim dum est in ventre non potest dicere testamentum nullum sed natus retro rumpit*.

<sup>89</sup> SAXOFERRATO, B. DE *Super Primam Infortiatum, De iniusto rupto et irrito testamento rubrica, Lege Posthumi*, num. 1: *Posthumus proprie est qui natus est post mortem patris*; UBALDIS, B. DE, *In Sextum Codicis Librum Commentaria, De posthumis haeredibus instituendis, Lege Uxoribus*, num. 1: *Abortivus non rumpit testamentum*; MAINUS, I. DE, *Secunda Super Codice, De bonorum possessio contra tabulas, Lege Posthumo*, num. 3: *Posthumus antequam nascatur non est in potestate patris*.

<sup>90</sup> UBALDIS, B. DE, *In Sextum Codicis Librum Commentaria, Unde Legitimi, et unde cognati Rubrica, Lege Certamus*, num. 28: *Posthumus per nativitatem rumpit testamentum; De posthumis haeredibus instituendis Rubrica, Lege Quod certatums*, num. 1: *Posthumus praeteritus non rumpit testamentum, nisi nascatur integre sine monstro, et sufficit si natus est licet vocem non emiseric. Nota hic, non sufficit aliquem esset natus, nisi sit perfecte natus*.

<sup>91</sup> BONANIENSIS, R., *Tractatus de testamentis, Rubrica 15. De filiis legitimis, et naturalibus posthumis*, num. 3: *Posthumus ut rumpat testamentum, quae requirantur: Advertere, quod ad hoc, ut rumpat testamentum posthumus: requiritur, quod sit perfecte vivus natus, nec obstat, quod mox etiam in manibus obstetricis decedat ... Hinc est, quod si est seminatus vivus, et postea antequam perfecte et totus nascatur, moritur, non rumpit testamentum, debet enim, ut supra, dicitur, perfecte, immo totus natus esse, dicta lege penultima in fine. Cfr. MAINUS, I. DE, *Secunda Super Codice, De bonorum possessio contra tabulas, Lege Posthumo*, num. 4: *Nato posthumo rumpitur testamentum*.*

<sup>92</sup> Véase UBALDIS, B. DE, *In I et II Infortiam Partem Commentaria, De iniusto rupto, Lege Posthumus*, num. 1: *Mors Posthumi praeteriti vivo testatore contingens facit testamentum convalescere de iure praetori quo ad institutionem haereditatis et legatis*.

## 3.2 CURATOR VENTRI

### 3.2.1 REGLAS

La doctrina valenciana, una vez expuesto cómo en la jurisprudencia romana se concebía al *nasciturus* como parte de la madre<sup>93</sup> –*iste dum in utero matris est*, por lo que *non videtur esse in rerum natura, neque censetur in humanis reperiri*–, se cuestionó si estaba sujeto a tutela quien no podía ser llamado pupilo<sup>94</sup>, ni se hallaba sometido a la patria potestad<sup>95</sup>.

A esta cuestión, los *doctores legum*, amparándose en la tradición textual del *Corpus Iuris Civilis*<sup>96</sup>, *sostuvieron que mientras el foetus* se hallara en el seno materno, estaba sujeto a la tutela de la madre, «por ser parte de la mujer o de sus entrañas»<sup>97</sup>. Criterio argumental que se aplicaba con relación al *posthumo*, al que se le debía nombrar heredero testamentario<sup>98</sup>, aunque sólo se tuviera la esperanza de su nacimiento, si bien su tutela se postergaba al día de su nacimiento<sup>99</sup>.

<sup>93</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 35, num. 1: *Venter, inter Jurisconsultos, summitur pro muliere praegnante, et nihil aliud denotat, quam praegnantem mulierem.*

<sup>94</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 3, num. 47: ... *sed quasdam restrictiones recipiunt: Et primo quidem in iis, qui in utero sunt; cum hi non nisi absude pupilli dici possint, sed vicerum matris quedam portio*; num. 48: *Ideo nec etiam tutor ei dari potest*; Cap. 24, num. 4: *Et ideo ventri tutor dari non potest*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 35, num. 3: *Et pupilli non sint, neque appellari possint, qui in utero sunt, l. 161, ff. de verbor. Significat. ibi: Non est pupillus qui in utero est. Necessario sequitur, non posse de jure tutorem ventri dari.*

<sup>95</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 35, num. 2: *Foetus iste dum in utero matris est, et antea quam nascatur, non videtur esse in rerum natura, neque censetur in humanis reperiri, vel quod homo sit. Et ideo communiter traditur, foetum in utero matris existentem, non esse in patris potestate.*

<sup>96</sup> D. 25,4,1,1.

<sup>97</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 35, num. 4: *Foetus enim, dum in utero matris est, satis sub tutela matris esse videtur, cum sit portio, et pars viscerum ejus.*

<sup>98</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 8, num. 31: *Venter haeres institui potest.* No obstante, si el póstumo preterido –con independencia de quienes hubieran sido instituidos en el testamento– hubiera nacido después de la redacción del testamento, falleciendo en vida del testador, el testamento alcanzaba plena validez. Cfr. D. 28,3,12,pr.; SAXOFERRATO, B. DE *Super Primam Infortiatum, De iniusto rupto et irrito testamento rubrica, Lege Posthumus*, num. 1: *Si posthumus nascitur et vivo testatore moritur testamentum in quo erat preteritus reconvalescit*; CLARUS, I., *Tractatus de testamentis, Quaestio 45*, num. 1: *Sed pone, quod huiusmodi posthumus vivo testatore decedat, nunquid ad hunc testamentum propter illius praeritionem erit nullum? Respondo, quod de rigore iuris civilis testamentum remanet nullum, sed de aequitate praetoria reconvalescit*; PRAETIS, S. DE, *De ultimarum voluntatem*, Lib. 3, Solut. 4, num. 2: *quod si posthumus praeteritus, quicumque sint haeredes instituti, qui post testamentum confectum natus, dicitur etiam posthumus, in vita testatoris decesserit, hoc modo testamentum de aequitate praetoria reconvalescit.*

<sup>99</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 35, num. 5: *Solet tamen limitari doctrina ista in posthumo suo, nam sicuti potuit haeres institui, non obstante quod solum spes animantis esset. Ita poterat dari tutor testamento. Sed non poterat talis tutor posthumo suo*

Mas en particular, la literatura jurídica, al reconocer la posibilidad de conceder un tutor al posthumo para el día de su nacimiento, se planteó la necesidad de aclarar algunos aspectos terminológicos al respecto de la voz *filiis*. A este respecto, se concretaron las siguientes reglas jurídicas:

[1] Si se mencionaba el término hijos, se debía entender comprendidas las hijas, por ser ésta una voz neutra<sup>100</sup>.

[2] Si únicamente se mencionaba a las hijas, no se debía entender que se extendía la tutela a los hijos –*cum foemenino vocabulo masculi non contineantur*–<sup>101</sup>.

[3] *En análogo sentido, si se especificaba que se nombraba tutores para los hijos varones, no se entendía que se pudiera extender a las hijas*<sup>102</sup>.

[4] *Si el tutor se daba al hijo, teniendo varios, se entendía que todos se hallaban sujetos al régimen de la tutela*<sup>103</sup>.

[5] *Si se nombraba tutor a los hijos, se entendía no sólo los nacidos, sino los concebidos y no nacidos, salvo que se ignorase su existencia –nam si ignoraverit, non potest extendi tutoris datio ad posthumu–*<sup>104</sup>.

### 3.2.2 PROCEDIMIENTO

*Fijadas estas reglas de interpretación sobre la extensión de la tutoría, la doctrina reafirmó la pervivencia de la máxima ventri potest curator dari ad regenda bona; esto es, no se reconocía la facultad de nombrar un tutor para el concebido y nacido, pero sí un curador para salvaguardar sus intereses y sus*

---

*datus administrationem suscipere, nisi a die quo posthumus natus fuerit. Et in tempus nascendi, etiam posthumo non suo, poterat dari tutor.*

<sup>100</sup> D. 26,2,5 y 16; FURS 5,6,39; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 35, num. 6: Non solum intelligitur datus tutor posthumo quando ei expresse datur; nam sicuti censetur tutor filiabus datus, quando expresse filiis datur, etiam non expresse, quod filiabus detur, cum filiorum nomine, et filiae contineantur.*

<sup>101</sup> D. 31,45pr.; D. 32,81pr.; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 35, num. 7: Quamvis aliter sit, si filiabus tutor detur, nam filiis non censebitur datus, cum foemenino vocabulo masculi non contineantur.*

<sup>102</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 35, num. 8: Nisi nominatim fuerit datus tutor filiis masculis, quia tunc, neque adhuc filiabus intelligitur datus.*

<sup>103</sup> D. 26,2,16,1; FURS 5,6,40; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 35, num. 9: Et sicuti, ne reddatur inanis tutelae datio, omnibus filiis censetur tutor datus, etiam si solum dixerit testator quod dat filio tutorem.*

<sup>104</sup> D. 26,2,5; I. 1,14,5; FURS 5,6,41; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 35, num. 10: Ita si tutor solum fuerit filiis datus, etiam si non exprimat, quod posthumae aut posthumo datur, censetur datus non solum filiis natis, sed etiam posthumis. Quod intelligere debes, si testator non ignoraverit, posthumi existentiam, et mulierem esse praegnantem, nam si ignoraverit, non potest extendi tutoris datio ad posthumum, vel filium ignoratum, sed a iudice dandus erit curator. Quando autem posthumo intelligitur datus tutor. Non posse suscipere administrationem nisi nascente posthumo.*

bienes, porque sobre él recaía una expectativa: la esperanza de que se convirtiera en persona<sup>105</sup>, lo que, de producirse, extinguía la curatela<sup>106</sup>.

Con relación a su procedimiento, los criterios fijados en la praxis jurídica fueron los siguientes:

[1] La solicitud podía realizarla tanto el sustituto nombrado por el padre en el testamento, como la madre, quien, de no llevar a cabo su petición, podía ser multada y excluida del caudal hereditario de sus hijos<sup>107</sup>.

[2] Con relación al momento en que se debía solicitar la curatela, en la tradición textual y doctrinal romanística –*De iure*– se sostuvo que la madre tenía la obligación de requerir un curador dentro del plazo de nueve meses, aunque en la praxis –*De aequitate*– se solía conceder el plazo de un año<sup>108</sup>. Criterio que fue invertido en el Reino de Valencia, donde se mantuvo que –*De iure*– la madre debería solicitar un curador en el mismo instante en que se había quedado embarazada, y –*De aequitate*– a lo largo de los nueve meses que duraba su embarazo, sin que se le pudiera privar de los derechos sucesorios de sus hijos por incumplir con esta obligación legal<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> D. 16,5,20pr.: *Ventri tutor a magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest, nam de curatore constituendo Edicto comprehensum est*; MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 8, num. 32: *Mater tenetur ventri curatorem petere*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 35, num. 11: *Sed quamvis, juris regulis attentis, ut vidisti, ventri, et foetui in utero existenti, tutor dari non possit, saltem, ut administret bona posthumi dum in utero est; poterit tamen dari curator ventri, et foetui a iudice ad regenda, et administranda bona illa, quae spectari possunt ad illum, et ad intentandum ea omnia, quae ventri, et foetui, dum in utero est, competunt.*

<sup>106</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 8, num. 33: *non tamen esse antequam nascatur, atque matrem teneri huic petere curatorem, non aliter atque jam nato tutorem, alias puniri: eumque curatorem statim officio decedere, jam nato posthumo*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 35, num. 12: *Durabit autem cura ista, solum dum foetus in utero fuerit, nam illo nascente, extinguitur, et finitur ventris cura.*

<sup>107</sup> D. 37,9,1,17; SAXOFERRATUS, B. DE, *Consilia*, *Consilium* 22, num. 5: *Mater que non petiit dari curatorem ventri privatur hereditate filii etiam si nascatur et post x dies mortuus fuerit*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 35, num. 13: *Si pater in testamento substitutum ventri dederit, tenetur substitutus ille, curatorem ventri petere. Mater vero, priori jure, curatorem ventri petere debet, et si illum non petierit, eque mulctabitur, ac si filio jam nato tutorem non petierit, adeo, quod sicuti in hoc casu privata remanet successione filii mater, ita in casu non petendi curatorem ventri.*

<sup>108</sup> UBALDIS, B. DE, *Consiliorum*, Lib. 2, *Consilia* 288: *mater praegnans, quae mortuo marito non petiit dari curatorem ventri, privetur haereditate filii iam nati, vel si nato posthumo mater non confestim, sed II mense post, et sic intra annum suscepit tutelam filii, nihilominus privetur haereditate filii*; CÁNCER, J., *Variarum*, Pars 1, Cap. 7, num. 53: *Mater filio non habenti tutorem debet intra annum tutorem petere, alias privatur successione filii qui impubes decessit*; GUTIÉRREZ, J., *Tractatus*, Pars 1, Cap. 16, num. 57: *Mater, quae prioribus tutoribus excusatis vel rejectis intra annum aliorum nomina non ediderit, privatur jure succedendi filio impuberi decedenti, etiamsi non fuerint omnes excusati, vel rejecti*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 35, num. 14: *Intra quod tempus debeat mater praegnans curatorem ventri petere, disputant Doctores, et communiter resolvunt, teneres matrem de juris rigore, curatorem ventri petere intra novem menses, sed de aequitate, intra annum.*

<sup>109</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 35, num. 15: *Sed nequit hoc admitti, nam si, ut diximus, hujusmodi cura non durat nisi dum partus in utero est, quomo-*

[3] *In Regno*, la elección del curador debía recaer, en primer término, en alguno de los familiares del padre, en su defecto, de la madre, y, con carácter subsidiario, en algún vecino del lugar<sup>110</sup>.

[4] A su vez, debía verificarse plenamente tanto el matrimonio como el posterior embarazo, lo que se realizaba bien mediante una información testimonial sumaria de dos o tres comadronas «probadas tanto por su conocimiento como por su integridad»<sup>111</sup>, quienes tenían que jurar la veracidad del embarazo, o bien por los signos externos propios del embarazo<sup>112</sup>.

[5] Verificado el embarazo, y convocados los parientes consanguíneos o los vecinos, el juez nombraba curador para el concebido y no nacido<sup>113</sup>, con la obligación de gestionar y administrar sus bienes e intereses<sup>114</sup>, de realizar el inventario y de prestar las oportunas y suficientes garantías<sup>115</sup>.

---

*do satisfaciet mater petendo curatorem intra annum, et nato jam partu, eoque tempore quo nequit dari ventri curator? Quare tenendum iudico, debere matrem, de rigore juris, statim petere ventri curatorem; de aequitate vero, durante solum praegnantia, ne privetur filii successione.*

<sup>110</sup> FURS 5,6,9-10-13; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 35, num. 17: Juxta juris regulas, debet eligi curator ventris ex tutoribus in testamento a patre datis, aut ex necessariis. In Regno, licet raro deveniatur ad curatorem ventri dandum, debet eligi ex consanguineis praedefuncti patris, quibus deficientibus, ex maternis cognatis, et in subsidium, ex vicinis civitatis, et loci ubi curator datur.*

<sup>111</sup> D. 25,4,1pr.; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 35, num. 18: Solum adverto, quod in hoc casu, ut curator ventri detur, debet, summaria testium informatione, verificari praegnantia, et matrimonium anteactum, uti principale fundamentum ad curae decretationem.*

<sup>112</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 35, num. 19: Praegnantia, non aliter probari poterit, quam depositionibus trium, vel duarum obstetricum dicentium praegnantem esse mulierem ... quae quidem obstetrices, juratae, et ad instar testium, debent de praegnantia deponere, ut earum dictis stetur. De praegnantia nunquam potest constare infallibiter, nam licet non desint qui teneant posse evidentibus signis praegnantia cognosci. Certius tamen est, praegnantiam infallibiliter cognosci, vel probari non posse, quia signa illam denotantia, fallacia solent esse. Signa autem quibus probabiliter probari potest praegnantia sunt, cessatio menstrui, lac in mamillis, et tumefactio ventris, et alia de quibus.*

<sup>113</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 35, num. 20: Verificata praegnantia, summaria obstetricum informatione, et casu in quo obstetrices non reperiantur in loco ubi probatur praegnantia, illa verificata aliorum testium dictis, nam ubi copia deficit obstetricum, potest aliis testibus praegnantia probari. Devenitur ad convocationem illam foralem faciendam consanguineorum, aut vicinorum, de qua multoties verbum feci, et proceditur, convocatione facta, ad curatorem ventri decernendum, semper enim convocatio consanguineorum justissime fit, cum non debeat tutela, aut cura, a iudice dari, nisi citatis omnibus consanguineis, et amicis minoris, et in illorum praesentia.*

<sup>114</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 35, num. 16: De potestate curatoris ventris ad regenda, et administranda bona, non est cur tractemus, cum ea omnia quae capitibus antecedentibus, tradita sunt, de potestate curatoris bonis dati, applicari possunt ventris curatori; solum particulariter observa, quod potest praesentare curator ventris ad beneficia vacantia.*

<sup>115</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 35, num. 21: Curator iste ventris, tenetur inventarium facere, jurare, praestare cautionem fidejussoriam, et reliqua, quae caeteri tutores, et curatores ad regenda bona facere tenentur.*



#### 4. CURA PRODIGI

##### 4.1 EL PRÓDIGO: EFECTOS

Tanto en la tradición textual como doctrinal, se entendía por pródigo la persona que consumía y dilapidaba su patrimonio sin medida<sup>116</sup>, lo que le equiparaba al demente o al menor<sup>117</sup>.

Dada su incapacidad para administrar sus bienes, *tam civile jure, quam patrio* reconocieron la necesidad de que no sólo se realizara la oportuna interdicción judicial de los bienes del pródigo<sup>118</sup>, sino que, una vez hecha ésta, los padres o, en su defecto, los jueces<sup>119</sup> asignaran un curador para regir y administrar sus bienes<sup>120</sup>.

La interdicción judicial era tan necesaria, que la propia doctrina tardo-medieval reconocía que el pródigo, con anterioridad a su concesión, podía consumir legítimamente cualquier contrato o testamento, intervenir en un proceso, así como todos los actos u obligaciones que podía realizar un buen padre de familia. Criterio que se exceptuaba únicamente cuando su estado era notorio<sup>121</sup>:

<sup>116</sup> D. 5,70,1pr.; DURANDUS, G., *Speculum*, Lib. 1, Part. 3, *De curatore*, 12, § *Dantur*, num. 1: *Dantur autem furiosis et prodigis, qui nec tempus, nec modum, nec finem habent expensarum*; BARBOSA, A., *Collectanea*, Lib. 5, Cap. 70, *Lex* 1, num. 4: *qui neque tempus, neque finem habent expensarum*; GALANETTUS, L., *Tractatus*, Lib. 1, Tit. 7, num. 56: *quae luxuriose vivit*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 1: *Qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando, et dissipando profundit, appellatur in jure prodigus*.

<sup>117</sup> D. 26,5,12,2; MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 28: *Prodigum furioso aequiparari*; BARBOSA, A., *Collectanea*, Lib. 5, Cap. 70, *Lex* 1, num. 4: *Ergo prodigus aequiparatur furioso*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 3: *Et prodigalitatibus vitium efficit, quod furioso, aut infanti, equiparetur Prodigus, et carere sensu, et intellectu praesumatur*.

<sup>118</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 6: *Sed neque parentes, neque iudex, in suo casu, possunt prodigo curatorem dare, nisi prius, a iudice competentis, fuerit ei interdicta bonorum administratio, quia et si lege duodecim tabularum prodigo inter diceretur ipso jure bonorum administratio. Hodie haec bonorum interdictio, jam non fit ipso jure, sed iudex illam facit cum causae cognitione, et sententia interveniente*.

<sup>119</sup> GALANETTUS, L., *Tractatus*, Lib. 1, Tit. 7, num. 56: *Sed si pater in testamento filio tanquam prodigo curatorem dederit, praetor sine alia causa cognitione eundem curatorem confirmabit, nam nominatio patris facta in testamento, probat filium esse prodigum, quando filio ita prodigo nominato dat in testamento curatorem*; MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 30: *nempe filium posse dari curatorem patri prodigo. Similiter et furiosae matris curatio ad filium pertinetur*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 5: *Poterunt parentes, filiis suis prodigis, tutores testamento dare, si fuerint minores, et si adulti, vel aetatae majores, poterunt eis dare, et assignare curatores. Si vero a parentibus non fuerint dati tutores, vel curatores prodigis filii, debent a iudice assignari, et dari*.

<sup>120</sup> D. 5,70,1; D. 5,70,15,1; D. 45,1,6; I. 1,23,3,4; FURS 5,6,38; MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 26: *Idem dicendum est in prodigo etiam majore 25 annis, quia interest Reipublicae, ne quis re sua male utatur*; GALANETTUS, L., *Tractatus*, Lib. 1, Tit. 7, num. 55: *Prodigo curatorem solent dare Praetores, vel Praesides exemplo furiosi*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 4: *Statutum est, tam civile jure, quam patrio, ut hujusmodi prodigis, curator assignetur, et detur ad regenda, et administranda bona*.

<sup>121</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 7: *Et hujusmodi interdictio tam necessaria est, quod etiam si aliquis fuerit notorie prodigus, et vivat discipando, et distribuendo omnem substantiam suam, si ei a iudice, causae cognitione interveniente, non*

«*Senatus sententia publicata per Joannem Daza, die 8 Februarii 1628, inter Ursolam Bufarany, et Vincentiam Bufarany, et de Marco.*

...quod ante interdictionem contractus facti et actus gesti a prodigo sint validi ... quod prodigus notorius, ante administrationem interdictam, non possit contrahere quia ei censetur interdicta administratio non est ipso jure....»<sup>122</sup>

Por el contrario, después de la interdicción judicial de sus bienes, al pródi-go se le estaban vedados los siguientes actos o negocios jurídicos:

[1] La venta, la enajenación o la perfección de los contratos, aunque éstos los realizase bajo juramento<sup>123</sup>. Éstos, tanto en el foro externo, como en el interno<sup>124</sup>, eran declarados nulos si le perjudicaba, pero no cuando le beneficiaba, porque la interdicción no impedía al pródi-go que pudiera mejorar su condición económica y jurídica<sup>125</sup>. En este sentido, la doctrina foral reconocía que éste podía solicitar la *restitutio in integrum* de un negocio en el que había sufrido una grave lesión en sus intereses o en su patrimonio<sup>126</sup>.

[2] Al ser equiparado a un menor, se le impedía el acceso judicial sin el concurso de un curador<sup>127</sup>.

---

*fuerit interdicta administratio, poterit legitime ante interdictionem, se obligare, in iudicio intervenire, contractum quemlibet celebrare, testamentum facere, et omnia alia exercere, quae potest quilibet pater familias.*

<sup>122</sup> ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 2.894. Caja 365.

<sup>123</sup> UBALDI, B. DE, In I. II. *Et III Codicis Libros Commentaria*, Rub. *De Sacrosantis Ecclesiis*, Lex 1, num. 30: *quod prodigus per iuramentum administrationem sibi ablatam non possit recuperare. Nam si sufficeret iuramentum, frustra esset interdicum. Item, quia iste prodigus equiparatur pupillo*; MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 36: *cujus interdictionis effectus est, ut non possit testamenta condere ... Nec testis esse in testamento*; num. 38: *Nec contrahere, vel bona sua obligare*; num. 40: *non potest bona sua alibi sita alienare*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 8: *Post interdictam autem a Iudice administrationem, non potest Prodigus quidquam vendere, alienare, pascisci, se obligari, aut alium contractum facere, qui ei possit aliquod damnum afferre. Et procedet doctrina a nobis tradita, etiam si prodigus se obligasset cum juramento, aut contractum juratum fecisset, nam etiam nullus erit, si contractus post interdictionem celebratus fuerit.*

<sup>124</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 9: *Non solum in foro exteriori erunt inutiles contractus prodigi, sed in interiori, cum nec adhuc naturaliter obligetur prodigus post interdictam administrationem. Sed haec non possunt rescipere ad contractus a prodigo factos ante interdictam administrationem, etiam si laesus reperiatur, nam et si.*

<sup>125</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 11: *Prohibitio tamen ista, solum habebit locum, in contractibus, aut actibus prodigo praejudicialibus, nam si illi fuerint utiles, et favorabiles, produlcubio, validitatem habebunt, quia post interdictam administrationem, potest prodigus meliorem suam facere conditionem, potest prodigus meliorem suam facere conditionem, et contractus sibi utiles celebrare.*

<sup>126</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 10: *Voluerint dandam esse prodigo in integrum restitutionem adversus contractus ante interdictam administrationem factos, si ex eis laesus fuerit; certius tamen est, non esse dandam in integrum restitutionem, cum illos tempore fecerit habili.*

<sup>127</sup> BARBOSA, A., *Collectanea*, Lib. 5, Cap. 70, Lex 2, num. 8: *minor et prodigus equiparantur*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 12: *Impermittitur*

[3] Con carácter general, la tradición textual<sup>128</sup> y doctrinal sostuvo que no podía redactar ningún testamento o codicilo<sup>129</sup>. No obstante, la *communis opinio doctorum* se planteó su viabilidad en un testamento *ad pias causas* o *inter liberos*.

Con relación al testamento *ad pias causas*, la cuestión no fue pacífica entre la literatura jurídica, porque si bien autores como Baldo de Ubaldis rechazaron esta posibilidad<sup>130</sup>, tratadistas como Julio Claro lo admitían<sup>131</sup>.

Por lo que respecta al testamento *inter liberos*, la tradición textual era clara al rechazar tal posibilidad<sup>132</sup>, pero en la praxis, en virtud de la aplicación del criterio de equidad, se permitía al pródigo que pudiera testar<sup>133</sup>.

Así, a juicio de Bas y Galcerán, después de decretada la interdicción, este conjunto de actos o negocios jurídicos eran declarados *ipso iure* nulos, aunque, con posterioridad, se pudiera demostrar que, en realidad, el declarado pródigo no lo era<sup>134</sup>; criterio que, no obstante, fue rechazado por tratadistas como Montanus, para quien, se podía revocar esta nulidad acudiendo al recurso de apelación<sup>135</sup>.

---

*prodigo, post interdictionem factam, non solum contractus facere, et celebrare, sed in iudicio absque curatore esse, quia pupillo, et furioso aequiparatur.*

<sup>128</sup> I. 2,12,2: *Item prodigus, cui bonorum suorum administratio, interdicta est, testamentum facere non potest*; C. 6,22,3: *Senium quidem aetatis vel aegritudinem corporis sinceritatem mentis tenentibus testamenti factionem certum est non auferre*; FURS 6,3,4: *Testamenta facere non possunt impuberes nec furiosi nec prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, sed quod fecerit antequam interdictio bonorum ei fiat, ratum est.*

<sup>129</sup> CLARUS, I., *Tractatus, Quaestio* 4, num. 4: *Secundo inferitur, quod neque etiam prodigus, qui pariter de iure communi est inhabilis ad testamentum ... Hanc etiam conclusionem, quod prodigo bonis interdicot, etiam ad pias causas non cencedatur testamenti factio, dicit esse communem opinium*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 36, num. 12: *Et non solum ei impermittuntur ista, sed quod magis est, neque testamentum, aut codicillos potest prodigus facere post interdictionem. Ante interdictam vero administrationem et antea quam fuerit prodigo assignatus curator, recte faciet omnia supradicta, ut diximus numero 7.*

<sup>130</sup> UBALDI, B. DE, *In I. II. et III Codicis Libros Commentaria*, Rub. *De Sacrosantis Ecclesiis*, Lex 1, num. 29: *Prodigus etiam cum authoritae curatoris non potest testari pro anima*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 36, num. 14: *Ad pias causas, juxta juris rigorem, non poterit prodigus testamentum facere, quia si aequiparatur impuberi, et furioso. Sicuti isti, neque quoad pias causas testamentum facere possunt, ita et prodigus.*

<sup>131</sup> CLARUS, I., *Tractatus, Quaestio* 33, num. 1: *Quaero, nunquid prodigus possit testari? Respondo quod ante quam sit illi interdicta per iudicem administratio bonorum, poterit testari, et eius testamentum valebit*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 36, num. 15: *Sed licet haec opinio in puncto juris verissima sit, benignius tenent multi, licere prodigo testamentum ad pias causas facere.*

<sup>132</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 36, num. 16: *Idem de testamento inter liberos dici potest, nam licet, juxta aliquorum sententiam, prodigus neque adhuc inter liberos testamentum facere potest.*

<sup>133</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 36, num. 17: *De aequitate, sustinendum esse testamentum istud.*

<sup>134</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 36, num. 13: *Post interdictionem autem, etiam si rei veritate non fuerit prodigus, dummodo talis declaratus fuerit, et ei fuerit administratio interdicta, neque contrahere, neque testamentum facere poterit.*

<sup>135</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 40: *Et manet ea interdictio, etiamsi revera prodigus non est, donec per appellationem sit revocata: quia sententia pro veritate habetur.*

## 4.2 PROCEDIMIENTO

Al abordar el procedimiento que se seguía para el nombramiento del curador, la doctrina nos informa que éste podía darse en dos momentos: con anterioridad o con posterioridad a la interdicción judicial<sup>136</sup>.

Si se realizaba con posterioridad, su nombramiento podía venir bien de oficio, por parte del juez, o bien a instancia de parte. En este último supuesto, ésta, en su libelo, solicitaba al magistrado la comparecencia de varios parientes o, en su defecto, de dos o tres vecinos del lugar, sin que fuese necesaria la citación previa del pródigo<sup>137</sup>.

Si, por el contrario, al pródigo no se le había realizado la interdicción judicial de sus bienes, quien tenía un interés por el pródigo, en su libelo dirigido al juez, debía solicitar conjuntamente la interdicción y la curatela, probando<sup>138</sup>, a su vez, la necesidad —la justa causa— de la prohibición de la administración de sus bienes, para lo que se necesitaba la concurrencia del *prodigus*<sup>139</sup>. *La prueba consistía en una sumaria información testifical*<sup>140</sup>, en la que los testigos —familiares o vecinos— verificaban la vida licenciosa y poco diligente del pródigo, muy alejada de la de un buen padre de familia<sup>141</sup>.

<sup>136</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 18: *Dupliciter potest dari curator prodigo, aut ante administrationis interdictionem, aut postquam judicis interveniente sententia, et servatis de jure servandis, interdicta fuit ei bonorum administratio, nam potest interdictio fieri absque eo quod praecisise deveniatur ad curatoris dationem.*

<sup>137</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 33: *Quae tamen communis opinio de citatione faciendae locum non habet, quando est notorie prodigus*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 18: *In hoc secundo casu, non erit necesse prodigum citare, ut ei curator detur, nam cum per interdictionem factam, sententia media, remaneat tanquam impubes, aut furiosus ... non est cur citetur prodigus, cum jam legitimam personam non habeat standi in judicio. Imo judico quod et si frequentius cura decernatur in Regno ad alicujus instantiam, poterit Judex ex officio, et nemine petente, curatorem tali prodigo dare. Solum hoc in casu, ut decernatur cura, sufficet ostendere judici interdictionis decretum, vel sententiam.*

<sup>138</sup> La idea de que la prodigalidad no se podía presumir, sino que se debía probar, la hallamos en BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 2: *Et quia non praesumitur in jure, quod prodigi facient illa quae ipsi proficere possunt. Et reipublicae expedit, ne quis rebus suis male utatur.*

<sup>139</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 20: *Si vero prodigo interdicta non fuerit bonorum administratio, tunc debet peti in eodem libello, quod interdicatur administratio prodigo, et detur ei curator. Et poterit petitio interdictionis, et curae decretationis proponi, non solum a consanguineis, et conjunctis prodigi, sed a quolibet extraneo, tanquam uno de pupilo. Sed quia bonorum interdictio, nequit prodigo fieri, absque causae cognitione. Et in illis quae fiunt, et expediuntur cum causae cognitione, debent citari illi, quorum interest.*

<sup>140</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 21: *Debebit hoc in casu prodigalitas probari, et decretatio cure fieri, recipi quae testium informatio, et omne opportunum expediri, cum ipsius prodigi citatione.*

<sup>141</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 53: *Luxuriose vivere dicitur, cum nimis pretiosis vestibus, et aliis rebus utitur, et sic dicitur prodiga*; num. 54: *viro incontinentem et libidinoso curatorem dandum ... Verius tamen et receptius est, viro incontinentem et venereo, nisi prodigus sit curator non dari*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 22: *Prodigalitas probari debet testibus, deponentibus, luxuriose vivere prodigum, ludere, profuse res suas donare, precibus vilibus proicere bona sua, et alienare; haec quidem sunt hominis vitae profligatae, non diligentis, et boni patris familias. Et melius probabitur prodigalitas per depositiones*

Una vez decretada la prodigalidad y su interdicción judicial, se procedía a su pregón público, con la finalidad de que los particulares no realizaran ningún contrato, acto o negocio jurídico directamente con el pródigo. Esta garantía procesal no podía ser obviada, porque en el ámbito judicial se admitía la validez de un contrato realizado por el *prodigus* cuando no se hubiera dado, en proclama pública, la prohibición de administrar sus bienes<sup>142</sup>.

Designado por el juez un curador entre sus parientes o entre sus vecinos, éste se hallaba en la obligación de realizar el inventario y de prestar las garantías exigidas<sup>143</sup>, sin las cuales no podía inmiscuirse en la administración de su patrimonio, así como solicitar aquellas acciones que pudieran beneficiarle<sup>144</sup>.

Finalmente, la doctrina se cuestionó cuándo concluía la curatela del pródigo: cuando cesaba la prodigalidad<sup>145</sup> o cuando el juez así lo decretaba mediante sentencia judicial<sup>146</sup>. A este respecto, la doctrina foral se decantó por esta última opinión: *semper esse necessariam iudicis declarationem*<sup>147</sup>.

## 5. CURA FURIOSI ET MENTECAPTI

### 5.1 CAUSAS, TIPOS Y EDAD

Conjuntamente a los supuestos contemplados, los doctores legum fijaron la necesidad de otorgar la curatela a las personas que padecían graves trastor-

---

*agnatorum, aut vicinorum attestantium de vita prodigali, et quod in eorum existimatione pro prodigo habetur.*

<sup>142</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 23: *Interdictione facta, ut omnibus innotescat, et omnes retrahantur a contrahendo cum prodigo, debet fieri ad consanguineorum instantiam praeconisatio per aedicta in locis publicis affixa. Et est tam essentialis praeconisatio ista, quod etiam si post interdictionem, et ante illius praeconisationem contraheret prodigus, validus erit contractus. Non enim nocet contrahenti ignorata interdicio.*

<sup>143</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 24: *Debet curator prodigi ad regenda bona, inventarium facere, jurare, et idoneam cautionem praestare.*

<sup>144</sup> Entre las que se hallaba la *restitutio in integrum*. Cfr. BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 25: *Poterit talis curator petere in integrum restitutionem.*

<sup>145</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 26: *Sed quando finiatur cura prodigi, non est satis incomperito. Aliqui enim docent, quod eo ipso quod cesset prodigalitas, et a vita prodigali discedat prodigus, finitur cura.*

<sup>146</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 27: *Alii vero tenent, quod sicuti prodigus, et si verus dilapidator sit, non censetur prohibitus contrahere, nisi interdictione a iudice facta cum sua sententia. Et pariter, et si vere recipiscat, et a prodigalitate discedat, ut a cura liberetur, et possit reassumere contrahendi libertatem, necessaria est iudicis sententia.*

<sup>147</sup> IRNERIUS, *Summa Codicis, De heredibus instituendis: et de ideo filius et seruus et furiosus heredes institui possunt, licet testamentum facere non possunt*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 27: *Alii vero tenent, quod sicuti prodigus, et si verus dilapidator sit, non censetur prohibitus contrahere, nisi interdictione a iudice facta cum sua sententia. Et pariter, et si vere recipiscat, et a prodigalitate discedat, ut a cura liberetur, et possit reassumere contrahendi libertatem, necessaria est iudicis sententia.*

nos mentales: los enajenados o dementes, los fatuos, los maniáticos, los mentecatos o supuestos similares, porque entre ellos nulla differentia reperitur<sup>148</sup>:

«FURS De tutela testamentaria  
Furiosis etiam detur curator et prodigis et mente captis, qui curator obliget se curam fideliter administrare, sicut in tutoribus est statum.»<sup>149</sup>

En virtud de esta línea argumental, los tratadistas sostuvieron que la razón para otorgar la curatela se debía a que estas personas no estaban capacitadas por sí mismas para la administración de sus bienes, por lo que se entendía retrotraída al momento de su incapacidad<sup>150</sup>:

«Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 13 Januarii 1632, inter Domnam Potentianam Saydia, et Catharina Ximeno, et de Aznar.

...quibus liquet eandem Poloniam per procuratores Ludovicus Caydia eius filium et Domnam Potentianam neptem et haeredem ab intestato illius interesse dicti debiei ad dictum forum reductum proprietatis tantum dictam quigentorum librarum exegisse et recepisse, cuius totum contrarium D. Potentiana praetendit nempe dictum reductionis instrumentum esse invalidum quia tempore quo dicta Polonia Alamanio mandatum ad illam faciendam dicto Beltran dedit multo ante, et post, illa erat incapax et non sanementis, et hic non potuit dictum procuratorem constituere nec ipse ex defectu mandati dictum interesse reduere, et insaniam causa attenta per justitiam in causis civilibus urbis fuisse assignatum curatorem dicta incapacitati dictum Ludovicum eius filium, ultraquam assignationem ad hanc incapacitatem probandam plures per D. Potentianam testes fuerunt producto tam cum partis in iunctione quam siue ea quam insaniam ex eorum depositionibus non remanere probatam ... Attento deinceps quod meritis processus cedulo animadvertis constat dictam Poloniam Alamanio in anno 1615 quo dictum procurationis instrumentum confecit ante dictum tempus et post et tempore quo illud celebrauit et

<sup>148</sup> LEÓN, J. F., *Decisiones*, Decisio 182, num. 4: *Furiosus enim, et mentecaptus aequiparantur*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 1: *Insani, alii sunt amentes, alii furiosi, alii fatui, alii lunatici, alii maniaci, de quibus latissime agunt. Sed quia, quo ad institutum nostrum, nulla differentia reperitur inter amentes, furiosos, freneticos, et alios insanos, nam in effectu. Omittimus differentias repertas inter hujusmodi insanos explicare, cum licet diversis nominibus appellentur, omnibus ratio, et intellectus deficit, et per se nequeunt alios actus judiciales aut extrajudiciales legitime facere, aut exercere.*

<sup>149</sup> FURS 5,6,38. Cfr. D. 37,10,1pr.; D. 26,5,12,2; C. 5,70,1: *Curatores impleta legitima aetate prodigies vel furiosis solent tribui*; I. 1,23,3-4.

<sup>150</sup> GUTIÉRREZ, J., *Tractatus*, Lib. 1, Cap. 12, num. 5: *Curatores tamen fatuo, dementi, et mente capto, non legitimi, sed dative assignantur*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 2: *Unde cum furiosi, et dementes, et omnes alii quibus ratio, et intellectus deficit, nullum actum, aut contractum facere possint, et hac de causa adjuvari debeant aliorum sane mentium ope, stabilitum est a jure, quod freneticis, furiosis, mentecaptis, et aliis intellectu, et ratione carentibus, detur, et assignetur curator ad regenda, et administranda illorum bona. Et curae decretatio semper retro traicitur ad tempus initii dementiae, adeo quod si demens ante curatoris deputationem, aliquem celebraverit contractum, vel gesserit actum, nullius momenti erit.*

*usque ad eius extremum diem fuisse insanam et dementem sicque iuxta iuris censuras dictum instrumentum mandati fuit invalidum, etiamsi illud confectum fuerit conservationem curatoris dicta incapacitati cum attentata probatione de qua supra et ea concurrente ultra iuris praesumptionem dicendum sit dictam curatoris dationem retrahere ad dictum tempus anni 1615 quo iam insana erat. Attento in super quod ex apocis et instrumentis in causa exhibitis non remanet probata ratificatio.»<sup>151</sup>*

Dada la gravedad que comportaba esta dolencia, la curatela del demente la podía otorgar el padre en su testamento, ya lo instituyera heredero o lo desheredara, lo que eximía al juez de nombrar un curador<sup>152</sup>.

La edad para su nombramiento variaba según los Ordenamientos. Así, mientras en el ámbito de la tradición romanística se exigía que el demente tuviera veinticinco años, en el Reino de Valencia era suficiente con que llegara a la edad de veinte años<sup>153</sup>, por lo que, como afirmaba Baldo de Ubaldis, la curatela no se otorgaba en virtud de la demencia o de la enajenación, sino por la mayoría de edad<sup>154</sup>; criterio que determinaba que, de no llegarse a ésta, al menor se le otorgaba un tutor, quien debía, en este caso, no sólo atender a sus intereses patrimoniales, sino personales y educativos<sup>155</sup>.

<sup>151</sup> A.R.V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 106. Signatura 13.723.

<sup>152</sup> BARBOSA, A., *Collectanea*, Lib. 5, Tit. 70, *Lex* 7, num. 12: *Curator potest dari furioso in patris testamento*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 3: *Non debet iudex curatorem furioso, vel mentecapto dare, quando curator testamentarius reperitur; non est enim dubitandum quod pater potest testamento curatorem dare furioso filio, vel mentecapto aetate majori. Non solum si filium furiosum instituerit haeredem, sed etiam si exhaeredem illum fecerit, dict. l. final et si quidem, ibi: Et si quidem parens curatorem furioso, vel furiosae in ultimo elogio haeredibus instituit, vel exhaereditatis dederit. Et sicuti quamdiu speratur successio testamentaria, non est locus legitimae. Ita non erit locus curae legitimae, aut dative, quando a testatore datus fuit furioso curator testamento, aut sperari ex testamentaria dispositione potest.*

<sup>153</sup> BARBOSA, A., *Collectanea*, Lib. 5, Tit. 70, *Lex* 1, num. 1: *Post viginti quinque annos datur curator furioso, vel prodigo*; MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 5: *Sed et furiosum, majorem etiam 25 anni, curatorem accipere*; GALGANETTUS, L., *Tractatus*, Lib. 1, Cap. 7, num. 54: *Furiosi et prodigi licet maiores 25 annis sint.*

<sup>154</sup> D. 26,1,3; UBALDIS, B. DE, *In IIII et V Codices Librum Commentaria*. Venetiis, 1615. *De curatore furiosi*, *Lex* 1, num. 1: *Terminum curae facit aetas, non furor*; MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 10: *Declaratur tamen supradicta regula, nempe furioso majori 25 annis curatorem dari, non procedere in pupillorum furiosorum persona agnatos curatores non admittimus: idcirco putamus, si minor 25 annis furiosus sit, curatorem ei, non ut furioso, sed ut adolescente dari, quasi aetatis sit impedimentum, et ita definiemus, ei, quem aetate curae vel tutelae subjicit*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 4: *Si furiosus fuerit minor viginti annorum in Regno, et viginti quinque annorum, juxta jus commune, non debet ei dari tutor; aut curator tamquam furioso, sed tanquam minori, nam in hujusmodi aetate, potius debet attendi naturalis causa, quae minor aetas est, quam furoris impedimentum quod accidentaliter causa est ... divedere videatur a doctrina ista, quae semper debet admitti, cum, spectis juris regulis, furioso uti tali, non datur curator, nisi fuerit aetate major.*

<sup>155</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 5: *Sed quia furiosus nullum iudicium, aut voluntatem, vel animum habet. Et absentis, ignorantis, et dormientis loco habetur ... brutisque aequiparatur. Sicuti infantibus, et pupillis, tutor datur, non solum ut ille curet de pupilli bonis, sed ut ejus personam tueatur, et de illius aeduatione sollicitus sit. Ita furiosis, et mentecaptis, curator datur, non solum ut illorum administret bona, sed etiam ut de illorum corpore, et sanitate curet.*

## 5.2 LIMITACIONES

### 5.2.1 *Nequit furiosus possessionem acquirere*

En primer término, tanto la tradición textual del *Corpus Iuris Civilis*<sup>156</sup>, como la doctrinal reconocían que los enajenados, los dementes, al carecer de intelecto, no podían por sí mismos adquirir ninguna posesión, porque les faltaba uno de los elementos esenciales: el animus<sup>157</sup>. En virtud de esta línea argumental, y por la aplicación de la analogía, se sostuvo que el demente no podía verse privado de la posesión: *quia animo caret*<sup>158</sup>.

La mayor dificultad estaba en determinar si el enajenado podía adquirir la posesión a través de su curador. La *communis opinio doctorum*, si bien no fue pacífica en torno a esta cuestión<sup>159</sup>, se decantó por admitir que la ausencia del ánimo del furioso era suplida por la del curador<sup>160</sup>.

### 5.2.2 *Nequit furiosus haereditatem adire*

Asimismo, salvo que el demente fuera heredero necesario de su padre, se le prohibía, a él o a su curador, la aceptación de la herencia<sup>161</sup>. No obstante la

<sup>156</sup> D. 41,2,3,8.

<sup>157</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 21: *Actu furiosos non posse acquirere possessionem*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 6: *Dementes, et furiosi, caeteri quae intellectu carentes, necesse opus habent curatore, cum illi per se multa facere nequeant. Primo enim nequit furiosus possessionem acquirere, nam cum ad illius acquisitionem, animus, et factum desideretur. Et furiosus animus non habeat acquirendi, ut diximus, non poterit possessionem acquirere. Nisi vigore statuti acquireretur possessio, nam quia tunc animus non est necessarius in acquirente, poterit furiosus, vel infans acquirere possessionem continuatam, vel acquisitam vigore statute.*

<sup>158</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 9: *Ex eadem ratione, cum possessio absque animo non amittatur. Non poterit furiosus, dum in furore est, possessionem amittere, quia non potest definire animo amittere.*

<sup>159</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 7: *Et adhuc defendunt multi, furiosum, vel infantem non posse acquirere possessionem cum auctoritate curatoris, nam cum furiosi, vel infantis nullum sit iudicium, nihil est quod curatoris auctoritas suppleat, ut animus acquirendi in illis considerari posit.*

<sup>160</sup> GÓMEZ, A., *Ad Leges Tauri*, Lege 45, num. 112: *quia in quaerenda possessione requiritur animus et voluntas quaerendi ... Sed his non obstantibus, teneo contrarium, imo, quod etiam si successor majoratus sit infans, furiosus, vel mente captus, vel surdus et mutus a natura, transeat in eum illa civilissima possessio, et habitat locum illa lex et ejus dispositio ... quod infans vel furiosus mediante tutore vel curatore potest quaerere possessionem, quia suppletur iudicium infantis vel furiosi per eos*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 8: *Sed curator infantis, vel furiosi, recte poterit capere possessionem, et acquirere illam, quia in illo animi defectus considerari nequit. Veruntamen tali in casu, vera possessio penes curatorem erit.*

<sup>161</sup> D. 39,2,63; C. 5,70,7,3 y 8; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, *Observatio* 41, num. 130: *Furiosus non potest adire haereditatem*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 10: *Secundo nequit furiosus haereditatem adire, neque curatoris auctoritate, neque curator ejus nomine. Bene tamen potest furiosus, suus haeres patri esse, dict. l. 63 quia hoc in casu, ignoranti haereditas acquiritur.*



rigurosidad de esta máxima, la propia doctrina señalaba cómo, en la praxis, al curador se le permitía la *bonorum possessium decretalem*<sup>162</sup>, *vel aedictalem*<sup>163</sup>, lo que le permitía adir la herencia<sup>164</sup>.

### 5.2.3 *Furiosus vel mentecaptus nequeunt testamentum aut codicillos facere*

Siguiendo una amplia tradición textual<sup>165</sup>, se sostuvo la nulidad del testamento, no por un deterioro físico, sino por una notoria disminución en su capacidad de entendimiento: *non tantum corporis valetudo, quantum mentis integritas est*<sup>166</sup>.

Criterio que, como nos dirá Antonio Gómez<sup>167</sup>, fue extendido a todas las personas que tenían el intelecto y la memoria deteriorada, así como a los que se hallaban en una edad decrepita, lo que excluía, nos dirá Bas y Galcerán, a los

<sup>162</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 37, num. 11: Curator tamen furiosi, poterit bonorum possessionem decretalem petere ad hoc ut habeat bona unde se allat furiosus dum in furore sit, et si recipiscerit, adire haereditatem debet, vel bonorum possessionem aedictalem petere, et si in furore decedat, spectat haereditas ad illos quibus debita esset, si furiosus non haberet bona, et illis caveri debet de restituendis bonis.*

<sup>163</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 37, num. 12: Ex nova Imperatoris Justiniani constitutione, potest furiosus non decretalem, sed aedictalem bonorum possessionem petere per procuratorem, cum circumstantiis appositis. Ubi defendit non fuisse hoc indultum ab Imperatore Justiniano, sed jam antea extitisse constitutum.*

<sup>164</sup> UBALDIS, B. DE, *In III et V Codicis Librum Commentaria, Rub. De curator furiosi, Lex 7, Vers. Sin autem ex alia: Haereditas quo casu adiri non posse iure civili, sed est necessaria bonorum possessio; BARBOSA, A., Collectanea, Lib. 5, Tit. 70, Lex 7, num. 20: Haereditas furioso delata potest per eius curatorem adiri; num. 21: Ubi quod curator furiosi vel mente capti adit haereditatem agnoscendo bonorum possessionem, ita ut si furiosus in furor decedat, habeatur pro non agnita...*

<sup>165</sup> I. 2,12,2: *Item prodigus, cui bonorum suorum administratio, interdicta est, testamentum facere non potest; C. 6,22,3: Senium quidem aetatis vel aegritudinem corporis sinceritatem mentis tenentibus testamenti factionem certum est non auferre; FURS 6,3,4: Testamenta facere non possunt impuberes nec furiosi nec prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, sed quod fecerit antequam interdictio bonorum ei fiat, ratum est; partidas 6,1,13: Otrósí, el que fuesse salido de memoria, non puede fazer testamento, mientras que fuere desmemoriado.*

<sup>166</sup> D. 28,1,2: *In eo qui testatur eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est; ESCAÑO, F. DE., Tractatus de perfectione, Cap. 21, num. 69: quae in testamentis admodum necessaria est, cum testamentum testatio mentis sit; ESPINO, S., Speculum, Glossa 10; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, Controversiarum, Tomo 4, Cap. 22, num. 14: Utpote cum codicillus, aut testamentum valere non posse, nisi conditum sit ab eo, qui sanam mente, et iudicium integre retinet; num. 15: sanae autem mentis non praesumitur, sed potius demens testator, qui no habet memoriam ordinatam; GIBERT, V., Theorica artis notariae, Secunda Pars, De ultimis voluntatibus, Cap. 1, De testamentis: Furiosus, et mentecaptus; quia testamentum postulat sanitatem mentis; ideo nequit fieri ab iis, qui mente carent; PEREA ET BLASCO, P. J., Compendium theoricarum, Lib. 3, Cap. 1, Tit. 2, De personis, quae testari non possunt; num. 8: Furiosus quoque testari neque, durante furore; BAS Y GALCERÁN, N., Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 37, num. 13: Tertio, furiosus, vel mentecaptus nequeunt testamentum, aut codicillos facere. Amplia quod neque ad pias causas testari, vel codicillare possunt.*

<sup>167</sup> GÓMEZ, A., *Ad leges Tauri, Lege 3, num. 6 y 7; BAS Y GALCERÁN, N., Theatrum Jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 37, num. 13: Tertio, furiosus, vel mentecaptus nequeunt testamentum, aut codicillos facere CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, Controversiarum, Tomo 4, Cap. 22, num. 14: Utpote cum codicillus, aut testamentum valere non posse, nisi conditum sit ab eo, qui sanam mente, et iudicium integre retinet; LEÓN, F. J., Decisiones, Lib. 3, Decisio 40, num. 128: ut Dementes, Phrenetici, mentecaptis; ebrii, et ii qui decreptiae sunt aetatis cum hi omnes iudicci sint expertes.*

«simples y fatuos», los cuales, al no estar privados totalmente de intelecto, podían hacer testamento: *Simplices tamen, et fatui, et qui habetiori sunt intellectu, dummodo omnino mente privati non sint, recte testamentum possunt facere* <sup>168</sup>.

*No obstante, en virtud del favor testamenti*, se presumía la plena capacidad de todo testador, por lo que, nos dirá Bártolo <sup>169</sup>, si alguien la cuestionaba, sobre él recaía el *onus probandi* <sup>170</sup>.

La dificultad para determinar la capacidad o la idoneidad del disponente llevó a la doctrina –Jasón de Maino <sup>171</sup>– a establecer una serie de actos y de signos <sup>172</sup> aparentes de prodigalidad o demencia <sup>173</sup>, a saber:

- [1] cuando se presumía que hizo testamento en estado de euforia <sup>174</sup>,
- [2] cuando el disponente desconocía su nombre <sup>175</sup>,
- [3] cuando se decretaba su internamiento en un hospital <sup>176</sup>,
- [4] cuando se constataba que su memoria estaba desordenada <sup>177</sup>,
- [5] cuando no contestaba o contestaba lo contrario de lo preguntado <sup>178</sup>,

<sup>168</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 37, num. 13.

<sup>169</sup> SAXOFERRATO, B. DE, *Super Secunda Infor. Vo. 4, De bonorum possessione furioso, insanti, muto, surdo, caeco competenti rubrica, Lege Mutus*, num. 4: *Probando quem fuisse furiosum certo tempore vel mensibus transfertur onus probandi in adversarium*.

<sup>170</sup> C. 6,14,14; VALLE, R. A *Consilia*, Lib. 3, *Consilium 27*, num. 28: *At cum quilibet sanae mentis praesumatur, natura enim sanae mentis homines patit, et est qualitas naturalis, qua omnes nascuntur; GÓMEZ, A., Ad leges Tauri, Lege 3*, num. 112: *Sed salva eorum pace, ego teneo contrariam sententiam, imo, quod in dubio etiam illo tempore praesumatur esse sanae mentis, et habere sensum, et intellectum, ut omnia per eum disposita valeant, et teneant, nisi ex adverso probetur contrarium. Primo, quia quando actus per se valet, et habet sua essentialia formalia, ille qui vult, et praetendit illum annullare aliquo defectu, vel impedimento, debet illud probare. Secundo, quia naturaliter videmus, et experientia docet, quod potest quis esse in extremis, et in articulo mortis, et habere sensum, et intellectum: unde merito debent valere per eum disposita*.

<sup>171</sup> MAINO, J. DE, *Secunda Super Codice, Qui testamenta facere possunt rubrica, Lege Furiosum*, num. 4: *Furor non potest probari nisi per actus et signa*.

<sup>172</sup> SESSÉ, J. DE, *Decisionum*, Lib. 1, *Decisio 54*, num. 20: *Et quando ex dispositione testamenti resultant aliqua signa stultitiae, et furoris, annullant totum testamentum*.

<sup>173</sup> En torno a la diferencia entre el furioso y el demente, MAINO, J. DE, *Secunda Super Codice, Qui testamenta facere possunt rubrica, Lege Furiosum*, num. 2: *Que autem sit differentia inter furiosum et demente, dic quod proprie dicitur furiosus ille qui est cum rabie furoris evidentis: sed mentecaptus dicitur cui mens et concilium deficit*.

<sup>174</sup> ESCAÑO, F. DE, *Tractatus de perfectione*, Cap. 21, num. 76.

<sup>175</sup> C. 6,14,14; MAINO, J. DE, *Secunda Super Codice, Qui testamenta facere possunt rubrica, Lege Furiosum*, num.4.

<sup>176</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 37, num. 27: *Primo enim probatur aliquem esse dementem, et furiosum, si in hospitali ad curando dementes, et furiosos destinatos, fuerit*.

<sup>177</sup> MANTICA, F., *Tractatus de coniecturis*, Lib. 2, Tit. 5, num. 15: *Setimum signum demetiae est non habere memoriam ordinatam... quanquam aliud sit obliuisci, aliud non habere memoriam ordinatam: Verum plane hoc potest esse indicium ingenii obtusi, sed non videtur probabile argumentum stultitiae, ita ut testamentum facere non possit; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Controversiarum*, Tomo 4, Cap. 22, num. 15: *ubi de coniecturis sane, vel insanae mentis, aut demetiae, vel furoris agetur: sanae autem mentis non praesumitur, sed potius demens testator, qui non habet memoriam ordinatam*.*

<sup>178</sup> ESCAÑO, F. DE, *Tractatus de perfectione*, Cap. 21, num. 81: *Et quando ad rem non respondet, ut si de una re interrogatus de altera respondat*.

- [6] cuando era hallado paseando sin ropajes o de forma impúdica<sup>179</sup>,  
 [7] cuando se imaginaba que ya había fallecido<sup>180</sup>,  
 [8] cuando, hallándose enfermo, rechazaba todo tratamiento médico<sup>181</sup>,  
 [9] o, entre otros indicios, por los actos<sup>182</sup> y las declaraciones realizadas<sup>183</sup>.

Signos y actos que debían ser probados plenamente por testigos cualificados, los cuales, por su conocimiento y experiencia, podrían determinar el grado de demencia<sup>184</sup>:

«*Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 6 Octobris 1610, inter Josephum Ferrer Curatorem, et Michaelem Diego, et Rochum Sonsoni.*

...*ad furorem vel dementia probandam debeant testes medici deponere.*»<sup>185</sup>

La gravedad de la nulidad testamentaria llevará a la escuela estatutaria a sostener que no se podía calificar de demente a quien realizaba algunos *actos insanus, et aliquos non*, porque, como reseñaba Bártolo, todas las acciones y las palabras debían ser «insanas y dementes»<sup>186</sup>.

Por el contrario, se entendía que se hallaba con preclara mente cuando se observaba que sus disposiciones eran discretas y prudentes<sup>187</sup>: así, cuando instituía a sus hijos o parientes consanguíneos<sup>188</sup>; por las expresiones y los gestos

<sup>179</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 37, num. 27: Tertio probatur, si nudus quis ambulet per vicos, et plateas, vel si pudenda demonstrat.*

<sup>180</sup> ESCAÑO, F. DE, *Tractatus de perfectione, Cap. 21, num. 82: quando imaginibus fallitur.*

<sup>181</sup> MAINO, J. DE, *Secunda Super Codice, Qui testamenta facere possunt rubrica, Lege Furiosum, num. 4.*

<sup>182</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 37, num. 27: si lapides aliquis proiciat, et multis aliis signis, et praesumptionibus, et conjecturis adductis.*

<sup>183</sup> SAXOFERRATO, B. DE, *Super Secunda Infor. Vo. 4, De legatis, Lege Apud Iulianus, § Constat, num. 1: Testator praesumitur furiosus ex sermonibus appositis in testamento; De bonorum possessione furioso, insanti, muto, surdo, caeco competenti rubrica, Lege Mutus, num. 2: Videre in furioso coligitur ex sermonibus suis an sit furiosus... Idem in prodigo, nam prodigus indicatur ex actibus; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 37, num. 27: Secundo probatur ex locutionis modo non proportionato, et etiam derriendo modo.**

<sup>184</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 37, num. 28: Dementia, aut furor, rectius, et concludentius probabitur per testes medicos, quam per alios, nam cum in probandis dementia, furore, aut insaniam, debeant reddere testes rationem scientiae, et ex peritia, quam solum medici habent, concludens ratio scientiae reddi possit ad probationem insaniam, erunt testes integrae fidei medici, et non facile credendum erit aliis quam medicis, tamquam peritis.*

<sup>185</sup> ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Sig. 3.354. Caja 1.978.

<sup>186</sup> SAXOFERRATO, B. DE, *Super Secunda Infor. Vo. 4, De bonorum possessione furioso, insanti, muto, surdo, caeco competenti rubrica, Lege Mutus, num. 4.*

<sup>187</sup> MAINO, J. DE, *Secunda Super Codice, Qui testamenta facere possunt rubrica, Lege Furiosum, num. 4.*

<sup>188</sup> SESSÉ, J. DE, *Decisionum, Lib. 1, Decisio 54, num. 4: Testator praesumitur sana mentis quando in testamento fratrem haeredem instituit; ESCAÑO, F. DE, *Tractatus, Cap. 21, num. 92; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Controversiarum, Tomo 4, Cap. 22, num. 91: Rursus et tertio pro eadem parte facit, testatorem semper praesumi sanae mentis fuisse, donec contrarium manifestissime probetur, et ei qui sanam mentem negaverit, vel dementia allegaverit, probandi onus incumbere; num. 93: idque maxime quando animae suae, et de se benemeritis testator consuluit, ut in fortioribus terminis, et in testatore respondente ad interrogationem alterius; MANTICA, F., *Tractatus de coniecturis, Lib. 2, Tit. 5, num. 1: Quoniam vero dictus est, mentem testatoris esse primam substan-****

realizados con anterioridad y durante el testamento<sup>189</sup>; cuando recibía voluntariamente el Sagrado Sacramento<sup>190</sup>; o, entre otras, por la confirmación de un notario<sup>191</sup> o de los testigos<sup>192</sup>.

Recuperado el juicio, aunque sólo fuere por un intervalo de tiempo breve, y probado por «una sumaria información de testigos»<sup>193</sup>, se daba validez al testamento –*At si, dubiatur utrum in amente adfuerit usus rationis sufficiens ad testandum, recurrendum est ad testes*–.<sup>194</sup>

#### 5.2.4 *Furiosus, absque curatore, nequit esse iudicio*

La necesidad de que las partes tuvieran pleno conocimiento de lo que se iba a realizar en el juicio fue lo que determinó que al demente se le prohibiese su participación procesal sin la concurrencia o asistencia de su curador<sup>195</sup>.

#### 5.2.5 *Furiosus non potest contractum vel delictum comittere, si animus in eo desideratur*

Con carácter general, la *communis opinio doctorum* sostuvo que el demente no podía ni celebrar contrato<sup>196</sup>, ni contraer matrimonio<sup>197</sup>, ni cometer legal-

---

*tiam testamenti, idcirco probabiliter dubitari potest, an testamentum praesumatur factum ab eo, qui fuerit sana mentis: nam si testator non fuit compos mentis, proculdubio nullum est testamentum.*

<sup>189</sup> MARTA, G. A., *Summa*, 4 Pars, *quaestio* 1, art. 2, num. 19: *praesumptio sanae mentis ex gestis, et dictis ante testamentum, et tempore conditi testamentis... Sic cordatus, et sanus mente praesumitur, qui prudenter loquitur tanquam homo iudicii, et rectae capacitatis.*

<sup>190</sup> SESSÉ, J. DE, *Decisionum*, Lib. 1, *Decisio* 54, num. 24: *Sana mens probatur etiam ex receptione Sacramentum.*

<sup>191</sup> SESSÉ, J. DE, *Decisionum*, Lib. 1, *Decisio* 54, nums. 23-24; MARTA, G. A., *Summa*, 4 Part, *Quaestio* 1, art. 2, num. 21.

<sup>192</sup> CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Controversiarum*, Lib 4, Cap. 28, num. 41: *Quod Notario non creditur asserenti, aliquem esse sanae mentis... quod Notario asserens tam in testamento, quam in examine de sana mente, praebet conjecturam veritatis; num. 24: Et magis creditur testibus deponentibus, quem esse sanas, quam insanae mentis, et sic de sana mente, quam de furore... quoniam testes deponentes de sana mente, deponunt de qualitate, quae naturaliter cuicumque inest; idcirco praeseruntur caeteris de furore deponentibus; num. 25: quod magis creditur duobus testibus de sana mente deponentibus, quam mille de furore, aut dementia attestantibus.*

<sup>193</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 36.

<sup>194</sup> D. 28,1,17; TRULLENCH, J. G., *Opus*, Cap. 18, Tit. 5, num. 1: *Testari non potest primo ille, qui usu rationis caret, quod est evidens. Unde testari non potest, nec ad pias causas amens, qui non habet lucida interualla. At si, dubiatur utrum in amente adfuerit usus rationis sufficiens ad testandum, recurrendum est ad testes, ut fit in nostro Regno; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 19: *Furiosus autem, et quilibet alius insanus, intervalla dilucida habens, cum intervalli tempore sanam mentem, et optimum iudicium habeat, potuerunt, intervalli tempore, quamlibet celebrare contractum, in iudicio intervenire, testamentum, et codicillos facere, caeteraque omnia alia adimplere quae sanae mentis homines.**

<sup>195</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 14: *Quarto furiosus nequit, esse in iudicio absque curatore.*

<sup>196</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 15: *Quinto non potest aliquem contractum furiosus celebrare.*

<sup>197</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 16: *Sexto nequit furiosus uxorem ducere.*

mente un delito –*de poena illius disimulandum est*<sup>198</sup>–, *ni tomar los hábitos sin la oportuna dispensa Apostólica*<sup>199</sup>, *ni, finalmente, realizar todos aquellos actos en los que se necesitaba del animus*<sup>200</sup>.

Admitida la nulidad de los negocios y de los actos jurídicos realizados por quien carecía permanentemente de juicio<sup>201</sup>, para la doctrina, la mayor dificultad estaba en determinar si eran válidos éstos cuando se hallaba en un intervalo de lucidez, sin que de su estudio podamos hallar un criterio común.

Así, para un sector de la literatura jurídica se debía afirmar su validez tomando como testimonio el texto recogido en el Codex 5,22,9, en el que se afirma la validez del testamento hecho por un furioso en un intervalo de lucidez<sup>202</sup>. Criterio que fue admitido por parte de la jurisprudencia de la Real Audiencia de Valencia:

«*Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 5 Septembris 1617, inter Balthasarem Ripoll, et Celidonium Arbicio.*

...*Et attento quod depositionibus plurium testium per illum productorum fuit plene probatum Monica Ripoll a qua ut dicitur habuit causam et cessionem dictus doctor Albricio in dicta quantitate tempore dicta cessionem non fuisse sanae mentis atque ita non potuisse transferre ius aliquod in praefatum Albricio. Attento ulterius quod etsi dictus Balthazar Ripoll cum actu comparendo facta die 26 septembris anni proximi lapsi exhibuerit quandam renuntiationem factam post dictam cessionem per dictam Monicam in favorem illius non tamen ex eo videtur fateri dictam Monicam fuisse sanae mentis cum expresse contrarium proteretur et possit uti diversis exceptionibus cum sit reus ut testes iuris certi eo explorati. Idcirco el aliis deliberationem et conclusionem in Regio Consilio factam insequendo pronuntiamus sententiamus et declaramus instantiam*

<sup>198</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 19: *Unde non male a juris nostri actoribus dictum fuit, cum mentis compotes non sint, nihil velle, vel scire intelligere, ideoque absentibus et ignorantibus comparari. Quaere si furore percitus crimen committat, de poena illius disimulandum; satis enim suo furore punitur, et illum sati infoelicitas excusat*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 16: *Septimo nequit delictum comittere furiosus.*

<sup>199</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 16: *Octavo, nequit furiosus, etiam si respiscerit, ad Sacros ordines promoveri sine Apostolica dispensatione.*

<sup>200</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 17: *Ultimo, et generaliter, nullum actum gerere furiosus potest, si animus in eo desideratur.*

<sup>201</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 18: *Magnum tamen discrimen considerare debemus inter dementem, et furiosum. Dementes enim aut amantes, quia perpetuo mente carent, et iudicii omnino sunt expertes ... omni in tempore prohibentur quemlibet actum ex supradictis gerere, et illorum curator perpetuam habet bonorum administrationem.*

<sup>202</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 24: *Verum excipiuntur a praecedenti doctrina statu furiosi, qui habent dilucida intervalla: insanunt aliquando, et cessat in eis furor multo tempore, qui in dilucidis intervallis condere testamenta, et possessionem apprehendere possunt*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 19: *Furiosus autem, et quilibet alius insanus, intervalla dilucida habens, cum intervalli tempore sanam mentem, et optimum iudicium habeat ... poterunt, intervalli tempore, quemlibet celebrare contractum, in iudicio intervenire, testamentum, et codicillos facere, caeteraque omnia alia adimplere quae sanae mentis homine possunt*; num. 20: *Neque per supervenientem furorem, contractus, testamentum, aut actus in dilucido intervallo, et sana mente factus, irritabitur, quia non dirimit superveniens furor contractum, testamentum, vel actum sana mente facta. Ad actus nullitatem necessarium est, quod furor interveniat tempore actus, aut contractus.*

*per saepe dictum doctorem Albricio factam et per illius haeredes prosequitam non procedure neque de iure locum habere contra dictum Balthazarem Ripoll et sic ipsum fore ad solvendum prout cum praesenti absolvimus ab impetitis et consequenter declaramus bene fuisse per eum supplicatum a dicta sententia et minus bene cum ea iudicatum atque ita illam revocandam fore prout revocamus non obstantibus quibuscumque in contrarium praetensis deductis et allegatis et neutram partium in expensis condemnamus.»<sup>203</sup>*

Sin embargo, dentro de la propia literatura jurídica hallamos juristas que vienen a sostener que quien no se hallaba enajenado o perturbado mentalmente de forma momentánea<sup>204</sup>, lo estaba de por vida –semper intelligitur, et praesumitur in furore persistere<sup>205</sup>–. No en vano hallamos sentencias en las que se reconocía la dificultad de erradicar la locura:

*«Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 6 Octobris 1609, inter Josephum Ferrer, curatorem, et Michaelem Joannem Diego. ...quam Michael Joannes Diego nott. in hac causa quae in hac Regia Audientia inter illum et Rochum Sonsonio ex una et Josephum Ferrer bibliopolam civitatem decretatum amen [...] Anthonii Lario ex altera ducitur ac tractatur non nullos testes produxerit quorum depositionibus prenominationis consonius existimat probatum fuisse tempore quo recepit ac subsignavit instium venditionis domus cuiusdem Lario superque litigatur illum sane mentis extitisse ita dere et licet id ipsum comprobari asserat cum decretum iudicem ordinarium in causis civilibus urbis prout eadem die qua fuit facta dicta venditio ceterum optime perpensis ac diligenter inspectio depositionibus testium quo per eundem curatorem producti fuere et aliis procesus meritis aperte doceatur melius et eum ampliari numeris testium illum dementia stulti atque infamiam prenominationis Lario probasse... cum furor semel radicans, difficiliter tollatur... Idcirco et aliis conclusionem et deliberationem in Regio Concilio factam insequendo pronuntiamus sententiam et declaramus praedicta domus venditionem esse nullam et vitio nullitatis affectam ut pote factam ab homine stulto et mentecapto cui prohibitum est quouismodo contrahe-re quam cancellari mandamus tam in nota quam in prothocollo nott. Illius receptoris et pariter condemnamus praelibatum Josephum Ferrer praeuio curatorio nomine ad solvendum et restituendum saepe nominato Rocho Sonsonio omnes quantitates quas ex legitime debitis per eundem Lario...»<sup>206</sup>*

<sup>203</sup> A.R.V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 80. Signatura 9.229.

<sup>204</sup> BARBOSA, A., *Collectanea*, Lib. 5, Tit. 70, Lex 6, num. 5: *intelligit quando furor non fuit momentaneus, et brevi tempore*.

<sup>205</sup> BARBOSA, A., *Collectanea*, Lib. 5, Tit. 70, Lex 6, num. 4: *Notatur ad hoc, quod furor simul ac quemniam inuasit, continuari praesumitur, licet quis habeat dilucida intervalla, quia furiosus, seu demens qui semel fuit, Semper et in futurum furiosus, et demens praesumitur*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 21: *Sed quia semel furiosus, etiam si dilucida habeat intervalla, semper intelligitur, et praesumitur in furore persistere. Cum furor semel radicans, difficiliter tollatur, ut decisum extitit, sententia per Alreus die 6 Octobris 1609 inter Josephum Ferrer, curatorem, et Michaelem Joannem Diego. Et semel probatus furor, praesumitur per omne tempus furentis vitae durare*.

<sup>206</sup> A.R.V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 64. Signatura 6.449.

Criterio que se limitaba cuando el contrato o el testamento se había realizado cumplimentando todos sus requisitos y solemnidades, lo que evidenciaba la rectitud de su juicio; presunción que no se daba cuando éstos eran imperfectos y perjudiciales para sus intereses<sup>207</sup>.

### 5.3 PRUEBA DE LA DEMENCIA

Al margen de la prueba específica para la confección del testamento –analizada en páginas anteriores–, la doctrina contempló la necesidad de establecer criterios para determinar cuándo un negocio o un acto jurídico se podía declarar nulo, porque quien lo realizaba había perdido el juicio<sup>208</sup>.

Las reglas esgrimidas por los juristas valencianos pueden resumirse en las siguientes:

[1] Con carácter general, se presumía que toda persona se hallaba sin ninguna alteración mental que le impidiera la realización de un negocio jurídico; por lo que, quien lo negaba, le incumbía el *onus probandi*<sup>209</sup>.

[2] *La prueba se realizaba mediante una simple y sumaria información testifical, en la que no era necesaria la citación de las partes interesadas*<sup>210</sup>, salvo que pudiera alegar un perjuicio notorio<sup>211</sup>.

<sup>207</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 22: *Ego tenendum judico, quod ab effectu ipsius contractus, testamenti, aut actus a furioso gesti, judicare debet an furoris tempore, vel intervalli, fuerit factus, nam si testamentum, aut contractus, legitime inveniatur celebratus, et eo modo conceptus, quo disponere homines sanæ mentis solent, debet intelligi factus intervalli, et sanæ mentis tempore; si autem testamentum appareat imperfectum, et perperam factum, aut contractus appareat imperfectum, et perperam factum, aut contractus appareat non recte celebratus, et in furiosi damnum, praesumptio erit quod tempore furoris facta fuerint. Et quod furor, aut dementia cognoscatur, et deprehendatur ab effectu dispositionis factae, aut actus gesti, declaravit Senatus in dicta sententia per Alreus diei 3 Julii 1614 inter Monasterium Divi Dominici, et curatorem haeredum Vicentii Pauli Pellizer.*

<sup>208</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 9: *Non tamen datur Curator furioso sine inquisitione et plenissima cognitione, cum plerique furorem singunt, ut onera civilia detrectent.*

<sup>209</sup> LEÓN, F. J., *Decisiones*, Decisio 184, num. 2; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 23: *Ut furioso, mentecapto, vel alteri insano, a iudice curator detur, debet ante omnia verificari furor, dementia, vel insaniam, nam cum juris praesumptione quilibet sanæ mentis praesumatur, ex eo quod natura, homines sanæ mentis procreat. Ad evanescentiam hujusmodi praesumptionem, incumbit alleganti dementia, vel furorem, onus probandi illum. Sed quoad institutum nostrum curatorem dandi, sufficet verificare dementia, aut furorem, summaria testium informatione, cum sufficiat quod summarie, et extrajudicialiter, de furore, aut dementia appareat.*

<sup>210</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 23: *Sed quoad institutum nostrum curatorem dandi, sufficet verificare dementia, aut furorem, summaria testium informatione, cum sufficiat quod summarie, et extrajudicialiter, de furore, aut dementia appareat.*

<sup>211</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 24: *Quando curae decretatio furioso facienda, principaliter redundare debet in alicujus personae detrimentum, debet persona illa citari, et cum illius citatione fieri, tam dementiae, et furoris probatio, quam curae decretatio.*

[3] *Por el contrario, al demente se le excluía de toda posible citación*<sup>212</sup>.

[4] Los indicios de demencia podían ser:

4.1 Hallarse internado en un hospital destinado a dementes.

4.2 Locución impropia de su persona, y de incongruente contenido.

4.3 Caminar sin ropaje o vestimenta.

4.4 Arrojar piedras u otros objetos a los viandantes.

4.5 Así como otros signos o comportamientos que pudieran demostrar su perturbación mental<sup>213</sup>.

[5] Los testigos debían ser cualificados. Así, en el Reino de Valencia se exigía que, en la medida de lo posible, éstos fueran médicos, o personas que por su ciencia y pericia pudieran manifestar un juicio científico sobre el estado mental del enjuiciado<sup>214</sup>. Únicamente se admitían testigos no cualificados cuando se carecía de los primeros<sup>215</sup>.

*«Senatus sententia publicata per Frasciscum Paulum Alreus, die 6 Octobris 1609, inter Josephum Ferrer curatorem, et Michaelem Joannem Diego, et Rochum Sonsoni.*

*...ad furorem vel dementia probandam debent testes medici deponere ...»*<sup>216</sup>

Si de las pruebas realizadas se comprobaba la inexistencia de la demencia, el curador decaía en su cargo<sup>217</sup>.

<sup>212</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 12: *In cujus datione citationem non require, tradidit Decius, ubi dicit eam esse commune opinionem*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 25: *Secus erit si non principaliter lederetur talis persona, sed inconsequentiam, nam tunc non erit necessaria illius citatio. Ipse tamen furiosus, aut mentecap-tus, cui curator datur, non debet citari, neque ad dementia probandam, neque ad curae decretationem faciendam.*

<sup>213</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 27: *Furor, vel dementia diversis probatur modis. Primo enim probatur aliquem esse dementem, et furiosum, si inhospitali ad curandos dementes, et furiosos destinatos fuerit. Secundo probatur ex locutionis modo non proportionato, et etiam ex derridendi modo. Tertio probatur, si nudus quis ambulet per vicos, et plateas, vel si pudenda demonstret. Ultimo probatur, si lapides aliquis proiciat, et multis aliis signis, praesumptionibus, et conjecturis adductis a Mascardo. Sed non ex eo quod aliquis sit simplicis ingenii, et grossi intellectus, aut quod se abstinerit, a bonorum suorum administratione, probabitur demens, aut furiosus. Et quando furor, et ex quibus conjecturis, dicitur probatus.*

<sup>214</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 28: *Dementia, aut furor, rectius, et concludentius probabitur per testes medicos, quam per alios, nam cum in probandis dementia, furore, aut insanía, debeant reddere testes rationem scientiae, et ex peritia, quam solum medici habent, concludens ratio scientiae reddi possit ad probationem insanía, erunt testes integrae fidei medici, et non facile credendum erit aliis quam medicis, tamquam peritis.*

<sup>215</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 29: *Solum libet advertere, quod ad probandum furorem vel dementia in genere, sufficientes testes singulares de diversis actibus deponents.*

<sup>216</sup> A.R.V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 64. Signatura 6.448.

<sup>217</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 30: *Ex curatoris decretatione facta alicui tamquam furioso, aut dementi, non satis incomperito est inter Doctores, an dementia, vel furor probetur, si desideras resolutionem. Si eveniret, quod tamquam dementi, vel furioso, alicui fuerit datus curator, et non fuerit demens, vel furiosus, abrogari debet curae decretatio, et curatori juberi quod non se intromittat in administrationem bonorum.*



## 5.4 NOMBRAMIENTO DEL CURADOR

En el ámbito de la tradición romanística –*De iure*– quien solicitaba al juez el nombramiento de un curador para el demente era la familia más próxima o sus acreedores; criterio que no se aplicó en el antiguo Reino de Valencia –*De foro*–, al permitirse su solicitud a cualquier ciudadano, e incluso al propio *judex ex officio suo, et nemine petente*<sup>218</sup>.

*Esta misma dicotomía se daba con relación a quién debía ser nombrado curador. Dentro del ámbito del ius commune*<sup>219</sup>, como destaca Montanus, el curador era designado entre los agnados más próximos<sup>220</sup>. Únicamente si éstos eran legalmente inhábiles, se procedía a la designación de un tercero<sup>221</sup>. Por el contrario, in nostro Regno, el juez se regía por el criterio de idoneidad, pudiendo elegir tanto a un pariente próximo como a un vecino de la localidad<sup>222</sup>.

Una vez nombrado, el curador debía prestar las oportunas garantías, así como comprometerse a la realización del inventario de los bienes del furioso<sup>223</sup>.

## 5.5 SUPUESTOS ANÁLOGOS

Finalmente, la literatura jurídica tardo-medieval vino a equiparar una serie de supuestos a la figura del pródigo, a los que se les debía nombrar un curador

<sup>218</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 37, num. 26: *Et quamvis de jure, solum posset curator furioso dari ad instantiam consanguineorum, aut creditorum, citatis, et convocatis consanguineis. In nostra praxi, non solum instantibus consanguineis, et creditoribus furiosi, deputatur ei curator, sed quolibet de populo instantes, quod non est extra rationem naturalem, cum possit judex, ex officio suo, et nemine petente, curatorem dare, aut deputare, furioso, aut mentecapto.*

<sup>219</sup> D. 27,10,4; C. 5,70,3 y 5.

<sup>220</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 12: *Curator a iudice non datur, nisi deficientibus agnatis*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 37, num. 31: *Cura furiosi debetur de jure proximioribus agnatis.*

<sup>221</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 37, num. 32: *Et adhuc casu in quo proximior agnatus cui furiosi cura debetur ex lege, inhabilis fuerit ad illam regendam, non obstante impedimento, legitimus remanebat curator, et solum committebatur administratio alteri, sed non cura.*

<sup>222</sup> LEÓN, F. J., *Decisiones, Decisio 57*, num. 3: *Curator, vel tutor, iuxta forum datur magis idoneus, non habita ratione proximitatis gradus*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 37, num. 33: *In nostro Regno, licet ad decretationem curae debeant convocari tres consanguinei paterni, et in subsidium, tres consanguinei paterni, et in subsidium, tres materni, et iis deficientibus, tres vicini Civitatis, aut loci ubi decretatio curae sit ... non spectat cura ad proximiorum agnatum, sed judex poterit illam dare proximiori agnato, si fuerit habilis, et idoneus, sic minus, remotiori, et sic de cognatis, nam non debet inspici gradus consanguinitatis propinquitatis, sed idoneitas.* En análogo sentido, PIAGGUS, A., *Tractatus, Quaestio 5*, num. 5: *ut faciat citari consanguineos, et amicos minoris a quibus se informet de idoneitate, ut ibi per eum: et si plures concurrant magis idoneum eligat.*

<sup>223</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 37, num. 34: *Et quamvis curator a parente testamento furioso datus, non teneatur satisdare. Tamen curator a iudice furioso datus, aut mentecapto jurare tenetur, inventarium omnium bonorum facere, et idoneis fidejussoribus satisdare.*

cuando cumplían la edad de veinticinco años<sup>224</sup>. Así, a los lunáticos<sup>225</sup>, a los necios<sup>226</sup>, a los fatuos<sup>227</sup>, a los ancianos decrepitos<sup>228</sup>, a los mudos y a los sordos<sup>229</sup>, a los enfermos<sup>230</sup>, y a las mujeres, si bien, con relación a éstas, aun reconociendo su carácter débil y lisonjero<sup>231</sup>, se restringía el tiempo de la curatela<sup>232</sup>, salvo que, de su proceder lujurioso, se demostrara la necesidad de una curatela indefinida<sup>233</sup>.

<sup>224</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 35: *Aliis multis personis, aetate viginti annorum majoribus, poterit in Regno dari curator; prout illis de jure potest dari, completis viginti quinque annis.*

<sup>225</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 35: *Primo enim potest curator dari lunaticis, nam cum furiosis aequiparentur, et de illis judicetur sicuti de furiosis ... sicuti furiosis datur curator, ita etiam debebit dari lunaticis. Dicuntur lunatici illi quorum mens, propter lunam, suum non facit officium.*

<sup>226</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 36: *Secundo potest curator dari stultis, nam cum viciatam habeant animae rationalis partem ... et quandam habeant furoris, nam etsi non ostendant furorem extra, ineptam habent mentem, ac furiosi.*

<sup>227</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 37: *Et per consequens, sicuti furiosis curator datur, ita debet stultis dari. Tertio curator fatuis dari debet. Fatuus enim amentis, et insano, et minori quatuordecim annorum, et furioso aequiparatur; num. 38: Et probabitur fatuitas ex inordinata locutione, veluti, si interrogatus de una re, de alia respondeat.*

<sup>228</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 39: *Quarto senibus decrepitis debet curator dari, nam et si senes cujuscumque aetatis, si mentem integram habent, non debeant esse sub cura, quia et testamentum, et quemlibet alium actum facere possunt. Tamen, si decrepiti fuerint, quia sanam mentem non habent, et infantibus aequiparantur. Et adhuc fatuis, et furiosis comparentur. Debet senibus decrepitis curator dari sinuti infantibus, furiosis, et mentecaptis datur.*

<sup>229</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 40: *Quinto debet etiam curator dari mutis, et surdis a natura literas ignorantibus, et nihil intelligentibus, nam cum etiam aequiparentur mentecaptis. Quod intelligendum credo procedere posse solum casu in quo mutus, et surdus a natura, vel ex accidenti, non intelligat quid agant, nam si intelligerent quid agerent, non indigent curatoris auxilio, cum omnia per se gerere possint.*

<sup>230</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 41: *Sexto omnibus illis perpetuo morbo laborantibus, et integrum iudicium non habentibus, potest curator dari.*

<sup>231</sup> LEÓN, F. J., *Decisiones*, Decisio 40, nums. 19-22 y 37: *Testes debent masculi, cum alias foemina non dicatur testis idoneus ... quia mulier est fragilis et corruptibilis ... et quotidie docet experientia ... solent committi falsitates et fraudes et de eius integritate non confidit ... nam varium et mutabile testimonium semper foemina producit; nums. 141-142 y 173: tres testes alumnae, dictae Domnae Iolantis: tum quia foeminae: tum quia famulae haereditariae, et quia alios patiuntur defectus, singularitatis, et contradictionum, his omnibus simul iunctis, omnino sunt inhabiles: testis enim, qui plures patitur defectus non admittitur, nec admisus probat, etiam in casu, quo veritas aliter haberi non potest ... Et semper habui pro indubitato dictum testamentum nullum esse. Et ita iudicasse si ad sententiam causa pervenissetur;* BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum*, I, Cap. 5, num. 14; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Observatio 52, nums. 6 y 41: *testes adhibiti debeant esse omni exceptione majores, et foeminae omnino inhabiles sunt.*

<sup>232</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 42: *Ultimo foeminae, quarum consilium debile, et infirmum est, et adversus propria comoda laborare solent. Antiquitus sub perpetua tutela, et cura erant. Et adhuc, jure Saxonico, foeminae exiectae per matrimonium a potestate patria, incidunt in maritorum tutelam, et perpetuo in ea durant.*

<sup>233</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 43: *Sed jam hodie, de jure, foeminae non debent esse, neque sunt sub perpetua tutela. Solum si luxuriose vivunt, potest eis, tamquam prodigis, bonorum administratio inter dici, et curator eis dari, etiam si fuerint aetate majores.*

## 6. CURA AD LITES

En el ámbito del *ius commune* se mantuvo que los menores, los enloquecidos, los ausentes, los pródigos, los mentecatos u otros que pudieran parecer trastornos análogos, no estaban legitimados para actuar personalmente en un juicio<sup>234</sup>, lo que obligaba a que fueran amparados por un curador<sup>235</sup>; criterio que se extendió a la administración de sus bienes para los impúberes que se resistían al *curator ad lites*<sup>236</sup>.

*En torno a esta figura, y dada su importancia en la praxis jurídica, son numerosas las cuestiones que vemos recogidas por la doctrina del mos italicus tardío, a saber: edad, sujetos pasivos, juez competente, la figura del curador: nombramiento, derechos y obligaciones, así como su posible ampliación.*

### 6.1 EDAD

En el Reino de Valencia se podía otorgar un *curator ad lites* a un menor de siete años, lo que contradecía el criterio expuesto en buena parte de los ordenamientos del *ius commune*, donde se entendía que éste no tenía capacidad ni para postular, ni para estar presente en un proceso, lo que determinaba que se le asignara un tutor<sup>237</sup>.

<sup>234</sup> C. 3,6,2-3; D. 42,1,54; TANCREDDUS, *Ordo iudiciarius*. En *Libri de iudiciorum ordine*. Ed. Bergmann, Ch. Verlag Aalen. 1965. Pars 1, Tit. 5: *Quis potest postulare? Respondeo, quilibet, qui non prohibetur. Prohibentur hi, scilicet surdus, omnino mutus, et perpetuo furiosus, minor septemdecim annis, foeminae, servus, caecus, et infames cuiuslibet genere turpitudinis*; Pars 3, Tit. 6: *Prohibetur etiam minor quatuordecim annis in omni causa generaliter; ítem minor viginti annis in causa criminali ... Prohibetur ferre testimonium indiscretus sive mente captus, sicut repellitur ab officio iudicandi seu postulandi*.

<sup>235</sup> BARBOSA, A., *Collectanae*, Lib. 3, Tit. 5, Lex 1: *Non valet iudicium eo litigante, qui legitimam personam standi in iudicio non habet, ut pupillo sine tutore, adolescente sine curatore*; CÁNCER, J., *Variarum*, Pars 2, Cap. 1, num. 227: *Minor licet litiget cum auctoritate tutoris vel curatoris*; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tit. 1, num. 312; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 1: *Minores, furiosi, absentes, prodigi, et multi alii, non habent legitimam personam standi in iudicio. Merito, ut contra illos legitime, et absque nullitate suscipiatur iudicium, vel ut illi recte suscipiant illud, debent habere curatorem in litem, furiosum, prodigum, aut aliter legitime impeditum, defendat in illa lite, et ejus nomine iudicium suscipiat*.

<sup>236</sup> PIAGGIUS, A., *Tractatus, Quaestio 2*, num. 61: *Nomen vero necessariorum potius quam voluntariorum merentur cum dentur etiam invitis*; RIPOLL, A., *Praxis civilis Nobilis Don Ludovico de Peguera ... Additionata iuribus decisionibusque diversorum Senatuum per Nobilem Don Accacium de Ripoll ...*. Barcinonae, 1674, Rub. 2, num. 38; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 2: *Impuberi invito, et reluctanti, tutor datur non solum in litem, sed ad illius tuendam personam, et administranda bona*.

<sup>237</sup> PIAGGIUS, A., *Tractatus, Quaestio 2*, num. 61: *nec dantur his qui habent tutores*; GUTIÉRREZ, J., *Tractatus*, Lib. 1, Cap. 19, num. 24: *Quae autem dicta sunt de Curatore dando impuberi ad litem, procedunt, si maior sit septennio. Nam si esset infans, omnino dandus est tutor, non vero curator. Non enim, nisi praesenti et petenti datur, et infans fari, id est, ordinate loqui non potest, quia non intelligit*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 3: *Poterit in Regno curator minori cujuscumque aetatis dari, etiam si minor septennio fuerit, nam etsi, de jure, minoribus septennio infantibus, non posset a iudice dari curator, ea ratione quia postulare illum non poterant, et praesentialiter petere, sed solum illis tutor debebat dari*.

Las razones esgrimidas por los juristas valencianos fueron de distinta naturaleza: de prelación de fuentes y de orden jurisdiccional.

*Primo*. Porque esta prohibición, que era propia del ámbito civil –*Corpus Iuris*<sup>238</sup>–, fue revocada por el Derecho canónico, el cual, siguiendo el criterio de Baldo<sup>239</sup>, tuvo en el *ius proprium* de la Corona de Aragón<sup>240</sup> una preeminencia sobre el Derecho romano<sup>241</sup>, y no porque se le concediera una mayor credibilidad jurídica, sino porque estaba cimentado sobre la Ley Divina: sobre la equidad y la justicia<sup>242</sup>.

<sup>238</sup> D. 26,7,24; D. 26,1,2; I. 1,23,6.

<sup>239</sup> UBALDIS, B. DE, *Commentaria*. Ad C. 6, 32,2: *Et quia potius debemus servare ius canonicum quae civile, quia ius canonicum inhaeret iuri divino, et sub lege divina sunt omnes populi et nationes, sed ius Imperatoris non viget ubique locorum.*

<sup>240</sup> PORTOLÉS, J., *Scholia*, voz *Forus*, num. 1-2, fo. 732: *Sed hic quaesitum vidi, num in hoc Regno deficiente foro, potius ad ius canonicum, qua si magis aequum, an vero ad ius civile Romanorum recurrendum sit. In qua re receptius est, imprimis ad ius canonicum recurrendum esse, ex quo illud magis iuri divino, et propterea primo loco illud sequendum est, et eo deficiente ad ius civile recurri poterit;* SESSÉ, J. D., *Decisionum*, *Decisio* 93, num. 3; RAMÍREZ, C. P., *Analyticus*, *Decisio* 21, num. 30; LISSA, G., *Tyrocinium iurisprudentiae forensis, seu animadversiones theorico practicae iuxta Foros Aragonum*, ... Caesaraugustae, 1703. Lib. III, Tit. 2, versículo Ad. *Sed ius quidem Civile: Nostrum ius significamus: Hoc velut ius commune apud totam fere Europam observatur, dum propriae Leges, et Consuetudines deficiunt, ..., sed in Aragonia ius Romanorum sequimur, non velut legem ab habente potestatem conditam, nisi quatenus aequitatem naturalem scriptam continet, ..., ad illam enim Foris deficientibus recurrendum esse constat ex Proemio Fororum, ... refert se audivisse ab eius discipulis Aragonensibus in hoc Regno iudicari secundum ius commune, verum concurre Ius Canonici, et Civilis constitutione, potius ad aequitatem Canonicam recurri debet.* MIERES, T., *Apparatus*, App. II, Coll. 10, Cap. 19, 50: *recurrimus promiscue ad iura Romana et canonica, prout melius erunt iusta et aequa, ita tamen ut in his quae tangere videantur peccatum vel spiritualia, aut fidem Catholicam, semper recurramus ad canone, quius in istis spiritualibus, et quae tangunt periculum animae, statum, quia leges non designatur sacros canones imitari.*

<sup>241</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 38, num. 4: *Tamen apud nos, etiam infantibus septennio minoribus, in litem curator datur, duplici ex causa. Primo quia haec juris civilis dispositio, revocata per jus canonicum reperitur, nam canonico jure, etiam infantibus, et minoribus septennio, potest a iudice dari curator;* num. 5: *Et in Regno, deficiente foro, prius standum est juris canonici dispositionibus, quam juris civilis.*

<sup>242</sup> BELLUGA, P., *Speculum*; rub. 11, vers. *hiis igitur*, num. 4-5: *Sed pone quod suit diversitas, ius canonicum et civile, quod ius sequerentur iudices, canonum vel civile, dicas quod ius canonicum, quia maiore utitur aequitate ... Et quia canones semper recte iudicant ... Et deo dicit dominus Ioannes de Imola ... quod etiam in ambiguis iure civili quaestionibus eligenda est opinio, per ius canonicum approbata ... Si autem essemus in terris Imperii, et esset diversitas inter legem canonicam, et civilem, quaelibet in suo foro allegaretur, et servaretur, ... quod ius canonicum habetur pro iure divino et naturali;* MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus*, Cap. 1, rub. 2, num. 12: *Sed dubitari potest, an jus Canonicum, vel ad Civile prius recurrendum sit? Et ad Canonicum cum Belluga, Portoles ... eo quod magis iuri divino inhaeret, et deficiente canone, sive Jure canonico, ad Civile;* LEÓN, F. J., *Decisiones*, I, *decisio* 4, num. 2: *... quia ius Canonicum inhaeret iuri divino: sed sub lege divina sunt omnes populi, ac nationes, at ius Imperatoris non viget ubique locorum, maxime in hoc Regno, ubi ius civile non allegatur pro auctoritae, sed solum pro ratione; con carácter general,* *Decisio* 85, num. 18: *Ius Canonicum potius servandum est, quam ius Caesareum, deficiente iure Regni;* BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum, Praeludium*, num. 150: *Et concurre iuris Canonici, et Civilis constitutione, prius ad equitatem canonicam recurrendum est, quam ad jus Civile, et si Canonica constitutio non reperiatur, tunc ad jus Civile recurri debet;* CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Observatio* 9, num. 19: *Et apud nos certius est cum deficiente jure patrio, ad Jus Canonicum potius quam ad civile recurremus.*

*Secundo.* Porque en la praxis jurídica del Reino de Valencia no era necesario que el menor estuviera presente, ni que lo solicitara personalmente, por lo que cesaba la razón legal del Derecho romano: *quia petere illum non poterant, propter locutionis defectum*<sup>243</sup>.

*Tertio.* Finalmente, la doctrina nos informa cómo en las causas matrimoniales o espirituales en que estaban inmersos los menores comprendidos entre los catorce y los veinte años no se les nombraba curador, al entenderse que estaban facultados para actuar por sí mismos o mediante un procurador<sup>244</sup>. Si el menor sólo tenía catorce años, ya fuese eclesiástico, ya laico, el juez eclesiástico debía asignarle un curador *ad lites*<sup>245</sup>.

## 6.2 SUJETOS PASIVOS

La doctrina tardo-medieval configuró un catálogo claro y preciso de quiénes estaban sujetos a la curatela ad lites. Así:

- [1] el mentecato, el furioso, el frenético, el perturbado mental, el prodigo<sup>246</sup>;
- [2] la herencia yacente, por entenderse que era una persona capaz de intervenir en juicio<sup>247</sup>. Con relación a ésta, la doctrina señaló que teniendo el difunto

<sup>243</sup> MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tit. 1, num. 80: *In Regno Valentiae prorsus incognita est nominationem curatoris fienda, vel facta per puberem: nam ei pater dare potest in testamento curatorem, et si non dederit, iudex tenetur dare*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 6: *Secundo, quia in Regno, non petunt curatorem ipsi minores, neque illis praesentibus, et petentibus curator datur, prout de jure dabatur, sed illis absentibus, et non interessentibus, curator datur. Et cum de jure, non potest infantibus curator dari, quia petere illum non poterant, propter locutionis defectum, et pariter ad interveniendum ad illum petendum, non erant habiles. In Regno, ubi non petuntur curatores a minoribus, neque illi intersunt, cessat prohibitionis legalis ratio, et per consequens, debet cessare ipsa legalis dispositio.*

<sup>244</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 18: *Solum libet advertere, quod minores viginti quinque annorum, de jure, vel in Regno, minores viginti annorum, et majores quatuordecim annorum, non indigent curatore ad interveniendum in causis beneficiorum, matrimonialibus, et spiritualibus, quia ipsi per se possunt in iudicio intervenire, et procuratorem ad has constituere lites.*

<sup>245</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 19: *Si vero minores fuerint quatuordecim annorum, non possunt adhuc intervenire in his causis spiritualibus, et beneficiorum, sed debet eis dari curator in litem. Et ad causas istas beneficiorum, et spirituales, debet dari curator a iudice Ecclesiastico ordinario, vel delegato, cujus jurisdictionis sunt, nunc fuerit minor Ecclesiasticus, nunc laicus.*

<sup>246</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 26: *Curator etiam prodigo datur non petenti, quia furioso aequiparatur*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 7: *Solet etiam curator in litem dari, mentecaptis, furiosis, freneticis, et aliis sanam non habentibus mentem, nam cum isti non habeant legitimam personam standi in iudicio. Ea ratione, quia prodigi, post interdictionem, non habent legitimam personam standi in iudicio.*

<sup>247</sup> *Practica Causarum Civilium. Capite De les discusions dels bens del eixecatut; Lo mateix succeheix quant lo deutor principal es mort y no te hereu, perque entonces es decreta curador a la heretat jacent del dit deutor, y es fa eixecucio contra el dit curador, y despues de feta la Cort en blanch es fa la discucio del mateix modo que en los cassos antecedents.* Véase lo dispuesto en FURS 7,10,5: *Per lo qual és dada forma a la dació del curador de les persones e béns de l'absent. Provehim e ordenam que aquella matexa forma sie sevada en la dació del curador del mort o dels béns e heretat jaçent de aquell.*

herederos consanguíneos, no se le podía conceder la curatela a un tercero, sino a éstos; porque, si de hecho se le otorgaba, todos sus actos eran nulos<sup>248</sup>,

- [3] el ausente, el vagabundo, y todos aquellos cuyo paradero se ignoraba<sup>249</sup>,
- [4] a quien se hallaba en quiebra o en situación económica precaria<sup>250</sup>,
- [5] los mudos y los sordos, ya lo fueran de nacimiento o por accidente<sup>251</sup>;
- [6] pero no así con los que se hallaban ausentes a las horas acostumbradas o en los lugares previstos<sup>252</sup>.

### 6.3 EL JUEZ COMPETENTE

Con relación al juez que debía nombrar al curador, la literatura jurídica desarrolló una procelosa casuística muy propia del ámbito procedimental. Veamos las líneas argumentales esgrimidas:

[1] En el ámbito del *ius commune*<sup>253</sup> se afirmaba que el juez competente para designar curador era el que dirimía el litigio<sup>254</sup>, esto es, el juez ordinario,

<sup>248</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 56: *dari curatorem haereditati jacenti, dum haeredes deliberant, cum alias contra haereditatem jacentem processus sit nullus ... quod contra haereditatem jacentem non potest procedi ad diffinitivam sententiam, vel ad id quod habeat vim diffinitivae, nisi dato curator haereditati jacenti*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 8: *Debet etiam dari curator in litem, haereditati jacenti, quia non est persona capax interveniendi in iudicio. Sed si consanguineus defuncti existat, non debet dari curator extraneus, haereditati jacenti, et si de facto detur, omnia cum tali curatore gesta, nullius momenti erunt...*

<sup>249</sup> FURS 7,10,4. MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 18, num. 72: *curator dari debeat bonis absentis, vel vagabundi, de cujus morte ignoratur*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 9: *Datur eodem modo curator in litem absentis. Qualis requiratur absentia, ad curatorem in litem absentis dandum, tradidi cap. 33 numero 14, Vagabundis, et quibus, ubi sint ignoratur, potest dari curator ad litem, etiam si in Regno fuerint.*

<sup>250</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 10: *Idem practicum habemus in Regno in fallitis, et decoctis, nam quia ubi sunt solet ignorari, etiam si absconditi fuerint in Regno, datur eis curator in litem post decoctionem, ex regula illa, quod de jure fallitis debet curator dari. Non tamen cura falliti in litem data, extendi debet, neque adhuc ampliari, ad administrandum, nisi persona cui fuerit data, habilis, et idonea fuerit.*

<sup>251</sup> I. 1,23,4; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 11: *Demum curator debet in litem dari mutis, et surdis a natura, vel ex accidenti, si literas ignorent.*

<sup>252</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 12: *Latitantibus autem, qui non absunt a Regno, sed in illo sunt, et solum abscondunt faciem, et horis commodis domi non reperiuntur, aut in locis civitatis solitis, non est curator dandus in litem. Sed procedi contra illos debet per citationem ad domum, scedula ibi relicta.*

<sup>253</sup> PIAGGUS, A., *Tractatus, Quaestio 2*, num. 66: *quidem curatorem ad lites dabit iudex, qui liti praeerit*; GUTIÉRREZ, J., *Tractatus*, Lib. 1, Cap. 19, num. 22: *quod illum curatorem ad lites debate iudex, qui liti praeerit*; BARBOSA, A., *Collectanea*, Lib. 5, Tit. 37, *Lex 27*, num. 3: *Sive lite contestata, sive ante conventus factus sit demens, vel furiosus, ita quod indigent curator, debet ei curator ad litem dari per iudicem coram quo lis vertitur*; num. 4: *Notatur ad hoc, quod si minor petit curatorem specialiter ad certam litem, vel causam jam motam, debet dari a iudice, coram quo vertitur illa lis.*

<sup>254</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 13: *Curator ad litem, aut petitur ad prosequendam litem ceptam, aut ad litem nondum motam. Si ad litem ceptam prosequendam petitur curator, peti debet coram illo iudice litis, et ab illo debet dari, et non ab alio.*

porque podía actuar en todo proceso, y en cualquier tribunal de la ciudad y del Reino<sup>255</sup>.

[2] Si el litigio aún no se había iniciado, el juez sería aquél al que se pensaba dirigir la demanda judicial<sup>256</sup>.

[3] Si la demanda se interponía ante el juez delegado, éste era quien nombraba al *curator ad lites*<sup>257</sup>.

[4] Para evitar todo conflicto de jurisdicciones se estableció la siguiente regla: si un eclesiástico litiga en un tribunal civil, y un laico en un tribunal eclesiástico, éstos serían los encargados legales de nombrar curador<sup>258</sup>. La razón era evidente: *quia cognitio causarum spiritualium, vel beneficialium, ad iudicem Ecclesiasticum spectat, et laycus iudex incapax est ad cognoscendum de illis*<sup>259</sup>. A *sensu contrario*: los jueces eclesiásticos carecían de jurisdicción para

<sup>255</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 17: *Unde, licet in praxi nostra, soleant semper curatores in litem assignari a iudice ordinario, non est dubitandum quod a iudice illo coram quo lis pendet, aut suscitari debet, poterit ad illam litem tantum dari legitime curator; a iudice autem ordinario debebit curator deputari, si ad omnes lites minoris, haereditatis jacentis, aut absentis, petatur, quia ad ordinarium originis, seu domicilii minoris, spectat ei curatorem dare ad omnes lites. Et cum a iudice ordinario recte detur curator minori ad omnes lites, ut diximus, poterit proculdubio curator iste pro minore intervenire in qualibet lite, etiam cepta in quolibet tribunali Civitatis, aut Regni.*

<sup>256</sup> MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 18, num. 72; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 14: *Si vero ad litem nondum motam petatur curator, poterit ad illam litem peti, et dari ab illo iudice coram quo lis suscipi debet, et subjiicitur reus litis illius occasione, quamvis alias, neque ratione domicilii, rei sitae, aut contractus, subjectus fuerit.*

<sup>257</sup> GALGANETUS, L., *Tractatus*, Lib. 1, Tit. 6, num. 4: *Si pupillus sit clericus, est petitione tutoris facienda coram iudice ecclesiastico*; BARBOSA, A., *Collectanea*, Lib. 5, Tit. 37, *Lex* 27, num. 3: *ubi extendit ad quemcunque iudicem, sive delegatum, sive ordinarium*; RIPOLL, A., *Praxis*, Rub. 2, num. 17: *etiam si iudex non sit ordinarius ipsius minoris conventi, sed delegates, poterit enim iudex delegantes ad illam causam curatorem nominare*; GUTIÉRREZ, J., *Tractatus*, Lib. 1, Cap. 19, num. 23: *Curatorem ad lites dabit iudex, qui litis praest, etiamsi sit delegatus*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 15: *Ex distinctione ista infero, quod si lis pendeat coram delegato iudice, poterit in litem illam curator dari ab ipso iudice delegato.*

<sup>258</sup> RIPOLL, A., *Praxis*, Rub. 2, num. 5: *Praeterea curator ad litem dandus est per iudicem secularem tam laico, quam etiam clerigo minori litigant coram se. Similiter dandus est curator ad litem per iudicem ecclesiasticum, ne dum clerigo, sed etiam laico minori litigant coram se: quia semper datur curator per illum iudicem coram quo lis vertitur, aut verti, aut agi oportet*; GUTIÉRREZ, J., *Tractatus*, Lib. 1, Cap. 1, num. 34: *si minor clericus litiget coram iudice laico seu seculari: tunc enim iudex secularis illi curatorem dare poterit*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 16: *Et si Ecclesiasticus litiget coram iudice layco, aut laycus coram iudice Ecclesiastico, poterit ad illam litem dari curator layco, a iudice Ecclesiastico, et e converso Ecclesiastico, a iudice layco, poterit dari curator ad litem coram ipso iudice layco pendente, et adversus laycum legitime suscitata.*

<sup>259</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 20: *Et licet minori laico, a iudice ordinario layco datus fuerit curator ad omnes lites, et talis curator, legitima sit persona ad interveniendum pro minore in qualibet lite mota ad instantiam illius personae, ad cujus instantiam curator fuit datus, cum ut jam diximus, ad iudicem pupilli ordinarium spectet curatorem ad omnes lites dare. Tamen curator iste, non poterit pro causa spirituali, vel beneficiali pupilli, in iudicio intervenire coram Ecclesiastico. Ratio est, quia cognitio causarum spiritualium, vel beneficialium, ad iudicem Ecclesiasticum spectat, et laycus iudex incapax est ad cognoscendum de illis. Igitur curator a iudice layco ad omnes lites deputatus, non poterit intervenire pro pupillo in causa spirituali, sed a iudice Ecclesiastico deputandus erit curator ad illam litem,*

dirimir los pleitos sobre venta de inmuebles o de frutos<sup>260</sup>; no así para las acciones personales<sup>261</sup>.

[5] Finalmente, si se hubiera solicitado para un clérigo menor de edad el nombramiento de un curador para todo proceso, o para que interpusiese cualquiera acción, su nombramiento correspondía no sólo al juez eclesiástico, sino también al civil<sup>262</sup>. Por el contrario, si fuera para un laico menor de edad, aunque fuese por idéntico motivo, únicamente correspondía su designación al *iudex civil*<sup>263</sup>.

## 6.4 EL CURADOR

### 6.4.1 Nombramiento

Con relación a su nombramiento, si bien en el ámbito del Derecho común la petición para su elección venía del propio menor<sup>264</sup>, *in nostra praxi*, ésta la

---

*nam cum laycus iudex careat potestate jurisdictionali in causis istis, nunquam cura ab illo data, poterit esse sufficiens, ut curator legitimet personam suam in spiritali iudicio; num. 22: Debebit curator ad illam litem clerico dari a iudice layco.*

<sup>260</sup> MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, Tit. 1, num. 22: *Atque adeo cum oppida Ecclesiasticorum sint bona de realengo, potuit Rex optimo jure concedere jus pas-cendi in terminis ipsorum, quod ut dicant onus reale est, et etiamsi action personalis de bonis istis proponatur, pertinent ad cognitionem Regis; LEÓN, F. J., Decisiones, Decisio 148, num. 6: Clerici tenentur subire iudicium coram officialibus Regiis, tam in action Reali, quam personali iuxta leges, sive foros Regni Valentiae; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Observatio 36*, num. 6: *Respectu vero Ecclesiasticorum illud tantum constitutum est, ut possint clerici saeculares bona immobilia acquirere durante vita, dumtaxat ad usus proprios, dummodo ratione eorum teneantur coram iudicibus saecularibus iudicium subire; BAS Y GALCERÁN, N., Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 38, num. 21: Ex eadem ratione, si Clericus minor aetate, conveniendus fuerit pro rebus immobilibus, vel illorum fructibus, erit deputandus in illam litem ei curator in Regno, a iudice layco, et non erit legitima persona curator a iudice Ecclesiastico minori datus ad omnes lites, ad interveniendum in supradicta lite, nam cum Ecclesiastici iudices in Regno jurisdictione careant ad cognoscendum de causis motis contra Ecclesiasticos super bonis immobilibus, vel eorum fructibus, quia tota iurisdictio penes laycos iudices est.**

<sup>261</sup> PIAGGUS, A., *Tractatus, Quaestio 5*, num. 6: *secus si clerico, tunc enim daretur a iudice ordinario ecclesiastico; BAS Y GALCERÁN, N., Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 38, num. 23: Aliter erit si clericus conveniendus fuerit actione personali, et lis suscitanda non fuerit super immobilibus bonis, nam cum de illa lite cognoscere debeat ordinarius Ecclesiasticus minoris; num. 24: Si ad illam litem petatur curator, debet a iudice Ecclesiastico dari, cum illius jurisdictioni subdatur minor Ecclesiasticus.*

<sup>262</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 38, num. 25: Unde si specialiter ad litem movendam curator non petatur minori Ecclesiastico, sed ad omnes lites, ut in quacunque actione talis curator conveniri possit, debebit dari, et nominari curator, non solum a iudice ordinario layco, sed etiam a iudice Ecclesiastico, cum pupillus clericus subdatur jurisdictioni iudicis Ecclesiastici in multis, et iudicis layci jurisdictioni in nonnullis, et curator semper a iudice illo debet dari, sub cujus jurisdictione negotium reperitur.*

<sup>263</sup> RIPOLL, A., *Praxis, Rub. 2, num. 14; BAS Y GALCERÁN, N., Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 38, num. 26: Si vero petatur curator minori layco, sive ad unam litem petatur, sive ad omnes lites, peti, et dari debet a iudice illo ordinariam in minorem jurisdictionem exercente, coram quo debet in prima instantia conveniri.*

<sup>264</sup> C. 5,31,1; RIPOLL, A., *Praxis, Rub. 2, num. 3: Scias igitur, quod nisi ipsemet pupillus petat curatorem sibi assignari inutiliter illi daretur: quia curator ad litem non datur nisi*



podía solicitar cualquier acreedor, sin que fuera necesaria la previa citación del menor<sup>265</sup>. El juez debía convocar<sup>266</sup>, con carácter previo, a tres familiares consanguíneos por parte del padre o, en su defecto, de la madre, y, con carácter subsidiario, a tres vecinos, de entre los cuales elegía al que consideraba más idóneo para el cargo<sup>267</sup>.

«*Senatus sententia publicata per Damianum Berbegal, die 14 Martii 1609, inter Domnam Franciscam Figuerola, et Domnam Dorotheam Crespi. ...sed quod illis remaneant integra pariter et illesa et non aliter nec aliis, et pari modo possit dictus curator servata fori forma prossequi actiones quas pretendit habere contra dictas minores ratione quorundam jocalium et bonorum mobiliium quae in hereditate communis parentis recadere praetendit esseque penes dictas minores quae cum parui momento sint attendenda personarum qualitate et quantitate haereditatis non sunt impedimento ad dictam curam decretionem aut alteris curatoris ad tuendum dictas minores in dicta instantia quam frater intentat restituimus iustitiae urbis quam non in consanguineis communibus dictorum Francisci et minorum faciat sed in consanguineis dictarum Lucianae et Aureliae tantum quos verisimile est melius defensas dictas minores contra fratrem quam consanguineos comunes fratris et sororum.*»<sup>268</sup>

En su elección se debía de tener en cuenta todas aquellas personas que por ley les estaba vedado su acceso al cargo, a saber: a los notarios, a los procura-

---

*petenti*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 28: *De jure communi, non aliter datur curator in litem minori, nisi illum petierit minor, et ipse illum nominabat, et ad id compellebatur. Nolente vero minore ante judicem comparere ad nominandum curatorem in litem, poterat in illius contumaciam, nominare iudex curatorem in litem.*

<sup>265</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 28: *In nostra praxi, ista non observantur, quia ut minori, furioso, absenti, aut haereditati jacenti, curator in litem detur, creditores, aut agere volentes, petunt curatorem dari; et absque minoris citatione, aut requisitione ad hoc ut nominet curatorem, assignat iudex curatorem in litem.*

<sup>266</sup> Praxis que se diferenciaba de la del *ius commune*. Cfr. PIAGGUS, A., *Tractatus, Quaestio* 5, num. 5: *ut faciat citari consanguineos, et amicos minoris a quibus se informet de idoneitate, ut ibi per eum: et si plures concurrant magis idoneum eligat*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 29: *Non ergo extra rationem naturalem est, convocare consanguineos absentis, vel pupilli ad curatorem in litem dandum, quia de jure, non poterat deveniri ad curatorem dandum nisi citatis prius, et convocatis consanguineis, et amicis pupilli, vel absentis, qui in suscipiendo tutelae munere, praelationem habebant, et solum illis nolentibus, providebatur de curatore ad lites. Necessse de jure erat, quod minoris consanguinei, tempore tutelam dandi, praesentes reperirentur: qua de causa, convocari debent, ut reperiantur praesentes, si velint.*

<sup>267</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 28: *Solum convocantur tres minoris consanguinei ex parte patris, et his deficientibus, ex parte matris, et in subsidium tres vicini illius loci ubi curator datur, quorum uni datur cura in litem, attendenda magis idoneitate, quam gradus propinquitate. Defendat, non esse necessarium quod sit de proximioribus pupilli curator in litem, sed posse curam dari cuilibet de populo, apud nos, propter forales dispositiones, semper curator in litem debet dari et nominari, unus ex pupilli proximioribus, si extet, ...*

<sup>268</sup> A.RV. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 177. Signatura 39.

dores y a los abogados «de seca»<sup>269</sup>, así como al marido, salvo para los litigios de menor cuantía o de escaso perjuicio<sup>270</sup>.

Finalmente, su nombramiento no podía realizarse en día festivo, como proponía la escuela estatutaria<sup>271</sup>, sino en día judicial, dado que el juez debía proceder por *inquisitio* al conocimiento de la causa, y a plasmar su designación por decreto judicial<sup>272</sup>, salvo que se demandara una previa habilitación<sup>273</sup>.

#### 6.4.2 Derechos y obligaciones

Sus facultades eran muy parecidas a las que tenían los procuradores en los litigios, a quienes se les equiparaba en la praxis jurídica<sup>274</sup>.

Entre sus derechos y obligaciones cabe destacar los siguientes:

[1] Podían revocar su mandato *ante litis contestationem*, lo que lo diferenciaba del curador nombrado para la administración de los bienes e intereses, quien únicamente podía ser removido por conducta sospechosa<sup>275</sup>.

<sup>269</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 30: *Solum observari debet, non esse dandum curatorem in litem in Regno, Notarium, Procuratorem litium, et Doctorellum, vulgo Advocat de Seca, nisi fuerint consanguinei minoris, absentis, aut defuncti, cujus haereditati curator datur.*

<sup>270</sup> GUTIÉRREZ, J., *Tractatus*, Lib. 1, Cap. 20, num. 32: *Maritus non prohibetur dari curator ad litem uxori suae, nisi lis esset magni praeiudicii*; RIPOLL, A., *Praxis*, Rub. 2, num. 21: *Maritus quoque dari potest curator uxori, si ipsa minor sit*; MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 35, num. 39: *non procedi in marito tutore vel curator uxori dato, qui excusare se poteri*; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, Tit. 1, num. 323: *Maritus non potest esse curator bonorum uxoris, sed ad litem dari potest, nisi lis esset magni momenti*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 31: *Maritus nequit esse uxoris curator ad regenda, et administranda bona. Prout nec adhuc uxoris mentecaptae, potest maritus curam habere. Sed ad uxoris lites proculdubio poterit maritus esse curator. Nisi iis fuerit magni momenti, nam tunc ad illam litem, non poterit esse curator uxoris suae maritus.*

<sup>271</sup> UBALDIS, B. DE, *In I et II Infortiam partem Commentaria*. Venetiis, 1615. *De tutoribus et curatoribus datis ab his Rubrica. Lex 7, Nec mandante, Vers. Si praetor: omni die etiam die dominico.*

<sup>272</sup> SIMONCELLUS, O., *Tractatus de decretis*, Tit. 1, Secc 3, num. 84: *Num die feriato positi a Iudice decretum interponi, qua in re duas principales reperii opiniones, quarum prima est affirmative ... contraria tamen superiori opinio communis est, et verior*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 54: *Demum advertere oportet, quod, et side jure, posset dari curator in litem, adhuc die Dominica. In Regno, ubi omnes tutores, et curatores per modum inquisitionis dantur. Et ut ex inquisitione dentur, necessaria sunt causae cognitio, et decretum. Non poterit decerni cura in litem die feriato, sed necessarius erit dies juridicus. Non enim possunt expediri illa, quae causae cognitionem desiderant, nisi die juridico.*

<sup>273</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, num. 44: *tutella decretationes... non expediuntur diebus feriatis, nisi habilitatione praecedente.*

<sup>274</sup> GUTIÉRREZ, J., *Tractatus*, Lib. 3, Cap. 18, num. 3: *et curator ad litem solum laboret in iudicio tanquam procurator in lite vel litibus ad quas datus est*; RIPOLL, A., *Praxis*, Rub. 2, num. 36: *Curatores in litem dari vice procuratorum sunt*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 32: *Hujusmodi curatores in litem, aequiparantur de jure procuratoribus in litem, et parum, aut nihil ab illis distant, neque majorem, aut excellentiorem habent potestatem, quam procuratores. Et quamvis curator ad regenda, et administranda bona, revocari non possit contrario decreto, nisi ex suspitionis causa.*

<sup>275</sup> RIPOLL, A., *Praxis*, Rub. 2, num. 22: *Curator ad litem invitus non est dandus, potest enim se excusare*; GUTIÉRREZ, J., *Tractatus*, Lib. 1, Cap. 19, num. 26: *Curator ad litem, quando-*

[2] Desde el punto de vista legal, el *curator ad lites*, al igual que el procurador<sup>276</sup>, no estaba obligado a aceptar contra su voluntad una curatela procesal<sup>277</sup>; pero, en la praxis, si no podía alegar una eximente legal, se veía compelido a aceptarla<sup>278</sup>, porque, al igual que ocurría con los notarios y los procuradores, era una autoridad pública<sup>279</sup>.

[3] Le correspondía percibir un salario justo y equitativo –*non vero decimam fructum*<sup>280</sup>–, que podía venir impuesto por el juez o, en su defecto, por el propio curador<sup>281</sup>. En este sentido, la doctrina, al reconocer que el oficio de curador no tenía que ser gravoso<sup>282</sup>, no sólo mantuvo que no debía soportar los gastos que la curatela generaba<sup>283</sup> –sobre los que tenía prela-

---

*cunque revocavit potest*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 33: *Et quamvis curator ad regenda, et administranda bona, revocari non possit contrario decreto, nisi ex suspitionis causa. Curatores in litem, cum quasi procuratores sint, sicuti isti ante litis contestationem, et re integra, revocantur, poterunt etiam re integra, et ante litis contestationem, curatores in litem revocari.*

<sup>276</sup> C. 2,13,17. BARBOSA, A., *Collectanea*, Lib. 2, Tit. 17, Lex 1, num. 1: *Invitus quis regulariter officium procuratoris in se non recipit. Item procurator defensiones absentis invitus non suscipit*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 34: *Ex eadem ratione, cum suscipere mandatum ad lites, voluntarium sit in procuratore, qui non cogitur suscipere illud, neque aliqua excusatione indiget.*

<sup>277</sup> MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, Tit. 1, num. 55: *procurator privates, qui gratis exercet mandatum, potest ejus usum recusare*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 35: *Ita curatores in litem aequiparati procuratoribus praedictis, inviti non suscipiunt curam, neque excusatione aliqua opus habent, ut non compellantur suscipere illam.*

<sup>278</sup> RIPOLL, A., *Praxis*, Rub. 2, num. 24: *Quod dictum est non posse quem cogi accipere curatorem in litem intelligendum est quando iustam causam habet se excusandi, si vero iustam causam non habeat, tunc cogi poterit*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 36: *In praxi nostra, coguntur curatores isti suscipere curam ad lites, nisi legitimam habeant excusationem, quae quidem praxis, non solum nostri Regni est, sed totius Hispaniae*; num. 38: *Potest compelli mandatum suscipere, et litem defendere. Ergo eadem de causa compellendi sunt curatores in litem, cum ad instarem procuratorum sint.*

<sup>279</sup> MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, Tit. 1, num. 58: *Procuratores publica auctoritatis destinati, compellendi sunt acceptare mandata, nisi justam causam recusandi ostenderit*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 37: *Et non parum pro confirmatione praxis nostrae facit, quod procurator, qui sit ex Collegio Notariorum nostrae urbis, officium procuratorum exercentium (nam etsi collegium procuratorum non habemus erectum in nostra civitate, prout in multis reperitur, ubi designatae sunt certae personae ad munus procuratorum gerendum. Habemus tamen collegium Notariorum, quibus comissum extat exercere procuratorum officium per nostros foros.*

<sup>280</sup> GUTIÉRREZ, J., *Tractatus*, Lib. 3, Cap. 18, num. 3: *labor namque hic iudicialis tantum est ad litem, pro quo salarium alias praestari, iustum et aequum est, non vero decimam fructum*; RIPOLL, A., *Praxis*, Rub. 2, num. 36: *asserens quod tali curatori salarium erit solvendum, sicuti si esset procurator*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 39: *Similiter, cum procuratori solito exercere procuratoris officium, salarium justum debeatur, etiam si a principio conventum non fuerit.*

<sup>281</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 40: *Ita curatori ad lites, competens debet assignari salarium.*

<sup>282</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 42: *Non enim tenentur curatores de propriis defendere litem, ne officium eis sit damnosum.*

<sup>283</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 43: *Expensae tamen factae in expeditionem decretationis curae, non debent solvi ex bonis minoris, vel absentis,*

ción sobre cualquier acreedor<sup>284</sup>—, sino que éstos incumbían a la parte contraria<sup>285</sup>.

[4] Entre sus facultades estaba la de exigir la restitutio in integrum cuando consideraba que con la nulidad del negocio jurídico se beneficiaba al menor<sup>286</sup>.

[5] Asimismo, estaba facultado para nombrar procurador en todo momento: antes o después de la contestación a la demanda<sup>287</sup>.

[6] Entre sus obligaciones estaba la prohibición para pactar o para realizar actos que no tuvieran plena cabida en el proceso<sup>288</sup>, porque podía dar lugar a un perjuicio para el menor, no sólo por acción, sino por omisión<sup>289</sup>, lo que podría determinar su remoción<sup>290</sup>.

---

*sed creditor ille, vel persona ad cuius instantiam curator datus fuit, tenetur illas de propriis solvere. Ea ratione, quia regulariter actus, semper fieri debet expensis petentis. Unde si decretum dationis tutelae, vel curae impugnetur, et a curatore in defensionem decretationis factae defendendo litem, expendantur aliquae quantitates, tenetur illas de propriis solvere, absque eo quod in ratione tutelae, vel curae possint poni, onerando minorem de illis.*

<sup>284</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 38, num. 44: ... illud autem quod expensum a tutore fuerit in litem defensionem, aut alia justa de causa, debet repeti, et deduci ex bonis illius cui fuit assignatus curator, si habuerit bona unde posset repeti. Et pro expensis habebit curator praelationem omnibus creditoribus.*

<sup>285</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 38, num. 41: Et quia non esset rationi consonum, quod curator de propriis defenderet litem; si minor; haereditas jacens, absens, vel furiosus, non habuerint bona ad litem defendendam, debet adversarius litigans compelli ad subministrandam curatori provisionem ad sumptus litem. Et haec habemus satis practicata, compellendo quotidie litigantes ad subministrandam curatori in litem provisionem ad sumptus litem.*

<sup>286</sup> RIPOLL, A., *Praxis, Rub. 2, num. 39: si aliquas diligentias facere omiserit procurator iuratus, habeat restitutionem ad integrum; CÁNCER, J., Variarum, Pars 2, Cap. 1, num. 227: Minor licet litiget cum auctoritate tutoris vel curatoris, si in causa laedatur habet beneficium restitutionis in integrum; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 38, num. 45: Potestas curatoris in litem dati, circumscribitur ad solos litem terminos, nam cum ad validitatem iudicii tantum curator detur. Potest in lite ad quam deputatus est curator, idem quod tutor in illa lite potest. Et sicuti iudicium cum tutore suscitatum, et prosecutum validum est, ita cum curatore in litem. Pariter, eodem modo quo minor litigans per tutorem in integrum restituitur, poterit curator in litem restitui.**

<sup>287</sup> FURS 2,8,13; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine, Lib. 1, Cap. 1, Tit. 1, num. 317: Sed de Jure Valentiae specialiter statutum quod tutor, vel curator procuratorem constituere possit; CRESPI DE VALDAURA, *Observationes, Observatio 108, num. 13: Procuratorem constituere potest quilibet, qui sit major in rerum suarum administratione, ad lites praesentes, et futuras; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 38, num. 48: Potest in Regno curator in litem facere, et constituere procuratorem ad illam litem, non solum post litem contestationem, sed etiam ante litem motam, prout in praxi satis notum habemus, nam etsi de jure, curatores non possent ante litem contestationem procuratores constituere, sed solum actorem. In Regno specialiter constitutum habemus, posse curatores, non solum post litem contestationem, sed ante litem motam, procuratorem constituere.***

<sup>288</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 38, num. 46: Unde si curator in litem vellet facere alia, quae ex lite non sunt ut obligare minorem, transigere super lite, aut similia facere, inutilia erunt, etiam si iudicis interveniat decretum. Solum in spectantibus ad litem defensionem, potest pupillum obligare curator in litem.*

<sup>289</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 38, num. 47: Non est enim dubitandum, hujusmodi curatores, in spectantibus ad litem, posse praejudicium inferre minoribus, aut absentibus, adhuc majus, quam procuratores, nam procuratores ad litem, possunt solum dominis praejudicare in omittendo. Curatores vero in litem, possunt praejudicare, non solum in omittendo, sed etiam in committendo.*

<sup>290</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 38, num. 48: Sed si male se gesserit in litem defensione curator, poterit tanquam suspectus removeri, praemaxime si ad instantiam alicujus consanguinei sui fuerit nominatus ad defensionem litem.*

[7] En análogo sentido, una vez tomaba posesión del cargo, debía jurar que toda su actuación se centraría en beneficiar al menor, rechazando la dilación negligente o el negocio que le pudiera perjudicar o dejar indefenso<sup>291</sup>.

[8] A su vez, en el Reino de Valencia, a diferencia de otros Ordenamientos<sup>292</sup>, el curador se veía compelido a prestar las oportunas garantías<sup>293</sup>, aunque, como resalta la doctrina, no era frecuente ver en la praxis una escrupulosa revisión de la idoneidad de los garantes<sup>294</sup>.

[9] Por el contrario, se vio eximido de realizar el inventario de los bienes del menor, al no hallarse entre sus cometidos la administración y la gestión de los bienes del menor<sup>295</sup>.

[10] Finalmente, la doctrina estatutaria vino a reconocer que el curador *ad lites* garantizaba con sus bienes su comportamiento y proceder<sup>296</sup>.

<sup>291</sup> RIPOLL, A., *Praxis*, Rub. 2, num. 38: *Curator ad litem datus, solum tenetur iurare se bene, et legaliter habere in defensione litis pupillaris sine dolo, vel lata culpa, pro quibus hipoteca tacita inducitur in eius bonis*; GUTIÉRREZ, J., *Tractatus*, Pars 1, Cap. 12, num. 31: *Tutores iurare debent, quod hic continetur. Sed an requiratur pro forma, et valore tutelae quod tutor iuret non solum utilia facere, et inutilia praetermittere, sed etiam addere quod pupilli defensionem absque ulla dilatione suscipies, alias tutela non valeat*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 49: *Debet curator in litem, tempore acceptationis curae, iurare, et promittere minorem, seu eum cui deputatur curator, indefensum non relinquere, utilia facere, et inutilia praetermittere*.

<sup>292</sup> RIPOLL, A., *Praxis*, Rub. 2, num. 26: *Curator autem datus non tenetur ex stilo cautionem praestare*.

<sup>293</sup> MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, Tit. 1, num. 313: *Cautio dari solita per curatores ad lites est, tanquam si non esset*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 50: *Quod apud nos inviolabiliter observatur, nam semper curatores in litem jurant, et promittunt. Cautionem autem fideiussoriam non tenentur praestare curatores in litem, juxta praxim universalem multarum Provinciarum. Sed de jure, indubitatum est, teneri praedictos curatores satisfacere, prout in multis Provinciis satisfant, juxta praxim inconcuse observatam. In Regno, juxta praxim admissam, cautionem fideiussoriam praestant curatores in litem*.

<sup>294</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 51: *Sed in habilitandis fideiussoribus, non fit scrupulosa inquisitio, neque curatur de idoneitate fidejussorum, nam ipsi Scribae Curiarum ad nutum cautionem recipiunt, et habilitant quemlibet ex curialibus, etiam si nihil habuerit in bonis ... tradendo rationes propter quas hoc ita fit*.

<sup>295</sup> CÁNCER, J., *Variarum*, Pars 1, Cap. 7, num. 40: *Tutores ad lites non tenentur satisfacere, neque inventarium facere*; RIPOLL, A., *Praxis*, Rub. 2, num. 26: *Curator autem datus non tenetur ex stilo cautionem praestare*; GUTIÉRREZ, J., *Tractatus*, Pars 3, Cap. 18, num. 1: *Cum curator rei inventarium conficere non teneatur*; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, Tit. 1, num. 312: *Quae corroborantur ex eo, quod curatores ad lites non tenentur satisfacere, neque inventarium conficere ... Et ratio est, quia curator ad litem nihil recipit, de cujus indemnitate caveat, vel inventario notare possit*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 52: *Inventarium non tenetur curator in litem facere, juxta sententiam ab omnibus admissam, nam cum iste curator non administret bona, deficit ratio, ob quam teneatur ad inventarii confectionem*.

<sup>296</sup> UBALDIS, B. DE, *In I. I. et III Codicis Libros Commentaria. Lex 11, Properandum*, vers. *Si vero, num. 2: Primo, quod bona tutoris, et curatoris etiam ad litem sunt tacite obligata: quod alibi expressus non invenitur*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 38, num. 53: *An curator ad lites habeat bona tacite obligata minori, absentis, furiosove, sicuti tutor; aut curator administranda bona, disputant Doctores, et communis resolutio docet, curatoris ad lites bona tacite obligata esse*.

## 6.5 AMPLIACIÓN

El último aspecto que abordó la literatura jurídica del Reino de Valencia fue la posibilidad de que otro acreedor, o un tercero, pudieran solicitar la ampliación de la curatela *ad lites*<sup>297</sup>, lo que le permitía entablar acciones, sin que se pudiera decretar la nulidad de la acción por carecer el curador de competencia<sup>298</sup>.

En virtud de esta línea argumental, la doctrina sostuvo que si un curador era designado con poderes para intervenir in omnes lites, sive in provincia, sive extra provinciam, no era necesario ampliar sus competencias<sup>299</sup>; pero si únicamente se le nombraba para un litigio en particular, carecía de competencia para inmiscuirse en otros pleitos, o en la ampliación o en ámbitos colaterales del mismo, por lo que los *doctores legum* sostuvieron la regla: *nequit conveniri legitime ab alia persona, nisi ampliata fuerit cura*<sup>300</sup>.

Para su correcta formalización, únicamente se exigían dos requisitos: que la cura ya estuviese decretada y que la ampliación recayera sobre el mismo curador<sup>301</sup>:

«*Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 7 Novembris 1625, inter Monasterium de la Murta, et curatorem haereditatis jacentis Petri Joannis Gonzalbo.*

<sup>297</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 39, num. 2: *Et quia, ut saepe diximus in capite antecedenti, curatores ad lites, procuratoribus aequiparantur, non poterunt legitime cum his curatoribus aliae lites agitari, quam ille ad quas fuerunt dati, et deputati, et si alia causa, aut lis suscitari desideratur, debet alius curator nominati, vel nova potestas curatori nominato dari.*

<sup>298</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 39, num. 1: *Procurator ad lites datus, tenetur diligenter fines custodire mandati, quia si ad unam causam constitutus solum fuerit, et in alia intervenerit causa, nulliter operabitur; aut si fuerit constitutus ad lites movendas per aliquam personam tantum, et interveniat in litibus suscitatis per aliam personam, nullum erit iudicium, quia fines mandati egreditur, et procurator excedens fines mandati, nulliter operatus.*

<sup>299</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 39, num. 3: *Unde creditor ille, ad cujus instantiam curator ad omnes lites datus reperitur, poterit contra curatorem illum, quamlibet litem suscipere, sive in Provincia, sive extra Provinciam.*

<sup>300</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 39, num. 4: *Sed si alius creditor, aut diversa persona, vellit litem movere, non poterit absque nullitate suscitare illam contra curatorem datum ad lites omnes ad instantiam alterius creditoris, nam cum solum datus sit ad lites illas movendas per creditorem qui curae decretationem instavit, non erit legitima persona ad lites alias per diversum creditorem suscitandas. Et cum respectu illarum, potestate careat, nullum erit iudicium si cum illo curatore actitetur. Et quod decretatio curae ad lites absenti, vel decocto facta, prodesse non possint nisi personae illi ad cujus instantiam fuit datus curator. Idem erit dicendum, si ad unam causam, et litem solam datus fuerit curator; nam cum solum curator sit in illam litem, et solum potestatem accipiat ad illam causam, nequit in alia intevenire causa, etiam mota ad instantiam illius personae, quae curae decretationem instavit, et si de facto cum tali curatore actitetur alia causa, erit iudicium nullum. Ne ergo iudicium reddatur nullum, debet creditor agere vellens contra curatorem ad lites, petere quod amplietur, et extendatur cura, ad hoc ut ipse possit suas movere acciones, et si absque ampliatione ista procedatur, nullum erit omne gestum cum tali curatore.*

<sup>301</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 39, num. 4: *Solum observare oportet, quod ut amplietur cura, concurrere debent duo. Primum, quod jam fuerit decretata, et data cura. Secundum, quod ampliatio in eadem curatoris persona fiat, aliter nullius momenti ampliatio erit.*

...et dicta transportatio et paccamentum dictorum molendinorum in favorem dictae Catherina de Domingo sit facta intra dictum tempus euidecim annorum videtur illam nullam et ineficacem esse; deinde quia licet per Justitiam villae de Guadazuar fuisset assignatus curator Gregorius Gonzalvo minoris aetate filiorum et haeredum saepe dicti Petri Joannis Gonzalvo et postea per eundem Justitiam fuit ampliata dicta cura eidem ad obtinendum condemnationem et faciendum paccamentum dictae viduae de sua dote et augmento, tamen dictus curator ad aliud opus et effectus nullatenus potuit transportare dicta molendina eidem viduae, unde cum non solum pro soluendis dicta dote et augmento si facta dicta transportatio et paccamentum sed ad effectum et opus soluendi alia praetensa debita dicti Gonzalvo pariter dicendum videtur illud nullius esse momenti ...<sup>302</sup>.

Senatus sententia publicata per Ludovicum Antonium Cases, die 11 Martii 1630, inter Franciscam Noguera curatricem suorum filiorum, et Capitulum Ecclesiae Collegialis de Gandia.

... Et attento mandatum executionem impetratum per dictum Syndicum fuit invictum dicto Francisco Monroig antequam fuisset decretatus curator et cuidam Joanni Pi nullo expresso nomine et ita corrui ex defectu legitimitatis personarum quibus inuinctum fuit, necnon constat post decretationem dictae curae ad certos effectus tantum absque aliqua illius ampliatione fuisse prosequutam dictam executionem per dictum syndicum contra dictum Franciscum Monroig curatorem decretatum dictae hereditati jacenti et pariter prosequitione dictae executionis constat non fuisse legitime citatam dictam Franciscam Noguera dicto nomine aliarum concurrent proprietate quae dicta executio et decretum de vendendo sustineri non valeant<sup>303</sup>.

Senatus sententia publicata per Ludovicum Antonium Cases, die 8 Maii 1629, inter Franciscum Roses, et de Balansat, et alios.

Attento praeterea dictum Valladolid non fuisse assignatum curatorem dictorum minorum haeredi dictae Christophorae Aviño ut ex ipsomet decretationis curae processu apparet sed immo haereditatis Joannis Balançat sui patris quare ampliationem factam eidem Valladolid ad instantiam dicti Antonii ut sustineri dictam condemnationem et faceret dictam recognitionem nomine et tamquam curatori illorum nullius esse momento necessario dicendum est cum explorati fieres sit quo qui numquam fuit curator dictorum minorum nomine potuit ampliari.»<sup>304</sup>

JUAN ALFREDO OBARRIO MORENO  
Universidad de Valencia

<sup>302</sup> A.R.V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 95. Signatura 11.920.

<sup>303</sup> A.R.V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 199. Signatura 1.680.

<sup>304</sup> A.R.V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 198. Signatura 1.514.





# El recurso de injusticia notoria (1700-1868)

## I. EL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA ANTE EL CONSEJO DE CASTILLA

### 1. ORIGEN DEL RECURSO

Al objeto de encauzar correctamente su estudio, es preciso comenzar recordando someramente que contra las sentencias dadas en grado de revista o suplicación por los altos tribunales de justicia castellanos no debían admitirse nuevos recursos. Tan sólo los litigantes encontraban expedita la posibilidad de interponer una segunda suplicación cuando concurriesen las siguientes circunstancias, establecidas en el seno de las Cortes de Segovia de 1390:

- Que los procesos hubiesen sido incoados en un tribunal superior, nunca ante jueces inferiores.
- Que las sentencias recurridas fuesen definitivas, no interlocutorias.
- Que los pleitos versasen sobre «cosa ardua», entendido tal concepto como de igual o superior cuantía a mil quinientas doblas, que era la cantidad que el litigante debía depositar con carácter previo a la interposición del recurso y que perdería en el supuesto de que la sentencia fuese confirmada por quienes se comisionase para su conocimiento y resolución<sup>1</sup>.

A pesar de la claridad con que quedaron fijados los tres requisitos que habían de converger, lo cierto es que se convirtió en habitual la interposición de recursos contra las sentencias de revista en pleitos incoados ante jueces inferio-

---

<sup>1</sup> *Cortes de Segovia de 1390, ley 7 (Ordenanzas Reales de Castilla, 2,4,8; Nueva Recopilación 4,20,1; Novísima Recopilación 11,22,1)*. Sobre esta materia, PINO ABAD, Miguel, *El recurso de suplicación en Castilla. Expresión de la gracia regia*, Madrid, 2006, pp. 95 y ss.

res o contra las sentencias interlocutorias o cuando la cuantía del objeto del pleito no llegaba a alcanzar las mil quinientas doblas, que como mínimo se exigía para la segunda suplicación<sup>2</sup>.

Y es que, durante siglos, muchos litigantes se aprovecharon de la falta de regulación normativa para estos casos, interponiendo un sinnúmero de recursos ante el Consejo de Castilla, con la única finalidad de demorar la conclusión de los pleitos en que estaban inmersos y sabedores de que no se exponían a perder cantidad alguna, en la medida que no se les exigía el depósito previo de una fianza.

Hubo que esperar al 17 de febrero de 1700 para que, por vez primera, se promulgara un auto acordado donde se especificasen las reglas que afectaban a esta clase de recursos que cotidianamente se interponían en el Consejo, fundamentados en la existencia de un presunto agravio que los jueces que dictaron las sentencias de revista habían generado en perjuicio de los recurrentes<sup>3</sup>.

Reglas que fueron mejoradas y ampliadas por otro auto de 24 de abril de 1703. Como se puso de manifiesto en éste, el anterior de 1700 no consiguió que aminorara la frecuencia con que se interponían los recursos de injusticia notoria. Por el contrario, la experiencia demostraba que habían aumentado, a la par que la malicia de los recurrentes, en la medida que la amenaza de que se impusiera una pena económica contra el recurrente, cuando la sentencia era confirmada, no logró el efecto disuasorio perseguido desde la entrada en vigor del primer auto, lo que provocó que los ministros del Consejo debiesen ocupar gran parte de su tiempo en la resolución de procesos de poca cuantía, en vez de centrarse en asuntos de mayor relevancia<sup>4</sup>.

El recurso de injusticia notoria, por tanto, no encontró su origen en estos dos autos acordados, sino que con ellos se pretendió dar cobertura normativa a una situación procesal cotidiana<sup>5</sup>. Afirmación que apoyamos en las palabras de un perfecto conocedor de la Administración de justicia de la época, desde su puesto de gobernador del Consejo y Cámara de Castilla, Conde de la Cañada, para quien «lo único que se hizo fue establecer las necesarias condiciones para su interposición, a efectos de evitar las conductas abusivas de muchos litigantes que interponían los recursos sabedores de que no tenían que probar la presunta injusticia sufrida ni se arriesgaban a satisfacer multa alguna»<sup>6</sup>.

Amén de ello, pareció imprescindible establecer medidas que limitaran el descrédito que se estaba generando contra los altos tribunales, que habían dictado las sentencias recurridas, al partir de la presunción de que toda actuación de los mismos se adecuaba a Derecho y, por tanto, sus decisiones jamás podían

---

<sup>2</sup> MARÍN ALFOCEA, Juan Antonio, *Observaciones originales sobre los autos acordados que dieron regla para la introducción del recurso de injusticia notoria*, Madrid, 1784, p. 37, n.11.

<sup>3</sup> *Novísima Recopilación 11,23,1*; VALLEJO GARCIA-HEVIA, José María: *El Consejo Real de Castilla y sus escribanos en el siglo XVIII*, Valladolid, 2007, p. 442.

<sup>4</sup> *Novísima Recopilación 11,23,2*; MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit, capítulo II, p. 24.

<sup>5</sup> MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo I, p. 3.

<sup>6</sup> CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios*, Madrid, 1794, tomo I, parte III, capítulo V, núm. 6 y 7, pp. 516 y 517.

ser consideradas nulas<sup>7</sup>. Con frecuencia, los jueces, probablemente para no asumir el riesgo de incurrir en responsabilidad, se mostraban celosos defensores de las normas que aplicaban en toda su literalidad, sin atender a que su misión realmente consistía en algo tan complejo como la correcta administración de justicia entre las partes de los pleitos que conocían, aunque esto conllevara cierto desmarque de la letra legal. Dicho con otros términos, sus sentencias podían ser legalmente válidas, pero no justas<sup>8</sup>.

Engarzado con esto, es preciso subrayar que la Sala de Gobierno del Consejo asumió entre sus atribuciones la inspección de la manera en que se administraba justicia «...en ella y en las otras Salas de Justicia, y por todos los Tribunales y Justicias de estos Reinos, para que se guardasen puntual y precisamente las Leyes, sin permitir en ello quiebra, omisión o disminución alguna»<sup>9</sup>. Palabras que se corroboran con las de Martínez Salazar, quien escribió sobre el particular que «el oficio del Consejo Real es tener cuidado del gobierno del Reino... por depender de ello el entender si administraban justicia y cómo hacían los Jueces sus oficios...»<sup>10</sup>, y que prácticamente coinciden con las de otro jurista de fines del XVIII, según el cual el origen del recurso de injusticia notoria respondió al hecho de que «...ha sido objeto del Consejo acomodar por medio de estos una inspección gubernativa en la vigilancia y cuidado de la rectitud y demás calidades con que se deben gobernar los Ministros de Justicia, de quien depende la principal felicidad del Reino»<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo IV, núm. 38, p. 63. En *Nueva Recopilación*, 4,17,4 el tema se expuso con claridad: «...que de las sentencias de los del Consejo y Audiencias, en que conforme a las Leyes del Reino no ha lugar suplicación, se entiende asimismo no haber lugar alegarse ni oponerse nulidad, aunque sea de incompetencia, o defecto de jurisdicción, o que de ella notoriamente conste del proceso y Autos de el o en otra qualquiera manera, ni para impedir la ejecución de las tales sentencias, ni para que después de executadas se pueda tornar a el pleito, entendiéndose que por dichas sentencias sean acabados y fenecidos los dichos pleitos, sin que se puedan tornar a mover, suscitar y tratar en manera alguna». Por su parte, contra las sentencias de revista se dijo en Nueva Recopilación 4,19,3 que «ninguna parte se pueda queerrar de la sentencia, ni suplicar, ni decir contra ella que es ninguna, sino en el caso que haya lugar segunda suplicación». Sobre los motivos que dieron origen al recurso de injusticia notoria también puede consultarse ESCOLANO DE ARRIETA, Pedro, *Práctica del Consejo Real en el despacho de los negocios consultivos, instructivos y contenciosos*, Madrid, 1796, tomo II, capítulo IV, pp. 31 y 32; GARCÍA GOYENA, Florencio y AGUIRRE, Joaquín: *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*, Madrid, 1844, V, p. 262.

<sup>8</sup> NIETO, Alejandro: *Balada de la Justicia y la Ley*, Madrid, 2002, p. 267. Este autor recuerda las diferencias doctrinales entre quienes admiten la posibilidad de que exista discordia entre justicia y ley y aquellos que presumen que las leyes son siempre justas y que la justicia es, sin más, lo que declaran las leyes.

<sup>9</sup> Cédula transcrita por MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo IV, núm. 4, p. 40.

<sup>10</sup> MARTÍNEZ SALAZAR, Antonio: *Colección de memorias y noticias del Gobierno general y político del Consejo*, Madrid, 1764, capítulo II, p. 47.

<sup>11</sup> MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo I, núm. 26, p. 22; ALONSO ROMERO, Paz se ha referido al recurso de injusticia notoria como una de las formas de denunciar ante el Consejo Real el hecho de que los jueces no actuaran, a veces, conforme a lo alegado y probado. Sobre esto, «Las reglas del juego: herencia procesal y constitucionalismo», en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, 2006, p. 223.

Con independencia de cuál pudo ser la verdadera razón por la que nació el recurso que estamos analizando, conviene señalar que la competencia para conocerlo y resolverlo recayó en la Sala de Gobierno hasta que en 1715 se constituyó una segunda Sala de Gobierno, que fue la competente desde entonces sobre esta materia<sup>12</sup>.

## 2. LA DIFÍCIL CONCRECIÓN DEL CONCEPTO DE INJUSTICIA NOTORIA

De la lectura de los dos primeros autos acordados, que se dictaron para regular el recurso de injusticia notoria, se deduce que bastaba para su admisión a trámite que el litigante expusiera, en el pertinente escrito que presentaba, la presunta existencia de una injusticia en la sentencia de revista, sin necesidad de que además fuese notoria o evidente, ya que la expresión injusticia notoria no surgió hasta que así quedó plasmada en un auto de 1 de enero de 1749<sup>13</sup>. A partir de este instante, el recurso de injusticia notoria sólo era susceptible de ser interpuesto cuando la injusticia resultara claramente del contenido de los autos. Como es lógico, aquí estribaba una de las mayores dificultades<sup>14</sup>. La inexistencia de ciertas reglas hacía imposible graduar con exactitud qué debía estimarse por injusticia notoria y, además, de qué medios debían servirse los jueces comisionados, para el conocimiento y resolución del recurso, a la hora de establecer que la misma se había producido.

Para disipar esta duda, debe resultarnos de gran utilidad traer a colación las opiniones de algunos juristas de esta época. Así, el abogado madrileño Marín Alfocea, quien comentó ampliamente los autos acordados sobre el recurso de injusticia notoria, puso de manifiesto que «el preciso mérito para el recurso en las causas de interesados particulares y en las públicas era el quebrantamiento de una ley, fuero o lo que merezca el concepto de tal»<sup>15</sup>.

Por su parte, el Conde de la Cañada se refirió a la elevada cantidad de causas que llegaban al Consejo por haberse interpuesto recurso de injusticia notoria. Sin embargo, en ningún caso se descubrió que las sentencias recurridas de

<sup>12</sup> MARTÍNEZ SALAZAR, *Colección...*, cit., cap. X, p. 130; MARÍN ALFOCEA, *Observaciones...*, capítulo V, núm. 19, p. 105. Este segundo autor recuerda que si bien antiguamente la competencia correspondió a la Sala primera, donde había mayor dotación de ministros, sin embargo «por haberse hecho tan comunes y negocios privativos de partes, se determinan por la Sala segunda, aunque no haya más de tres ministros»; ELIZONDO Y ÁLVAREZ, FRANCISCO ANTONIO DE, *Práctica universal forense de los tribunales de España y de las Indias*, Madrid, 1788, I, p. 169. En lo que concierne al momento de constitución de la Sala segunda de Gobierno, CABRERA BOSCH, MARÍA ISABEL, *El Consejo Real de Castilla y la ley*, Madrid, 1993, pp. 6. ss. indica que «el decreto de nueva planta de 10 de noviembre de 1713 no legalizó la constitución de una segunda Sala de Gobierno...Esta se crea en virtud de dos decretos de Felipe V de los años 1715 y 1717, en que se ordena que pueda constituirse como Sala temporal; sólo la práctica de celebrar reuniones de esta Sala, como desahogo de la Sala Primera, permitió, a lo largo de los años, que se convirtiera en Sala fija»; Más recientemente, VALLEJO GARCÍA-HEVIA: *El Consejo Real de Castilla...*, cit., p. 440.

<sup>13</sup> *Novísima Recopilación* 11,22,2.

<sup>14</sup> GARRIGA, CARLOS: «Justicia animada: dispositivos de la Justicia en la Monarquía Católica», en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, 2006, p. 97.

<sup>15</sup> MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo IV, núm. 5, p. 41.

las Chancillerías o Audiencias contuviesen una decisión notoria contra las leyes o derechos expresos, sino que se hacía preciso indagar con detenimiento en los hechos probados, «pues una vez asegurados los jueces de esta fuente y manantial conocerán las más veces con toda claridad el derecho que sea aplicable a la decisión del pleito, viniendo a convencerse si la sentencia de revista fue o no justa»<sup>16</sup>.

Este último sostenía que en caso de que se dudase acerca de si estaban probados los hechos o sobre lo dispuesto por las leyes para la decisión, no debía justificarse la causa esgrimida en el recurso porque eso atentaba contra la presunción y autoridad de la sentencia de revista<sup>17</sup>.

Los autores, por tanto, se decantaban unánimemente por expresar la necesidad de que los jueces que conocían del recurso procediesen a leer con sumo detenimiento lo que se decía en los autos, en la medida que sólo así contarían con la información necesaria para decidir si la sentencia de revista entrañaba o no una injusticia notoria<sup>18</sup>.

Con esta forma de actuar se había de poner fin a la confusión generada por los dos primeros autos reguladores del tipo recurso que estudiamos. No era suficiente que el litigante esgrimiese haber padecido injusticia con la aplicación de la sentencia de revista, sino que debía demostrar que se dictó manifiestamente contra el derecho vigente, por lo que era imposible ocultar o tergiversar la injusticia<sup>19</sup>.

En suma, la notoriedad o evidencia de la injusticia de la sentencia de revista era el fundamento esencial en que debía apoyarse el recurso para su admisión a trámite. Tal sentencia recurrida había de ser considerada nula y, por ende, jamás se debía ejecutar<sup>20</sup>.

Gómez y Negro, miembro del Consejo de Castilla y fiscal en la Chancillería de Granada, también corroboró las opiniones expuestas, al sostener que del tenor de los autos acordados se desprendía que sólo debía llamarse injusticia notoria a la evidente alteración del orden judicial, pero no descartaba que también se producía cuando la sentencia había sido dictada contra ley o contra su recta aplicación o interpretación<sup>21</sup>.

Años más tarde, Gómez de la Serna afirmó que para muchos autores no se debía admitir el recurso, salvo que las sentencias fueran notoriamente injustas. Para otros, bastaba que la injusticia se desprendiera de la simple lectura de los autos, esto es, la inspección del proceso, sin necesidad de que se aportasen nuevas pruebas. En opinión de este autor, no era imprescindible que la injusticia debiera ser tan notoria que fuera así calificada por cualquier persona imparcial. Más bien debía reputarse como tal la que resultaba de la inspección y

<sup>16</sup> CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas...*, cit., tomo I, parte III, capítulo V, núm. 41, p. 529.

<sup>17</sup> *Ibidem*, tomo I, parte III, capítulo V, núm. 47, p. 531.

<sup>18</sup> MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo I, núm. 20, p. 18.

<sup>19</sup> *Ibidem*, capítulo IV, núm. 7, p. 42.

<sup>20</sup> *Ibidem*, capítulo IV, núm. 63, p. 80.

<sup>21</sup> GÓMEZ Y NEGRO, Lucas, *Elementos de práctica forense*, Valladolid, 1827, p. 137.

examen detenido del proceso y que la sentencia había sido dictada contra lo establecido en la ley<sup>22</sup>.

### 3. CASOS EN QUE NO SE ADMITÍA, PESE A EXISTIR NOTORIEDAD EN LA INJUSTICIA

En suma y con carácter general, la validez de este recurso extraordinario estaba supeditada a que se acreditara la existencia de una manifiesta injusticia en la sentencia de revista<sup>23</sup>.

Excepcionalmente, quedó prohibida su admisión en ciertos casos, aunque la injusticia fuese calificada como manifiesta. En este sentido, no se admitía en los juicios posesorios de cualquier entidad que fuesen, pues la presunta injusticia podía ser reparada en el posterior proceso sobre la propiedad. Tampoco en los pleitos pendientes en las Audiencias, cuya última resolución competía a la Sala de Mil y Quinientas del Consejo de Castilla en grado de segunda suplicación<sup>24</sup>.

El elenco de prohibiciones se completaba con las sentencias mandadas ejecutar sin embargo la suplicación, salvo que no se hubiese admitido a trámite ésta o que se hubiese negado licencia para interponerla contra los autos interlocutorios, cuyo gravamen no era reparable en la sentencia definitiva<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*, Madrid, 1848, tomo II, título XIV, sección III, p. 215. Asimismo, VICENTE Y CARAVANTES, José: *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, 1858, tomo III, sección VI, p. 451.

<sup>23</sup> GÓMEZ Y NEGRO, *Elementos...*, cit., p. 137; GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado...*, cit., tomo II, título XIV, sección III, p. 215. No todos los autores se mostraron partidarios de otorgar a este recurso el carácter de extraordinario. Clarificadora es la opinión de ELIZONDO, *Práctica universal...*, cit., tomo V, parte I, capítulo I, p. 2: «nosotros entendemos que se llama recurso extraordinario a toda aquella instancia que hacen los vasallos al Rey para la revisión o reforma de una sentencia o por la misma Majestad, avocando a sí la causa o el Tribunal, Junta o Ministro que tuviese a bien el Rey nombrar, o por los propios altos Magistrados, de quienes dimana una decisión, contra la qual por la dignidad, y excelencia del Senado, de donde procede, Real Junta o Ministro Delegado inmediato de la Real Persona que la pronuncia, a Consulta con S.M. no tienen lugar los recursos que demarcan las leyes, y son gradualmente en sus casos de apelación, nulidad, primera y segunda suplicación e injusticia notoria, cuyos auxilios, si bien se reputan por extraordinarios y les introdujo la legislación en desde que se acostumbro dispensar con frecuencia a los que le impegran, y luego como se incorporó la ley de su establecimiento al derecho novísimo del Reyno».

<sup>24</sup> MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., parte I, p. 15 interpreta del tenor del auto que «parece inducirnos a creer haberse experimentado abuso en esta parte, y que proponiéndose recurso de injusticia notoria se había admitido aun en causas de mayor momento».

<sup>25</sup> *Novísima Recopilación* 11,23,2; MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo II, p. 25; CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas...*, cit., tomo I, parte III, capítulo V, núm. 4, p. 514.; GÓMEZ Y NEGRO, *Elementos...*, cit., p. 137; ÁLVAREZ, José María, *Instituciones de Derecho real de España*, Madrid, 1829, tomo II, libro IV, p. 249; GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado...*, cit., tomo II, título XIV, sección III, p. 215; VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, cit., tomo III, libro XII, sección VI, p. 451.

Por último, desde junio de 1758, tampoco se admitieron en las causas criminales<sup>26</sup>. Sobre este último aspecto, hemos de indicar que el día 30 del citado mes, el Consejo Pleno formuló consulta a Fernando VI, donde puso en su conocimiento los inconvenientes que se habían comprobado hasta la fecha al haberse admitido los recursos de injusticia notoria en este tipo de pleitos y que habían sido sentenciados por las salas del crimen de las Chancillerías y Audiencias, ya que se dilataba la administración de la justicia por quedar en suspenso el castigo de los delitos y ejemplo de los delincuentes. Se tuvo en consideración que en estas causas no se admitía tampoco el recurso de segunda suplicación<sup>27</sup>. El monarca, en atención al parecer del Consejo, declaró que los recursos de injusticia notoria sólo se podían interponer en pleitos civiles, pero nunca en las penales<sup>28</sup>.

#### 4. TÉRMINO PARA RECURRIR

Una singularidad importante que desmarcaba a este recurso de injusticia notoria respecto a otros extraordinarios como el de segunda suplicación fue que no se estableció por norma el término dentro del cual el litigante que lo estimase oportuno debía interponerlo. Únicamente se exigía que la sentencia no hubiese causado ejecutoria o pasado en autoridad de cosa juzgada<sup>29</sup>.

El Conde de la Cañada defendía que para este tipo de recursos se establecieran términos precisos como ya existían para otros. Aunque el propio autor reconoció que en pocas ocasiones las partes acudían con dilación al Consejo. Pero, de no ser así, se ocasionaría daño al interés público y a los particulares «pues los derechos y dominios de las cosas estarían sin la seguridad que da la sentencia de revista y pendientes de la voluntad de la otra parte»<sup>30</sup>.

Por su parte, algún autor posterior consideraba que, dada la analogía con el de segunda suplicación, el recurso había de ser interpuesto dentro de veinte días<sup>31</sup>, computables desde aquel en que se notificaba la resolución judicial a los procuradores de las partes<sup>32</sup>. Término éste que era improrrogable para todos los individuos, aunque se tratase de aquellos a los que se dispensaba un

<sup>26</sup> *Novísima Recopilación* 11,23,3.

<sup>27</sup> *Nueva Recopilación* 4,20,11.

<sup>28</sup> MARTÍNEZ SALAZAR, *Colección de memorias...*, cit., capítulo X, p. 130; MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo II, núm. 3, p. 28; ESCOLANO DE ARRIETA, *Práctica del Consejo...*, cit., tomo II, capítulo IV, p. 33. Recientemente, se ha referido a estos supuestos en que no estaba permitida la interposición de los recursos de injusticia notoria VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *El Consejo Real de Castilla...*, cit., p. 443.

<sup>29</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado...*, cit., tomo II, título XIV, sección III, p. 216.

<sup>30</sup> CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas...*, cit., tomo I, parte III, capítulo V, núm. 52, p. 533.

<sup>31</sup> GÓMEZ Y NEGRO, *Elementos...*, cit., p. 137. Recordamos que así fue establecido en las *Cortes de Segovia de 1390*, pet. 4, en «Cortes...», cit., II, p. 477.

<sup>32</sup> *Novísima Recopilación* 11,22,3.

tratamiento procesal privilegiado, como eran los menores de edad, las viudas o los huérfanos<sup>33</sup>.

## 5. DEPÓSITO DE FIANZA

Con carácter previo a su interposición, debía realizarse un depósito de cincuenta mil maravedís o fianza «llana y abonada» hasta dicha cantidad, que se perdería en el supuesto de que la sentencia fuese confirmada, por no encontrar veraces el Consejo los motivos de notoria injusticia expuestos en el pertinente escrito<sup>34</sup>. El objetivo perseguido era disuadir a los litigantes maliciosos, que buscaban dilatar innecesariamente la conclusión de los pleitos en que estaban inmersos por medio de la interposición de recursos carentes del más mínimo fundamento.

Este acto del depósito previo de la fianza era realizado por el procurador del litigante, dotado de poder especial<sup>35</sup>. No se consideraba suficiente, por tanto, que tuviese un poder general para pleitos que fuese de libre y general administración<sup>36</sup>, porque no estaba autorizado a realizar actuaciones que pudiesen entrañar el riesgo de que su representado perdiese la elevada fianza que había de depositarse<sup>37</sup>.

De forma que conjeturamos que si el procurador no contaba con un poder especial, el recurso de injusticia notoria no debía ser admitido a trámite, ni el litigante asumiría el riesgo de perder la cantidad depositada, en el supuesto de

<sup>33</sup> *Nueva Recopilación 4,20,4.*

<sup>34</sup> MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo II, núm. 1, p. 26; CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas...*, cit., tomo I, parte III, capítulo V, núm. 4, p. 515.

<sup>35</sup> El poder especial era necesario en todas las causas en que podía imponerse pena, como sucedía con los recursos de segunda suplicación. Así lo recuerda MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo VII, núm. 19, p. 172.

<sup>36</sup> Los autos acordados que regularon el recurso de injusticia notoria nada dicen, pero pensamos que esta solución debía tenerse en consideración por la similitud que guardaba con la segunda suplicación, como ya expuso VILLADIEGO DE VASCUÑANA Y MONTOYA, Alonso de, *Instrucción política y práctica judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y tribunales de Corte, y otros ordinarios del reyno, utilíssima para los Governadores y Corregidores y otros Jueces Ordinarios, y de comisión y para Abogados, Escribanos, Procuradores y Litigantes*, Madrid, 1656, cap. IV, fol. 58, núm. 238.

<sup>37</sup> Con suma claridad ya se recogió en Partidas 3,5,19 esa idea de que el procurador no podía actuar en juicio rebasando los límites del mandato otorgado por su representado. Los autores en su comentario a esta ley se hicieron eco de esta realidad. Entre otros, SUÁREZ DE PAZ, Gonzalo: *Praxis ecclesiasticae et seculares cum Actionum formulis et actis processum*, Valladolid, 1609, tomo I, parte VII, núm. 3, p. 198; NÚÑEZ DE AVENDAÑO, Pedro, *Quadraginta responsa, quibus quamplurimae leges regiae explicantur, atque illustratur nec non nouus ac diligens tractatus de secunda supplicatione cum poena & cautione 1500 duplarum*, Salamanca, 1576, núm. 14; HEVIA BOLAÑOS, Juan de: *Curia philipica*, Madrid, 1797, (manejo edición facsímil de Lex Nova, Valladolid, 1989), libro V, cap. V, núm. 1, p. 256; VILLADIEGO, *Instrucción política...*, cit., cap. 4, núm. 238; MALDONADO Y PARDO, José, *Tractatus de secunda supplicatione sive recursos adversus revisiones sententias Supremi Senatus Regiarumque Chancellarium et aliorum tribunalium huius regni*, Madrid, 1690, titulus V, quaestio II, núm. 6, p. 167.



que la sentencia de revista recurrida fuese confirmada por la Sala de Gobierno del Consejo.

Bien es cierto que si el procurador estaba facultado a realizar gestiones que podían conllevar mayores perjuicios para su cliente que la pérdida de la fianza, hemos de presumir que estaba también autorizado a interponer el recurso, aunque no se le hubiese otorgado un poder especial para ello<sup>38</sup>.

Como es lógico, en la medida que el perjuicio económico afectaba sólo al recurrente, cuando se confirmaba la sentencia de revista, el procurador del otro litigante no necesitaba contar con poder especial alguno para seguir toda su tramitación, ya que las consecuencias procesales generadas por la decisión que adoptasen los ministros del Consejo eran las directamente derivadas del objeto del litigio y no de otras cuestiones accesorias como la probable pérdida de la cantidad depositada en concepto de fianza.

Si el procurador cumplía los requisitos necesarios, se presentaba en el Consejo con un pedimento, donde especificaba los datos de su principal, los de la parte contraria, sentencia que motivaba el recurso, jueces que la dictaron y la sala donde debía tramitarse y resolverse. En el mismo escrito, indicaba que se había dictado sentencia de revista, gravosa para su parte y notoriamente injusta por los motivos que más adelante exponía en el recurso correspondiente. A renglón seguido, solicitaba que se mandase la oportuna orden al subdelegado general de penas de cámara, para que dispusiera que por la contaduría se constituyera el depósito que estaba dispuesto a hacer de la cantidad legalmente prevista y que se le diera la pertinente certificación, al objeto de poder formalizar el recurso de injusticia notoria<sup>39</sup>.

Conforme al pedimento, la Sala Segunda de Gobierno dictaba el decreto que era remitido al subdelegado de penas de cámara, en el que se indicaba que la parte procediese a depositar en la receptoría general de penas de cámara y gastos de justicia del Consejo la cantidad correspondiente y que se le diese certificación de ello.

La obligación de depositar fianza era exonerada para el litigante inmerso en situación de pobreza, al que bastaba con prestar caución juratoria de pagar la indicada cantidad cuando tuviese bienes suficientes<sup>40</sup>. Esto se explica atendiendo a que este recurso y anteriormente el de segunda suplicación surgieron por motivos de equidad y para reparar los perjuicios que podían desencadenar

<sup>38</sup> Nos basamos en la opinión expresada por SUÁREZ DE PAZ, *Praxis ecclesiasticae...*, cit., tomo I, parte VII, núm. 8, p. 198, al ocuparse de la segunda suplicación.

<sup>39</sup> ESCOLANO DE ARRIETA, *Práctica del Consejo...*, cit., tomo II, cap. IV, p. 34; GÓMEZ Y NEGRO, *Elementos...*, cit., p. 138; ÁLVAREZ, *Instituciones...*, cit., tomo II, libro IV, p. 249.

<sup>40</sup> *Novísima Recopilación 11,23,1 y 2*. Desde 1703 el importe del depósito quedó fijado en quinientos ducados de vellón; MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo I, núm. 22, p. 19; ESCOLANO DE ARRIETA, *Práctica del Consejo...*, cit., tomo II, cap. IV, p. 31. En p. 34 informa que para las causas que habían sido conocidas en los consulados de comercio, la fianza quedó señalada en mil ducados; ÁLVAREZ, *Instituciones...*, cit., tomo II, libro IV, p. 249; GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado...*, cit., tomo II, título XIV, sección III, p. 216; VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, cit., tomo III, libro XII, sección VI, p. 451.

la aplicación de las sentencias de revista de los tribunales superiores<sup>41</sup>. Para obtener la declaración de pobreza solía bastar con el juramento del litigante interesado o de un tercero idóneo de que el recurrente se hallaba inmerso en situación de penuria económica<sup>42</sup>.

Lo cierto es que la experiencia demostró que esa obligación de realizar el depósito o, en su defecto, fianza previa con la amenaza de que sería aumentada a discreción de los jueces si apreciaban malicia en el recurrente, lejos de reducir el número de recursos provocaron un preocupante colapso en el funcionamiento del Consejo, que no podía destinar el tiempo conveniente a la resolución de asuntos de mayor gravedad<sup>43</sup>.

## 6. TRAMITACIÓN

Con la certificación dada por el contador de gastos de justicia y depósitos del Consejo se interponía el recurso por medio de pedimento, donde se especificaban los puntos en que se pensaba se había cometido injusticia y del cual se daba traslado a la Sala Segunda de Gobierno. Esta, a su vez, ordenaba que la Chancillería o Audiencia facilitara copia de los autos, aunque si existían causas que lo justificasen, como enmiendas o aportación de documentos antiguos, podían solicitarse los originales<sup>44</sup>. En caso de que la sentencia recurrida hubiese sido dictada por una Chancillería, se libraba cédula firmada por el rey y si era una Audiencia, provisión de los miembros del Consejo.

Si en lugar de haber efectuado depósito, se presentó fianza de los quinientos ducados, la parte quedaba exonerada del primer pedimento y de las diligencias que le sucedían.

Una vez que llegaban los autos, pedían las partes que se les entregasen para mejor instrucción de sus abogados en el día de la vista. Hay que tener en consideración que en esta clase de recursos no se podía alegar ni presentar documentos algunos, ya que se resolvían conforme a lo que recogían los autos. La razón que justificaba esta medida se encontraba en el deseo de que los pleitos no se dilatasen innecesariamente en contra del interés general y del particular de los litigantes.

Eso significa que los jueces competentes en su conocimiento habían de realizar el máximo esfuerzo reflexivo para lograr conocer la verdad por todos los medios de derecho para administrar la justicia con exactitud<sup>45</sup>. Por ello estaban autorizados a solicitar todas aquellas informaciones que considerasen necesarias a las partes, antes de dictar sentencia.

---

<sup>41</sup> MALDONADO Y PARDO, *Tractatus de secunda supplicatione...*, cit., titulus V, quaestio VII, núm. 12, p. 188.

<sup>42</sup> *Ibidem*, titulus V, quaestio VII, núm. 19, p. 190.

<sup>43</sup> *Auto acordado de 17 de febrero de 1700*.

<sup>44</sup> MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo VII, núm. 20, p. 173.

<sup>45</sup> CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas...*, cit., tomo I, parte III, capítulo V, núm. 9 y 10, p. 518.

La práctica seguida en el Consejo, en cambio, parece que fue en este aspecto bastante diferente a lo que ordenaba la legislación vigente y que los ministros de la Sala de Gobierno no se limitaron a recabar tales añadidos meramente aclaratorios. Las partes eran autorizadas a aportar nuevas pruebas, con la única condición de que jurasen que las desconocían previamente y que su aportación podía resultar fundamental en la decisión final que se adoptase<sup>46</sup>.

Para hacer viable esta posibilidad, estimaba el Conde de la Cañada que era necesario que, en el mismo escrito en que solicitaba la admisión a trámite, el recurrente expusiera todos los presuntos agravios derivados de la sentencia de revista y «los hechos positivos en que se funden, ofreciéndose desde luego a probarlos con testigos o instrumentos; y si hallasen los jueces probados en la instancia harán variar las determinaciones, podrán admitirla; pero si no los probasen en bastante forma, deben condenar necesariamente en las costas a la parte»<sup>47</sup>.

Es imprescindible aclarar que en el Consejo no se valoraban estas nuevas pruebas, únicamente se admitían las propuestas por el recurrente para acompañarlas a los autos, que eran devueltos al órgano del cual procedía la sentencia de revista recurrida, ya que era allí donde debía dictarse otra sentencia. Eso suponía que la tramitación del recurso quedaba en suspenso. Lo que sí debían hacer los ministros del Consejo comisionados para conocer del recurso era manifestar que en los documentos aportados se podía apreciar un derecho claro y notorio del recurrente, de forma que si hubiesen sido valorados por los jueces que dictaron la sentencia de revista hubiesen resuelto en otro sentido<sup>48</sup>.

Devueltos los autos por los procuradores, se entregaban al relator. Cuando finalizaba el memorial, a petición de las partes se señalaba el día para la vista, en el cual podían pedir licencia para escribir en derecho, esto es, que sus respectivos abogados entregasen los oportunos informes. En caso afirmativo, el Secretario de Cámara certificaba que los miembros del Consejo acordaron conceder licencia para escribir en derecho.

Dichos papeles eran repartidos entre los consejeros que veían el recurso, señalándose día para la votación. La práctica del Consejo determinó que los de injusticia notoria eran vistos y determinados por los cuatro miembros de la Sala Segunda más un quinto nombrado por el Presidente o Gobernador de la Sala Primera o de otra<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> ELIZONDO, *Práctica universal forense...*, cit., tomo VI, parte II, cap. I, p. 222, núm. 24.

<sup>47</sup> CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas...*, cit., tomo I, parte II, capítulo V, núm. 52, p. 338.

<sup>48</sup> ESCOLANO DE ARRIETA, *Práctica del Consejo...*, cit., tomo II, p. 106.

<sup>49</sup> CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas...*, cit., tomo I, parte III, capítulo V, núm. 65, p. 536. Número que a este autor parecía correcto, pues señala en núm. 70, p. 538 que «mucho mayor daño se experimentaría si para la vista y determinación de los recursos de injusticia notoria se aumentase el número de los quatro Ministros que componen la Sala segunda, pues no solo se retardarían los pleytos de esta clase, sino que se interrumpiría el despacho de otros negocios de mayor importancia».

## 7. DECISIÓN

La sentencia se extendía por el relator en los siguientes términos: «ha lugar al recurso de injusticia notoria, introducido y en consecuencia se le devuelvan los quinientos ducados que depositó en la receptoria de penas de cámara o cancele la fianza». Si, en cambio, se negase el recurso se decía «no ha lugar al recurso de injusticia notoria, introducido y en consecuencia se le condena en los quinientos ducados que tiene depositados o afianzados, los que se distribuyen conforme se previene en el auto acordado»<sup>50</sup>.

El auto o sentencia no se notificaba a las partes, porque de los mismos no había recurso o suplicación alguna, causando ejecutoria<sup>51</sup>. No obstante, Elizondo recordaba que el rey podía admitir la revisión extraordinaria de ciertos procesos, aunque no se hubiese comprobado la injusticia notoria<sup>52</sup>.

Cuando el relator la entregaba con los autos, debía el secretario de cámara pasar a la mayor brevedad certificación de ella al subdelegado de penas de cámara y gastos de justicia del Consejo, para el cobro de la tercera parte que correspondía. Lo mismo debía hacer con los jueces de la Chancillería o Audiencia<sup>53</sup>.

## II. EL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA EN EL CONSEJO DE INDIAS

### 1. ORIGEN

A los dos autos acordados promulgados en 1700 y 1703 se agregó una real cédula de 23 de febrero de 1712 para regular los recursos de injusticia notoria que se interponían y tramitaban en el Consejo de Indias<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Aunque no hemos encontrado mención expresa al respecto, pensamos, dada la afinidad de este recurso con el de segunda suplicación, que no hacía falta la confirmación de todos sus extremos de la sentencia recurrida para que se condenase al litigante a perder la cantidad depositada. Quizá bastaba que la confirmación se hubiese producido en lo principal, aunque la modificación en lo concerniente a aspectos accesorios tales como las costas o los frutos, como quedó establecido en una pragmática de los Reyes Católicos de 28 de marzo de 1489 (en *Libro de bulas y pragmáticas*, tomo I, Fol. 76 v-77r).

<sup>51</sup> MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo II, núm. 1, p. 26; GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado...*, cit., tomo II, título XIV, sección III, p. 217; VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, cit., libro XII, sección VI, p. 452.

<sup>52</sup> ELIZONDO, *Práctica universal...*, cit., tomo V, parte I, cap. V, p. 44.

<sup>53</sup> *Novísima Recopilación 11,23,2*; ESCOLANO DE ARRIETA, *Práctica del Consejo...*, cit., tomo II, capítulo IV, pp. 35-37. Conforme a lo señalado en la disposición segunda del artículo 97 del Reglamento provisional para la Administración de justicia eran necesarios nueve jueces, al menos, para ver y determinar los recursos de injusticia notoria.

<sup>54</sup> Con la adjudicación de esta competencia al Consejo de Indias se le permitió participar en una de las prerrogativas propias del monarca, como era la relativa a los recursos extraordinarios, quien la delegaba a su favor. Algo que indiscutiblemente se tradujo en un incremento de prestigio en relación a otros Consejos y que justificó que sus decisiones tuviesen el mismo efecto que lo

Al igual que pasó con el Consejo de Castilla, se reconoció el abuso con que los litigantes, que seguían los pleitos en alguna de las Audiencias americanas, introducían los recursos ante el Consejo de Indias contra las sentencias por ellas dictadas, aunque en la mayoría de los supuestos faltase la razón que los justificaba, generándose gran perjuicio a los propios litigantes y a la causa pública, al tiempo que se desautorizaba a los tribunales.

Siguiendo los criterios generales vigentes para Castilla, no se podían admitir los recursos de injusticia notoria contra sentencias dictadas en los juicios posesorios de cualquier clase o entidad que fuesen. Tampoco contra con los pleitos pendientes en alguna de las Audiencias de Indias, cuya última decisión correspondiese al grado de segunda suplicación. No se admitían, asimismo, los recursos contra las sentencias de vista mandadas ejecutar, pese a haberse interpuesto suplicación, sin que las partes que lo intentaran introducir hubiesen justificado ante el Consejo que pidieron licencia para suplicar las referidas sentencias y que no fue aceptada<sup>55</sup>.

## 2. TRAMITACIÓN

Como más atrás indicábamos, una de las notas características de este recurso fue la incertidumbre derivada de la falta de especificación del término dentro del cual se podía interponer ante el Consejo de Indias, lo que le distinguía de otros extraordinarios como el de segunda suplicación<sup>56</sup>. Por tanto, se dejaba en manos del litigante introducirlo cuando estimase más oportuno para sus intereses, con la única condición de que la sentencia de revista de la Audiencia americana no hubiese causado ejecutoria o pasado en autoridad de cosa juzgada<sup>57</sup>.

---

decidido directamente por el rey. Sobre ello, MALDONADO Y PARDO, José: *Tractatus de secunda supplicatione sive recursus adversus revisiones sententias Supremi Senatus Regiarumque Chancery et aliorum tribunalium huius regni*, Madrid, 1690, titulus VI, quaestio III, núm. 7, p. 232; ELIZONDO Y ÁLVAREZ, *Práctica universal forense...*, cit., I, p. 183. Recientemente, GARCÍA PÉREZ, Rafael, *El Consejo de Indias durante los reinados de Carlos III y Carlos IV*, Pamplona, 1998, p. 397 y pp. 462-465.

<sup>55</sup> Cédula de 24 de febrero de 1712, en *Cedulario*, tomo III, folio 144, núm. 67; MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., parte I, pp. 15 y 25; CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas...*, cit., tomo I, parte III, capítulo V, núm. 4, p. 514; GÓMEZ Y NEGRO, *Elementos...*, cit., p. 137; ÁLVAREZ, José María: *Instituciones de Derecho real de España*, Madrid, 1829, tomo II, libro IV, p. 249; GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado...*, cit., tomo II, título XIV, sección III, p. 215; VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, cit., tomo III, libro XII, sección VI, p. 451.

<sup>56</sup> PINO ABAD, *El recurso de suplicación*, cit., pp. 174 y 175: «Inicialmente, en Indias, debido a la gran distancia, el término concedido para interponer la segunda suplicación fue de un año, computable desde que la sentencia de revista se notificó al procurador del litigante. Más tarde, se concretó que ese término del año debía empezar a contabilizarse, según la cédula de 24 de septiembre de 1621, desde que la flota o armada del lugar, donde se hubiese incoado el pleito, se hiciese a la mar con dirección a la península. Por su parte, Felipe IV estableció términos diferentes según el lugar donde tenía su sede cada Audiencia indiana».

<sup>57</sup> A modo de ejemplo, *AHN, Consejos, 21.287, exp. 5*, (recurso de injusticia notoria promovido por Tadeo Díaz de Medina, vecino y regidor de La Paz, de las providencias tomadas por la

Dejando al margen los inconvenientes que la falta de concreción del término dentro del cual había de interponerse este tipo de recurso suscitaba, sobre lo que no cabe duda es que el primer trámite que debía cumplir el litigante que quería interponer recurso de injusticia notoria era otorgar poder cumplido y bastante, ante escribano público de su localidad, como de Derecho se requiere y es necesario, a favor de un residente en Madrid, para intervenir en su nombre y representación en todas sus causas civiles, criminales, eclesiásticas y seglares que pudieran ofrecerse en la Corte contra cualquier persona y, por tanto, para comparecer ante los Consejos del rey o alguno de sus tribunales. Se indicaba, a renglón seguido, que se confería el poder de forma especial<sup>58</sup>, para que en su nombre pudiera introducir en el Consejo de Indias los recursos pertinentes, con especial mención al de injusticia notoria. En el mismo poder, el recurrente se comprometía a realizar previamente el depósito o fianza prevista en la citada cédula de 1712, esto es,

---

Audiencia de La Plata en los autos con Bernardino Argandoña, alcalde provincial de La Paz y su distrito, sobre deslinde, apeo y amojonamiento de sus respectivas haciendas) pieza 2, fol. 2r y ss y fol. 9v: «...De las sentencias de vista y revista de las Reales Audiencias de Indias son permitidos los recursos a V.M. y su Real y Supremo Consejo. El mas comun y ordinario es el de segunda suplicación para lo qual prescriben las leyes las formulas y solemnidades que se deben observar... Es cierto que el exponente no interpuso la segunda suplicación de la sentencia de revista de la Audiencia de Charcas por descuido y omision de su procurador y abogado...ya heran pasados los terminos prescritos para interponer el referido recurso, pero no por este defecto ha de percer su Justicia...». De otro caso dio testimonio AYALA, Manuel Josef de: *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias* (manejo edición facsímil), Madrid, 1995, tomo XII (de preladados a sital), voz «recursos», p. 163, núm. 11: «recurrido al Rey Don Manuel de Rivasacho relacionando el pleyto que le movió Don Juan de la Roca sobre subsistencia de un testamento cerrado que formó Doña María Franco Soto su muger, contra el qual y una sentencia del juzgado de provincia, avía pronunciado dos conformes en vista y revista la Audiencia de México a favor de Rivasacho, y del posterior testamento nuncupativo de la misma, que se executaron luego; y no aquietándose Roca porque conociendo serle negado el de segunda suplicación, por aver comenzado el negocio ante el juez de provincia con tres instancias, y otras tantas sentencias, pidió testimonio del proceso en 7 de febrero de 754 que se le mandó dar: y entregado como hacía constar, no usado Roca del tiempo, ni forma, ni interpuesto recurso alguno, por lo qual le quedaba cerrado el inculcar aquella executoria; pues escluido por la ley de la 2ª suplicacion, tampoco le competía el recurso de injusticia notoria, porque prefiniendo éstas sus términos a aquélla para interponerla y seguirla, debía ceñirse a los mismos el recurso de injusticia notoria, mayormente que no sólo había pasado el año para la 2ª suplicación, sino casi quatro desde la expresada sentencia, y dos, y cinco meses desde la entrega del testimonio por cuyos fundamentos suplicó no se admitiese a Roca recurso alguno, ni tratar de este negocio, cuya instancia remitida al Consejo, dijo el fiscal se condescendiese con lo pedido por Rivasacho, mediante no prefinir las leyes del derecho común término al recurso de injusticia notoria: pero que pedidos y remitidos los autos para introducirle se le diese para la conclusión de las dependencias y seguridad de los litigantes y más quando todas las enunciadas leyes y reales decretos conspiraban al más breve despacho y que las partes no fuesen agraviadas con dilaciones, como Rivasacho, que executoriada su dependencia le mantenía pendiente su adversario fiado en que el recurso de injusticia notoria no tenía término. Declaró S.M. por pasado el en que Roca debió introducir el suyo y no haber lugar su admisión, imponiéndole perpetuo silencio y que en ningún tiempo se le admitiese instancia alguna».

<sup>58</sup> Es preciso subrayar que el poder especial era necesario en todas las causas en que podía imponerse pena, como sucedía con los recursos de segunda suplicación, de los que también conocía el Consejo de Indias. Así lo recordó MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo VII, núm. 19, p. 172. Más recientemente, PINO ABAD, *El recurso de suplicación...*, cit., p. 172.

mil pesos escudos en plata<sup>59</sup>. Continuaba el escrito solicitando los despachos que fuesen necesarios hasta obtener las resoluciones correspondientes<sup>60</sup>.

El procurador, dotado del mencionado poder especial, comparecía en el Consejo, solicitando, mediante pedimento dirigido al rey, que se le admitiese la interposición del recurso de injusticia notoria «o el que más hubiera lugar según las circunstancias»<sup>61</sup>. Para tal fin, presentaba testimonio de los autos, resaltando que de ellos se manifestaba la notoria injusticia que contenía la sentencia de revista de la Audiencia por haber sido dictada contra la expresa y terminante disposición de las leyes por las razones que con el mayor detalle seguidamente exponía<sup>62</sup>. El texto continuaba con la súplica, también dirigida al rey, de que una vez presentado el poder, testimonio de los autos y su parte en el recurso, se le admitiese la consignación de la cantidad prevista por las leyes, para que, una vez realizada, se mandase librar el correspondiente despacho de emplazamiento a la otra parte en la forma ordinaria. Concluía con la solicitud de que se revocase la sentencia de revista de la Audiencia «en todo y por todo», al ser notoriamente injusta por el hecho de que la causa no se recibió a prueba en la Audiencia para averiguar cual era la verdad de los hechos o por haber sido dictada contra lo establecido en las leyes<sup>63</sup>, con

<sup>59</sup> Hemos de recordar que, conforme a lo establecido en una cédula de 13 de febrero de 1620, no se exigía que el litigante depositase previamente ante el Consejo de Indias ninguna cantidad cuando decidía interponer el recurso de segunda suplicación. El porqué de esta medida se debió, en palabras de OLÓRZANO PEREYRA, Juan de, *Política indiana*, (manejo edición de Biblioteca de Autores Españoles), Madrid, 1972, libro V, cap. XVII, núm. 10, p. 275: «para que las personas de las Indias que se sintieren agraviadas de las sentencias pronunciadas por las Audiencias de ellas tuviesen más libre y franco el recurso al Consejo y, por ventura, porque no se quiso hacer tanta estimación y confianza de las dichas Audiencias como de las de estos Reynos». Como era de esperar, en pocos años se comprobó que muchos individuos decidían interponer recursos de segunda suplicación de forma frívola, con la única intención de demorar la resolución de las causas en que litigaban, ya que no asumían riesgo alguno, aunque el recurso fuese desestimado. Para erradicar estas conductas fraudulentas, se dispuso, mediante cédula expedida en Madrid el 30 de marzo de 1629, que los presidentes y oidores de las Audiencias de Indias debían obligar a los suplicantes a dar fianzas de que pagarían mil ducados de pena cuando las sentencias de revista fuesen confirmadas por el Consejo de Indias.

<sup>60</sup> *AHN, Consejos, 20355, exp. 3, pieza 3, folios 1r -3r* (Así se recoge en el poder otorgado por Martín de Alzaga, vecino y comerciante de Buenos Aires, de las determinaciones de la Audiencia de La Plata en el pleito iniciado contra él por Juan Romualdo Vizcardo, vecino de Potosí, tesorero jubilado de la Casa de la Moneda y padre de María del Carmen Vizcardo, mujer de Blas de Alzaga, hermano y deudor de Martín de Alzaga, sobre pago de cantidad de pesos como pertenecientes a la dote de María del Carmen Vizcardo); *AHN, Consejos, 20.363, exp. 1* (Recurso de injusticia notoria promovido por Juana de Arriola y Carbura, viuda del coronel José Picoaga, residente en Cuzco, albacea testamentaria del general Gregorio de Viana y abuela y curadora de sus hijos, de las providencias dadas por la Audiencia de La Plata en el pleito seguido en nombre de dicha señora por su hijo, el teniente coronel Francisco de Picoaga con Pedro Antonio de Gurruchaga, vecino de Salta, sobre cobro de siete mil pesos), pieza 2, folio 1 r-v

<sup>61</sup> *AHN, Consejos, 20.316, exp. 1, pieza 12, folio 23 r*; *AHN, Consejos, 20.355, exp. 3, pieza 3, fol. 12 r*

<sup>62</sup> *AHN, Consejos, 20.355, exp. 3, pieza 3, fols. 16r y 19v*; *AHN, Consejos, 20.363, exp. 1, pieza 2, folio 14 r*

<sup>63</sup> *AHN, Consejos, 20.304, exp. 2* (Recurso de injusticia notoria promovido por la Casa de Comercio Ustáriz San Ginés de las providencias dadas por el Consulado de Lima en los autos con

imposición de las costas que se generaran tanto en esa como en anteriores instancias a la otra parte y la devolución de la cantidad que se exigía para la introducción de esta clase de recursos<sup>64</sup>.

A veces también se solicitaba que se condenase a los jueces que conocieron de la causa y que dictaron las sentencias calificadas como injustas<sup>65</sup>.

Por medio de otrosí, el procurador se comprometía a consignar en breve el depósito en la Contaduría del Consejo, para lo cual requería que se comunicase este punto a la subdelegación de penas de cámara, al objeto de que admitiese el depósito que se tenía previsto realizar<sup>66</sup>.

El fiscal del Consejo, en vista de la representación dirigida al rey por el procurador del recurrente y del testimonio que acompañaba de los autos, indicaba si procedía o no que el Consejo acordara que el expediente se pasase a la Sala de Justicia, para que en ella propusiera el interesado el recurso de injusticia notoria, declarando aquella Sala lo que tuviese por conveniente acerca de si debía admitir o no el recurso<sup>67</sup>.

El Consejo, una vez vistos el escrito presentado por el procurador y el informe del fiscal, indicaba mediante decreto si procedía o no proponer el recurso de injusticia notoria, disponiendo que se entregase previamente en la depositaria del propio tribunal por parte del procurador la cantidad en metálico señalada en la cédula de 1712<sup>68</sup>.

En el supuesto de que el recurrente optase por prestar fianza, en vez del depósito en metálico, era imprescindible que el fiador manifestase por escrito

---

Domingo Ramírez Arellano, vecino de Lima, capitán de alabarderos de la Guardia del virrey del Perú, sobre cumplimiento de cierta contrata de fletamento), pieza 4, folio 2r; *AHN, Consejos, 20.312, exp. 2* (Recurso de injusticia notoria introducido por María Vicenta Espinosa, vecina de Piura, de las providencias dadas por la Audiencia de Lima en los autos contra José Cándido de la Llosa y Manzanares, presbítero, y sus hermanas Josefa y María, sobre pertenencia de una casa sita en Piura), pieza 2, folio 3r; *AHN, Consejos, 20.316, exp. 1, pieza 12, folio 48r-v, 96 r-v y 97 r-v*. (Recurso de injusticia notoria introducido por José Matías Elizalde, vecino y comerciante de Lima, como albacea, tenedor de bienes y heredero de Antonio López Escudero, comerciante difunto, de los autos y providencias del Consulado de Lima en el pleito seguido contra Antonio Martínez Negrete, vecino y comerciante de Cádiz, sobre pago de pesos), pieza 12, folios 8v y 9v; *AHN, Consejos, 20.363, exp. 1, folio 9r y 14v*; *AHN, Consejos, 21.287, exp. 5, pieza 2, fol. 5r*. Asimismo, en *AHN, Consejos, 21.289, exp. 1*, (recurso de injusticia notoria interpuesto por Miguel Martínez, por sí y en nombre de otros, todos vecinos y comerciantes de Sevilla y acreedores de Juan Antonio Jimeno, comerciante de Lima, de las providencias dadas por el Consulado de Lima y su Juez de Alzadas en los autos seguidos contra Francisco de Inda y Francisco Javier Izcue, comerciantes de Lima, también acreedores del concurso de dicho Jimeno, sobre nulidad de una escritura y devolución de cantidad de pesos al citado concurso), pieza 3, folios 13v y 14r.

<sup>64</sup> *AHN, Consejos, 20.316, exp. 1, pieza 12, folio 97v*; *AHN, Consejos, 20.363, exp. 1, folio 9 r*.

<sup>65</sup> *AHN, Consejos, 20.316, exp. 1, pieza 12, folio 98r*.

<sup>66</sup> *AHN, Consejos, 20.304, exp. 2, pieza 4, folio 2 r*; *AHN, Consejos, 20.363, exp. 1, pieza 2, folio 9 r*; *28 r*; *AHN, Consejos, 21.289, exp. 1, pieza 3, folio 22r*. Estos trámites eran idénticos en el Consejo de Castilla. Sobre ello, ESCOLANO DE ARRIETA, *Práctica del Consejo...*, cit., tomo II, cap. IV, p. 34; Gómez y Negro, *Elementos...*, cit., p. 138; ÁLVAREZ, *Instituciones...*, cit., tomo II, libro IV, p. 249.

<sup>67</sup> *AHN, Consejos, 21.287, exp. 5, pieza 2, folios 9r y 10r-v*.

<sup>68</sup> *AHN, Consejos, 20.316, exp. 1, pieza 12, folios 19r y 99v*; *AHN, Consejos, 20.355, exp. 3, pieza 3, folio 43 r*.



que se obligaba con su persona y bienes muebles e inmuebles a que, una vez vistos los autos por el Consejo en el recurso de injusticia notoria, si se declaraba no haber lugar a él, confirmándose las determinaciones de la Audiencia de Indias, pagaría de su caudal y bienes inmediatamente fuese requerido, sin aguardar plazo, ni espera alguna, los mil pesos escudos en plata previstos por el auto acordado o su equivalente de quince mil reales de vellón para que distribuyesen conforme a lo que en el auto se disponía, amén de las costas que en su ejecución se causaran. Aceptaba, además, ser apremiado por todo rigor de derecho y vía ejecutiva, obligándose a que, si el recurrente no diese pronta satisfacción de la cantidad principal y costas, las pagaría sin la menor dilación, asumiendo desde ese instante hacer suya la deuda ajena<sup>69</sup>. Por último, el fiador se comprometía expresamente a someterse a todos los jueces del rey en cualquier lugar donde se encontrase, renunciando al fuero propio para hacer efectivo el pago de la cantidad que legalmente correspondía<sup>70</sup>.

Cuando se producía el depósito en metálico o la consignación de la fianza, se expedía por el tesorero receptor de caudales del Consejo el pertinente documento que lo acreditaba<sup>71</sup>, lo que servía para que el Consejo decretase admitido el recurso. Circunstancia que era comunicada a los interesados, con aprobación del correspondiente despacho para citación y emplazamiento<sup>72</sup>.

Conviene subrayar sobre este aspecto que tampoco faltó, en realidad, algún supuesto en que el litigante pretendió introducir ante el Consejo de Indias el recurso de injusticia notoria contra la sentencia de revista de una Audiencia americana, sin proceder al cumplimiento de la obligación del depósito o fianza de los quince mil reales de vellón, sino sólo con la garantía de igual suma de lo que le adeudaba la Real Hacienda o, en su defecto, pretendía que se admitiese por válido el depósito de vales reales consolidados. Examinados por el Consejo las razones que expuso el interesado y el dictamen del fiscal, resolvió que no encontraba reparo en que se consignase en las arcas del Consejo, en lugar de los quince mil reales de vellón en metálico previstos en la ley, la cantidad doblada en vales reales consolidados<sup>73</sup>.

Al margen de estos supuestos particulares, es interesante reseñar que esa obligación de depositar la cantidad en metálico o de afianzar era exonerada para los litigantes pobres, a quienes bastaba con prestar caución juratoria de pagar la indicada cantidad cuando tuviesen suficientes bienes<sup>74</sup>. Como dijimos

<sup>69</sup> AHN, *Consejos*, 21.287, exp. 5, pieza 2, folios 22r-24v.

<sup>70</sup> AHN, *Consejos*, 20.355, exp. 3, pieza 3, folio 2v.

<sup>71</sup> AHN, *Consejos*, 21.289, exp. 1, pieza 3, folio 21v.

<sup>72</sup> AHN, *Consejos*, 20.304, exp. 2, pieza 4, folio 2r; AHN, *Consejos*, 20.363, exp. 1, pieza 2, folio 10v.

<sup>73</sup> AHN, *ULTRAMAR*, 2011, exp. 3, folio 1r y ss. (Instancia presentada el 18 de marzo de 1826 por José Baraciarti en el recurso de injusticia notoria que intentó introducir en el pleito seguido en la Audiencia de Cuba contra José Aranzamendi).

<sup>74</sup> *Novísima Recopilación* 11,23,1 y 2; MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo I, núm. 22, p. 19; ÁLVAREZ, *Instituciones...*, cit., tomo II, libro IV, p. 249; GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado...*, cit., tomo II, título XIV, sección III, p. 216; VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, cit., tomo III, libro XII, sección VI, p. 451.

anteriormente, esto se explica atendiendo a que este recurso y el de segunda suplicación surgieron por motivos de equidad y para reparar los perjuicios que podían desencadenar la aplicación de las sentencias de revista de los tribunales superiores<sup>75</sup>. Para obtener la declaración de pobreza solía bastar con el juramento del litigante interesado o de un tercero idóneo de que el recurrente se hallaba inmerso en situación de penuria económica<sup>76</sup>.

Una vez admitido el recurso, procedía que se remitiesen los despachos competentes a la Audiencia que dictó la sentencia de revista para que citase a la parte contraria y a todos los posibles interesados en los autos, a efectos de que comparecieran o enviasen para su seguimiento en el Consejo de Indias a procurador dotado de poder suficiente. La citación abarcaba hasta la sentencia definitiva y la tasación de las correspondientes costas<sup>77</sup>. Asimismo, se mandaba a la Audiencia indiana la remisión al Consejo de los autos originales<sup>78</sup>.

Recibidos éstos, los procuradores solicitaban su entrega a los abogados defensores de sus representados, para mejor instrucción y hacer en su momento la conveniente defensa en estrados<sup>79</sup>.

Hay que tener en consideración que la consulta de los autos por los abogados era de suma relevancia, ya que durante la tramitación de esta clase de recursos no se podía alegar ni presentar documentos algunos, ciñéndose los miembros del Consejo a valorar lo que recogían los autos. La razón que justificaba esta medida se encontraba en el deseo de que los pleitos no se dilatasen innecesariamente en contra del interés general y del particular de los propios litigantes. Eso significa, en suma, que los jueces competentes en su conocimiento habían de realizar el máximo esfuerzo reflexivo para conocer la verdad por todos los medios de derecho y administrar justicia con exactitud<sup>80</sup>. Esto último no les impedía solicitar todas aquellas informaciones que considerasen necesarias a las partes, antes de dictar sentencia.

Una vez devueltos los autos por los procuradores, se entregaban al relator, a quien se indicaba un término para redactar un memorial. Entregado éste, el procurador del recurrente presentaba otro escrito donde solicitaba que se señalase día para la vista y determinación del recurso<sup>81</sup>.

<sup>75</sup> MALDONADO Y PARDO, *Tractatus de secunda supplicatione...*, cit., titulus V, quaestio VII, núm. 12, p. 188.

<sup>76</sup> *Ibidem*, titulus V, quaestio VII, núm. 19, p. 190.

<sup>77</sup> AHN, *Consejos*, 20.316, exp. 1, pieza 12, folio 100r; AHN, *Consejos*, 20.355, exp. 3, pieza 3, folios 21v-23r y 43r; AHN, *Consejos*, 20.363, exp. 1, pieza 2, folio 28 v.

<sup>78</sup> AHN, *Consejos*, 21.287, exp. 5, pieza 2, folio 16v; MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo VII, núm. 20, p. 173.

<sup>79</sup> AHN, *Consejos*, 20.304, exp. 2, pieza 4, folio 2r; AHN, *Consejos*, 20.355, exp. 3, pieza 3, folio 43v; AHN, *Consejos*, 20.363, exp. 1, pieza 2, folio 37r; AHN, *Consejos*, 21.289, exp. 1, pieza 3, folio 29r.

<sup>80</sup> CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas...*, cit., tomo I, parte III, capítulo V, núm. 9 y 10, p. 518. Esta solución también era aplicable a los recursos de segunda suplicación. Con más detalle, PINO ABAD, *El recurso de suplicación...*, cit., p. 176.

<sup>81</sup> AHN, *Consejos*, 20.304, exp. 2, pieza 4, folio 2v; AHN, *Consejos*, 21.289, exp. 1, pieza 3, folio 33r.

Justo hasta ese momento era factible que el recurrente reflexionase si debía seguir adelante con sus pretensiones o, por el contrario, desistía del recurso interpuesto, al opinar que no había en la sentencia de revista la notoriedad en la injusticia que exigían las leyes y que en un principio le había parecido. Ante esas circunstancias, el procurador solicitaba la devolución a su representado de la cantidad en su día depositada, con el compromiso de satisfacer las costas que con su interposición se habían ocasionado<sup>82</sup>.

De esta petición se daba traslado al fiscal, quien manifestaba la necesidad de que se oyese al procurador de la otra parte, ya que, a consecuencia del despacho de emplazamiento, se le había de considerar parte<sup>83</sup>.

El procurador, partiendo de la presunta buena fe de su contrincante y para evitar que se incrementasen los gastos y dilaciones, podía conformarse con que se accediese a la separación, con tal de que se quedasen satisfechas las costas generadas<sup>84</sup>.

El Consejo, tras conocer la opinión del fiscal y del procurador de la otra parte, acordaba la devolución del depósito y ordenaba que pasasen los autos a la Contaduría, para la tasación de las costas<sup>85</sup>.

Si no se producía el eventual desistimiento, los ministros del Consejo declaraban haber o no injusticia notoria en la sentencia de revista de la Audiencia indiana. En caso afirmativo, ordenaban que se repusieran todas las cosas al estado que tenían al tiempo en que se dictó la referida sentencia, por lo que ésta había de ser revocada y que se devolviese la cantidad depositada para su introducción en la tesorería del Consejo o que se cancelase la fianza, para lo cual libraba el pertinente despacho<sup>86</sup>.

Si, en cambio, se negase el recurso, se decía no ha lugar al recurso de injusticia notoria introducido y, en consecuencia, se le condena a perder la cantidad depositada o afianzada, que se distribuía, conforme a lo previsto en la cédula de 1712, en tres partes iguales: una para la cámara, otra para los jueces de la Audiencia de donde procedía el pleito y la otra para la parte contra la que se intentó el recurso<sup>87</sup>.

La sentencia no se notificaba a los litigantes porque contra ella no cabía ulterior recurso, causando ejecutoria<sup>88</sup>.

<sup>82</sup> AHN, Consejos, 20.363, exp. 1, pieza 2, folio 42r.

<sup>83</sup> AHN, Consejos, 20.363, exp. 1, pieza 2, folio 43r.

<sup>84</sup> AHN, Consejos, 20.363, exp. 1, pieza 2, folio 44r.

<sup>85</sup> AHN, Consejos, 20.363, exp. 1, pieza 2, folio 47r.

<sup>86</sup> AHN, Consejos, 20.304, exp. 2, pieza 4, folio 2v; AHN, Consejos, 20.316, exp. 1, pieza 12, folio 114r; AHN, Consejos, 21.289, exp. 1, pieza 3, folios 33v-34r.

<sup>87</sup> Cédula de 24 de febrero de 1712, en *Cedulario*, tomo III, folio 144, núm. 67.

<sup>88</sup> MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo II, núm. 1, p. 26; GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado...*, cit., tomo II, título XIV, sección III, p. 217; VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, cit., libro XII, sección VI, p. 452.

### III. BREVE REFERENCIA AL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA EN OTROS ÁMBITOS

#### 1. CONSEJO DE ÓRDENES

Ya en las postrimerías del siglo XVIII, concretamente por cédula de 26 de abril de 1795, el rey se limitó a declarar que los recursos de injusticia notoria que introdujesen los vasallos residentes en los territorios de las Órdenes contra las sentencias de revista del Consejo de este nombre, se debían determinar en el Consejo Real, de conformidad a las leyes y autos acordados que en él se venían aplicando<sup>89</sup>, con lo cual nos debemos remitir a lo indicado líneas atrás.

#### 2. CONSEJO DE GUERRA

Asimismo, hubo que esperar a finales de la centuria, para que en una real cédula de 10 de mayo de 1797 se regulase el recurso en este Consejo. A partir de entonces, se autorizó que contra las sentencias dictadas por la Sala de Justicia del Consejo de Guerra se podía interponer el recurso de injusticia notoria, en los mismos supuestos que ya estaban permitidos por medio de las leyes y autos acordados<sup>90</sup>. No obstante, en atención a las especiales características del Consejo se introdujeron algunos cambios respecto al régimen general:

- Se debía interponer ante la Sala de Gobierno del Consejo de Guerra, donde se hacía el depósito de quinientos ducados de vellón o, en su defecto, se prestaba fianza. El secretario debía comunicar tal circunstancia a la Sala de Justicia, para que trasladara los originales del proceso, acompañado de un informe, a la de Gobierno. A renglón seguido, se procedía a nombrar los cuatro jueces que habían de resolver el recurso, con la condición de que no hubiesen participado en el proceso con anterioridad. La presidencia correspondía al juez que seguía al decano.

- Una vez nombrados los jueces togados, se transmitía la comunicación al Consejo de Guerra, correspondiendo al decano la convocatoria de los jueces.

- Ante la eventualidad de que se produjeran discordias en las decisiones de los recursos de injusticia notoria, el rey nombraba a tres miembros para dirimir las.

- Por su parte, cuando se trataba de causas de comercio que se hubiesen seguido en los consulados del reino y llegasen en apelación al Consejo de

<sup>89</sup> Novísima Recopilación XI,23,5.

<sup>90</sup> DOMÍNGUEZ NAFRÍA, Juan Carlos, *El Real y Supremo Consejo de Guerra (siglos XVI-XVIII)*, Madrid, 2001, p. 539 advierte que «efectivamente, con anterioridad no existía, forma legal de recurrir las sentencias dictadas o confirmadas por el Consejo de Guerra, pero, en realidad, los condenados por ellas siempre tenían la posibilidad de recurrir de forma directa al mismo rey». A continuación cita un ejemplo que corrobora su afirmación.

Guerra, por afectar a extranjeros transeúntes, conforme a la resolución de 21 de octubre de 1785, debían depositar mil ducados de vellón, según constaba en la cédula de 12 de agosto de 1773.

– Cuando la sentencia recurrida era confirmada, se ordenó que la tercera parte correspondiente a la cámara regia del depósito de mil ducados, o en su caso quinientos, debía dirigirse al fisco de la guerra, en cuya depositaria se quedaba la cantidad, debiendo ser parte el fiscal togado.

Por lo demás, para el resto de cuestiones no reguladas en estas normas específicas, se había de atender a lo establecido en las leyes, autos acordados, órdenes y práctica seguida<sup>91</sup>.

### 3. EL RECURSO EN LOS NEGOCIOS MERCANTILES

Partiendo del decreto de 1712 se admitió el recurso de injusticia notoria contra las determinaciones del juez de alzadas del Consulado de Cádiz, ya que en dicha norma se indicó expresamente que cabía «contra las decisiones de los tribunales subalternos del Consejo en estos Reinos»<sup>92</sup>.

Más adelante, mediante real cédula de 12 de agosto de 1773 se pretendió resolver las dudas existentes acerca de a qué tribunal correspondía conocer de los recursos interpuestos contra las sentencias que causaban ejecutoria de los jueces de alzada en los pleitos seguidos en los demás consulados de comercio. Se acordó que debía cumplirse lo dispuesto en un decreto de 13 de junio de 1770 y en una cédula de 24 de dicho mes y año. Conforme a éstos, contra las sentencias de los jueces de alzadas no debían admitirse otros recursos que los extraordinarios de nulidad o injusticia notoria en la Sala Segunda de Gobierno del Consejo, donde ya se venían conociendo previamente esta clase de recursos. En todo lo relativo a su introducción, admisión y tramitación se debía acatar lo recogido en los autos acordados. Asimismo, para evitar la malicia de los litigantes se aumentó a mil ducados el depósito que debía realizarse. Cantidad con que serían condenados todos los que usaren de estos recursos siempre que no resultara de los autos la injusticia esgrimida<sup>93</sup>.

Esta normativa se mantuvo hasta la entrada en vigor del Código de Comercio de 1829. En el mismo, se expresó que sólo se admitía el recurso de injusticia notoria contra sentencias definitivas y cuando el importe del objeto de la causa era superior a cincuenta mil reales de vellón<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Real cédula de 10 de mayo de 1797, apartado 13 (Novísima Recopilación XI,23,4); VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, cit., tomo III, libro XII, sección VI, p. 452; DOMÍNGUEZ NAFRÍA: *El Real y Supremo...*, cit., p. 540.

<sup>92</sup> MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo VI, núm. 10, p. 150.

<sup>93</sup> Decreto de 13 de junio de 1770 y Cédula de 24 de junio de 1770; MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales...*, cit., capítulo VII, p. 151.

<sup>94</sup> Artículo 1.217 del Código de Comercio de 1829; GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado...*, cit., tomo II, título XIV, sección IV, p. 217.

La declaración de injusticia notoria no tenía lugar en las causas de comercio sino por violación manifiesta de las formas sustanciales del juicio en la última instancia o por ser el fallo dado en ésta contra ley expresa<sup>95</sup>.

El recurso, para los supuestos admitidos en las leyes, debía interponerse dentro de los treinta días que seguían a la notificación de la sentencia ante el tribunal que la había pronunciado<sup>96</sup>. Esta era una importante ventaja respecto a los recursos de injusticia notoria en los negocios comunes, en los que, como hemos venido insistiendo, no se especificó el término para interponerlos ni la cuantía mínima del pleito, lo que conllevó importantes problemas de incertidumbre, que en el ámbito mercantil se quisieron eludir.

Para que se admitiera a trámite el recurso, debía el procurador presentar poder especial de su mandante<sup>97</sup>. Del escrito en que se interponía el recurso se daba traslado a la parte vencedora en la instancia, quien podía alegar lo que estimase oportuno en su defensa dentro del término de tres días. Conforme a lo expuesto por ambas partes, se declaraba si había lugar o no a admitir el recurso<sup>98</sup>.

Admitido el recurso, se comunicaba a la parte que lo hubiese interpuesto la obligación de depositar la cantidad de cinco mil quinientos reales de vellón, dentro de un determinado plazo.

Si éste hubiese transcurrido, sin que la parte compareciera con el documento acreditativo de haberlo realizado, se declaraba por desierto a petición de la parte contraria y no se admitía nueva instancia sobre él<sup>99</sup>.

Nada se dice acerca de qué podía hacer el litigante en el caso de que la Audiencia no admitiera el recurso. La denegación de este recurso en los negocios comunes no estaba regulada porque, como sabemos, no se interponía el recurso ante la Audiencia, sino directamente en el Consejo. Pero en los negocios de comercio había de interponerse ante el tribunal que dictó la sentencia recurrida, por lo que el litigante se vería desprovisto de cualquier medio de defensa. Tampoco se contemplaba la posibilidad de que el recurrente esgrimiera situación de pobreza y, por tanto, no pudiera hacer frente al depósito establecido.

En su comentario a esta norma, Gómez de la Serna puso de manifiesto que el auto denegatorio del recurso era susceptible de apelación. En caso de que la providencia fuera de admitir el recurso, se debía ordenar que el recurrente

---

<sup>95</sup> Artículo 1.218 del Código de Comercio. Comparando este artículo con el 41 del Reglamento provisional de 1835 y con los artículos 3 y 4 del Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 se observa que el recurso de injusticia notoria era un verdadero recurso de nulidad, con la única diferencia de que el Tribunal Supremo procedía a resolver sobre el fondo del negocio principal; PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, tomo II, Zaragoza, 1945, p. 356. Este autor ve en este recurso el primer precedente de la casación en España. También, CRÓNICA DE LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA, tomo II, Procedimiento civil, pp. 6 y 7; FAIREN GUILLÉN, *Temas del ordenamiento procesal...*, cit., tomo I, p. 70.

<sup>96</sup> Artículo 435 de la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830.

<sup>97</sup> Artículo 436 de la Ley de Enjuiciamiento...

<sup>98</sup> Artículo 437 de la Ley de Enjuiciamiento...

<sup>99</sup> Artículo 438 de la Ley de Enjuiciamiento...

depositara la cantidad de cinco mil quinientos reales en el establecimiento público señalado para los depósitos judiciales. De lo contrario, advierte este autor que si no se presentaba en autos el documento que justificaba su cumplimiento, se declaraba desierto el recurso a solicitud de la parte contraria. En definitiva, subraya la vaguedad y oscuridad de esta ley en el señalamiento del término: «mientras algunos autores fijaban el de treinta días, concedido para la interposición, otros señalan que el depósito siempre se realiza con posterioridad a la admisión del recurso. Por último, nada se decía en relación al litigante pobre»<sup>100</sup>.

Una vez demostrado que se había realizado el depósito, se remitían los autos originales al Tribunal Supremo, que era competente para conocerlo y resolverlo<sup>101</sup>. Los jueces emplazaban a las partes en el término de treinta días<sup>102</sup>, con independencia del lugar donde tuviese su sede la Audiencia que hubiera dictado la sentencia recurrida, lo que podía generar un claro agravio a unos litigantes respecto a otros, según la distancia entre su lugar de residencia y Madrid.

Tras la comparecencia, se entregaba los autos a las partes durante el término de diez días, para que sus abogados estuviesen perfectamente informados de cara a la celebración de la vista<sup>103</sup>. Tiempo que era el mismo en todos los procesos, con independencia de la complejidad o volumen de los autos.

Era importante este trámite, en la medida que no se podían presentar en el Tribunal Supremo documentos, alegaciones o cualquier tipo de pretensión<sup>104</sup>.

Devueltos los autos por el procurador a quien le fueron entregados en último lugar, se señalaba el día para la vista<sup>105</sup>.

Si el Tribunal hallaba fundado el recurso, no solamente declaraba que se había cometido injusticia, sino que también decidía sobre el negocio principal<sup>106</sup>.

Por su parte, si el recurso era desestimado, debía procederse al reparto de la cantidad en su día depositada<sup>107</sup>. La regla era la misma que ya conocemos, esto es, se aplicaba por igual a la cámara del rey, los magistrados contra cuya sentencia se interpuso el recurso y la otra parte litigante.

Una importante singularidad era que la interposición del recurso de injusticia notoria en las causas de comercio no impedía que se ejecutara la sentencia del tribunal de apelación, siempre que el litigante a quien beneficiaba hubiese presentado fianza idónea, a juicio del tribunal, de que estaría a las resultas en caso de que la sentencia fuese revocada<sup>108</sup>.

<sup>100</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado...*, tomo II, título XIV, sección IV, p. 218.

<sup>101</sup> Artículo 1.181 del Código de Comercio de 1829.

<sup>102</sup> Artículo 439 de la Ley de Enjuiciamiento...

<sup>103</sup> Artículo 440 de la Ley de Enjuiciamiento...

<sup>104</sup> Artículo 441 de la Ley de Enjuiciamiento...

<sup>105</sup> Artículo 442 de la Ley de Enjuiciamiento...

<sup>106</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado...*, cit., tomo II, título XIV, sección IV, p. 219.

<sup>107</sup> Artículo 444 de la Ley de Enjuiciamiento...

<sup>108</sup> Artículo 445 de la Ley de Enjuiciamiento...

Hemos de concluir indicando que el Decreto sobre recursos de segunda suplicación e injusticia notoria de 4 de noviembre de 1838 ratificó que en los pleitos sobre negocios mercantiles continuaría aplicándose lo dispuesto en el Código de Comercio<sup>109</sup>, situación que permaneció hasta que el Decreto de unificación de fueros de 6 de diciembre de 1868, puso fin a la andadura del recurso de injusticia notoria en este reducto donde aún perduraba<sup>110</sup>.

#### IV. CRISIS Y DESAPARICIÓN DE ESTE RECURSO EN EL SIGLO XIX

Como es bien sabido, los acontecimientos que se vivieron en España desde 1808 produjeron profundos cambios en el sistema jurídico e institucional heredado de los siglos anteriores. Uno de los momentos más críticos se produjo cuando Napoleón, mediante decreto de 4 de diciembre, decidió destituir a los consejeros de Castilla<sup>111</sup>. Ante el vacío generado en la alta Administración de justicia, se creó el 25 de junio de 1809 el Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, más conocido como Consejo Reunido, al que se encomendó «que en todos los dominios españoles ejerza las funciones que fueron peculiares de todos y cada uno de los antiguos tribunales suprimidos, especialmente los de Castilla, Indias, Hacienda y Órdenes»<sup>112</sup>.

Al objeto de tramitar correctamente todo el cúmulo de asuntos adjudicados por el decreto, el nuevo Consejo Reunido contó con un número indefinido de ministros, quienes se distribuyeron en dos salas de Gobierno y una sala de Justicia. Esta última conoció de aquellos asuntos contenciosos que, por su importancia, no se estimaba conveniente remitir a las Chancillerías o Audiencias

<sup>109</sup> Artículo 24 del Decreto de 4 de noviembre de 1838, en *Colección...*, cit., tomo XXIV, p. 596. Decisión que recibió las críticas de algunos autores, como fue el caso de GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado...*, cit., tomo II, título XIV, sección IV, p. 217 al «quebrantar la uniformidad, tan conveniente en este procedimiento».

<sup>110</sup> *Crónica de la codificación...*, cit., tomo II, p. 8. El Decreto que establecía la unidad de los fueros señalaba en su artículo 1.8 que «Desde la publicación del presente decreto, la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer... de los negocios mercantiles». El artículo 11 recogía que «los procedimientos de toda clase de juicios... se arreglarán a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil», mientras que el artículo 15 agregaba que «con arreglo a lo ordenado en el artículo 11 quedan suprimidos en los pleitos de comercio la tercera instancia y los recursos de nulidad y de injusticia notoria y establecido el de casación en los casos y forma que ordena la Ley de Enjuiciamiento Civil».

<sup>111</sup> *Decreto de 4 de diciembre de 1808*, en DE DIOS: *Fuentes...*, cit., documento XXVIII. Este autor señala en p. LXXXVI que la extinción del Consejo «debemos encontrarla en la naturaleza del nuevo sistema político implantado por Napoleón en su zona de dominio. En un régimen político de carácter liberal no tenía sentido un órgano acaparador de funciones (gubernativas, judiciales y normativas) y defensor de una sociedad de privilegio».

<sup>112</sup> *Real Decreto de la Suprema Junta Central Gubernativa del reino por el que se declara inexistentes los antiguos Consejos, anula las provisiones que éstos hubiesen dado desde el día 4 de diciembre de 1808 y crea un Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias*, en DE DIOS, *Fuentes para el estudio...*, cit., documento XXIX, pp. 154 y ss. Asimismo, CABRERA BOSCH, *El Consejo Real de Castilla...*, cit., pp. 86 y 87.



territoriales. Entre ellos se encontraban los recursos de segunda suplicación e injusticia notoria que debían ser tramitados en el Consejo «en la forma ordinaria, y mientras que sobre ello no se tomen otras providencias»<sup>113</sup>, es decir, que debemos considerar plenamente vigentes las normas que ya existían con anterioridad a la invasión napoleónica.

El Consejo Reunido siguió funcionando durante poco tiempo. El 21 de septiembre de 1810, el de Regencia restableció los diferentes Consejos que la Junta Central había concentrado en uno<sup>114</sup>.

Situación que se mantuvo hasta un momento posterior a la entrada en vigor de la Constitución de Cádiz. Ya en la sesiones de las Cortes se puso de manifiesto la confusión existente entre el nuevo recurso de nulidad, reservado al Supremo Tribunal de Justicia, con el de injusticia notoria, que antes se interponía, según los casos, ante los diferentes Consejos y, entre ellos, ante el de Indias.

Especialmente interesantes nos resultan las palabras de Argüelles, quien aclaraba que el recurso de nulidad tendría solamente lugar en los casos en que no se observasen en la tercera instancia las formalidades que la ley prescribía para el conocimiento y resolución de los pleitos. En el supuesto de que se estimase necesaria declarar la nulidad, el proceso se devolvía a la Audiencia respectiva, para que fuese reexaminado. Agregó que el flamante recurso de nulidad debía calificarse de extraordinario «porque se interpone fuera del territorio de cada Audiencia y ante un tribunal diferente del de provincia, haciendo en este punto una excepción a la regla general que establece que haya cierta subordinación de los tribunales provinciales al Supremo de Justicia, centro de la autoridad judicial».

Respecto al recurso de injusticia notoria, su apoyo a la decisión de la Comisión de suprimirlo no podía ser más contundente: «...Atiéndase bien a las palabras, o sea, al nombre del recurso. Si la injusticia era notoria, los jueces cometían el mayor crimen posible; y siendo esto así, no debía admitirse en todos los casos sin muchas precauciones por no ser inverosímil que ningunos jueces incurrieran tan a menudo en injusticias notorias... Y si las injusticias notorias eran tan frecuentes, ¿cómo no lo han sido en la misma o próxima proporción la responsabilidad de los jueces prevaricadores? ¿Cuántas Audiencias, cuántos jueces o magistrados se han visto depuestos, castigados ejemplarmente en virtud de haberse declarado la notoriedad de la injusticia? Yo no sé de ninguno. Lo único que resultaba era perder el litigante su depósito. En el caso de decidirse contra la injusticia notoria, el tribunal, acusado de ella por el nombre del recurso, subsanaba la nota de notoriamente injusto o la calumnia, con distribuir entre sus jueces parte del depósito. ¡Qué de absurdos, señor, a un tiempo causados por una palabra mal aplicada!... Los pleitos que iban al Consejo bajo de

<sup>113</sup> DE DIOS, *Fuentes...*, cit., documento XXIX, p. 154.

<sup>114</sup> ARTOLA, *Los orígenes...*, cit., tomo I, p. 379. Sobre el papel desplegado por este órgano puede verse PINO ABAD, Miguel, «El Consejo de Regencia desde su constitución hasta el comienzo de las sesiones de las Cortes de Cádiz», *Andalucía en la Guerra de la Independencia (1808-1814)*, Córdoba, 2009, pp. 161-170.

tan especioso pretexto, no estaban todos en este caso. Las más de las veces el nombre y los méritos de la causa distaban mucho entre sí. Pero como aquel existía, era preciso que para guardar la fórmula se admitiesen, como notoriamente injustos, fallos que nada menos tenían que esta odiosa calidad... La protección de la ley ha de ser igual para todos; así no se necesita de remedios extraordinarios, de sutilezas ni de artificios...»<sup>115</sup>.

Por su parte, el diputado Luján recordó que una de las cuestiones básicas del debate parlamentario era si «deberán suprimirse los recursos de segunda suplicación y de injusticia notoria». En cuanto a estos dos recursos extraordinarios, se alineó con el parecer de Argüelles en el sentido de que defendía su supresión. En el aspecto concreto del recurso de injusticia notoria aseveró que «...hay razones poderosas para que se elimine: este recurso no tiene tiempo señalado en que deba intentarse, y nada hay más contrario a la propiedad y a la conveniencia pública que la incertidumbre del dominio de las cosas. Nadie podrá negar que si un litigante tiene en su arbitrio usar de un remedio extraordinario al tiempo que se le antoje, todo aquel tiempo deja de gozar su contrario con seguridad de los efectos de la ejecutoria, que puede romperse por la declaración de este recurso, y esto aun contra una ejecutoria de tres sentencias conformes y graduales, que es cosa más dura y de mayor inconveniente...»<sup>116</sup>.

Moragues recordó más brevemente que «los recursos de nulidad y de injusticia notoria eran unos remedios extraordinarios que para determinados casos establece la ley: el de nulidad que la induce de todo lo actuado cuando se falta a la ley formularia; y el de injusticia notoria, si tiene a bien V.M. establecerlo, tendrá solo lugar en los casos en que la sentencia fuera clara, expresa y terminantemente contraria a la ley...»<sup>117</sup>.

Por último, conviene que nos refiramos a la intervención del diputado Leiva: «...Bien sé que la intención de la Comisión es abolir los recursos de segunda suplicación e injusticia notoria, dejando el extraordinario de nulidad... Creían algunos que el recurso de injusticia notoria sólo podría tener lugar por defecto de poder, jurisdicción o citación (requisitos que ciertamente son elementos esenciales del proceso). Otros le daban más larga extensión, creyendo que tenía lugar dicho recurso siempre que no se aplicase la ley a los casos controvertidos... Se confundía con el de segunda suplicación, de que resultaba que cuando la cantidad litigiosa no alcanzaba a lo que requería la ley de Segovia para la segunda suplicación, se acudía al recurso de injusticia notoria. La Comisión ha creído inconveniente dejar la administración de justicia en este desorden»<sup>118</sup>.

En el texto que se aprobó de la Constitución de 1812 quedó plasmado que contra las sentencias dadas en última instancia por las Audiencias o por el Tribunal Supremo de Guerra y Marina sólo procedía el recurso de nulidad, lo que

<sup>115</sup> Diario de sesiones, núm. 422, p. 2.346.

<sup>116</sup> Diario de Sesiones de las Cortes..., sesión de 29 de noviembre de 1811, núm. 423, p. 2.349.

<sup>117</sup> Diario de Sesiones de las Cortes..., sesión de 29 de noviembre de 1811, núm. 423, p. 2.351.

<sup>118</sup> Diario de Sesiones de las Cortes..., sesión de 29 de noviembre de 1811, núm. 423, p. 2.352.

supuso, en suma, que era inviable la interposición de los recursos de injusticia notoria y de segunda suplicación<sup>119</sup>.

Aunque, indudablemente, el flamante recurso de nulidad guardaba cierta similitud con los dos anteriores, en la medida que se admitía ante el Consejo contra los fallos ejecutorios de las Audiencias, se diferenciaba por su naturaleza y objeto. En este sentido, en la segunda suplicación y en la injusticia notoria se entraba de lleno en el examen de los autos, calificando las pruebas, apreciando los hechos y decidiendo sobre el derecho de las partes en los pleitos, sin que trascendiera ninguna incidencia para el orden público. Por el contrario, la nulidad, más tarde llamada casación, surgió como un remedio de interés general. Su finalidad básica era garantizar que todos los tribunales y jueces cumplieran escrupulosamente las leyes, al tiempo que unificar la jurisprudencia. En conclusión, podemos indicar que surgió en interés de la sociedad, más que en beneficio de los litigantes<sup>120</sup>.

Mediante decreto de 17 de abril de 1812, por el que se creó el Tribunal Supremo, se ordenaba la atribución al órgano de los pleitos que estuviesen pendientes de resolución en los Consejos de Castilla, Indias o Hacienda y los recursos de aquellos negocios que hubiesen sido incoados en las Chancillerías, Audiencias y Juzgados de Hacienda antes de la publicación de la Constitución y cuya competencia se hubiese atribuido legalmente a alguno de estos tribunales desaparecidos<sup>121</sup>.

La vuelta de Fernando VII en 1814 fue aprovechada para acometer la supresión del Tribunal Supremo y, por ende, de la competencia que dos años antes se le había adjudicado sobre diversos recursos<sup>122</sup>.

De hecho, mediante decreto de 27 de mayo se restableció el Consejo Real, con el deseo de que volviese a la situación que estaba a comienzos de 1808<sup>123</sup>. El monarca ordenó en esta misma norma que el sínodo le propusiera qué negocios, de los que tenía tradicionalmente atribuidos en cada una de sus salas,

<sup>119</sup> Artículo 261 de la Constitución de 1812. También en *Crónica de la Codificación española...*, cit., II, p. 14.

<sup>120</sup> MANRESA Y NAVARRO, José María: «Observaciones sobre el recurso de casación en España», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año VIII, tomo XVI, 1860, p. 260.

<sup>121</sup> Artículos 3 y 4 del Decreto de 17 de abril de 1812; DE DIOS, *Fuentes...*, cit., documento XXXI «Supresión de los Consejos y establecimiento de un Supremo Tribunal de Justicia por las Cortes Extraordinarias de Cádiz de 1812», p. 161. De estas cuestiones se ha ocupado MORENO PASTOR, Luis: *Los orígenes del Tribunal Supremo, 1812-1838*, Madrid, 1989, pp. 73, 74 y 353.

<sup>122</sup> MORENO PASTOR, *Los orígenes...*, cit., pp. 89 y 90.

<sup>123</sup> DE DIOS, *Fuentes...*, cit., p. XCI. A su juicio, el Consejo, pese a lo indicado en la norma, no volvió a la situación previa de 1808, por dos razones: «La primera de ella, justificada por la necesidad de un más rápido y menos costoso despacho, afecta a la distribución de competencias entre las salas y adopta un sentido restrictivo. La otra, igualmente limitativa, se refiere a los poderes del presidente o gobernador. La intención del monarca era que el presidente solamente usara de las facultades inherentes a su cargo y de ningún modo tuviera despacho separado. Es decir, el presidente quedaría reducido a las funciones de dirección del Consejo, perdiendo la preeminencia que le venía caracterizando desde mucho tiempo atrás».

convenía separar de su conocimiento, para que los restantes fueran tratados con la mayor diligencia y celeridad posible <sup>124</sup>.

Esta situación se mantuvo hasta el comienzo del trienio liberal, que conllevó la recuperación del Tribunal Supremo, al que nuevamente se sobrecargó de asuntos, como consecuencia de la decisión manifestada por las Cortes en el decreto de 28 de septiembre de 1820, según el cual los negocios judiciales pendientes de resolución hasta el 7 de marzo anterior en los Consejos debían remitirse al citado Tribunal <sup>125</sup>.

Finalizado este breve período liberal, una cédula de la Regencia restableció los Consejos, para que procedieran «a continuar en el ejercicio de sus funciones, interrumpidas de hecho y no de derecho en el día 9 de marzo de 1820, por el pretendido Gobierno constitucional» <sup>126</sup>.

Ya en la década siguiente, mediante el segundo de los decretos promulgados el 24 marzo de 1834 por la reina gobernadora, se creó el Tribunal Supremo de España e Indias, sustituyendo en sus funciones definitivamente a los Consejos de Castilla e Indias. Entre sus cometidos aparecía conocer de los recursos de injusticia notoria <sup>127</sup>.

Como es bien conocido, durante la vigencia del Estatuto Real de 1834 se aprobó el llamado «Reglamento provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción ordinaria», el cual confirmó la atribución al Supremo Tribunal de España e Indias del conocimiento de los recursos de injusticia notoria y segunda suplicación «hasta que otra cosa se determine por ley» <sup>128</sup>, añadiendo que para ver y determinar estos recursos eran necesarios, al menos, nueve jueces.

Un decreto de 20 de agosto de 1836 volvió a reiterar la autorización al Tribunal Supremo para terminar los recursos de segunda suplicación e injusticia notoria de los negocios contenciosos pendientes que se hubieran admitido en las Audiencias antes del día 13 <sup>129</sup>. Día éste que, como sabemos, se promulgó el

<sup>124</sup> CABRERA BOSCH, *El Consejo Real de Castilla...*, cit., p. 90.

<sup>125</sup> Decreto de 28 de septiembre de 1820, en *Colección de Decretos*, tomo VI, pp. 150 y 151.

<sup>126</sup> DE DIOS, *Fuentes...*, cit., documento XXXIV; CABRERA BOSCH, *El Consejo Real...*, cit., p. 96.

<sup>127</sup> Artículo 3.2 del Decreto II de 24 de marzo de 1834, en *Colección de Decretos*, tomo XIX, p. 158. También en DE DIOS, *Fuentes...*, cit., documento XXXV, p. 170. Con detenimiento, se ocupó de su creación ARVIZU Y GALARRAGA, Fernando de, «El Consejo Real de España e Indias, 1834-1836», en *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1974, p. 387; MORENO PASTOR, *Los orígenes...*, cit., pp. 160, 176 y 335; LORENTE, Marta, «Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica», en *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España* (editado por Johannes-Michael Scholz), Frankfurt am Main, 1992, p. 258; CABRERA BOSCH, *El Consejo Real...*, cit., p. 103, nota 58.

<sup>128</sup> Artículo 90.6 del Reglamento provisional de la Administración de Justicia de 1835; *Crónica de la codificación española...*, cit., II, p. 9; FAIREN GUILLÉN: *Temas del ordenamiento procesal...*, cit., I, p. 75; MORENO PASTOR, *Los orígenes...*, cit., p. 228.

<sup>129</sup> Real Decreto de 20 de agosto de 1836, en *Colección de leyes, decretos, órdenes y circulares expedidas por todos los Ministerios y Autoridades superiores*, tomo I, Madrid, 1837, p. 2. También en *Gaceta de 22 de agosto de 1836: «exigiendo la conveniencia pública que los nego-*

decreto por el que se mandaba publicar la Constitución gaditana. Las Cortes, en resolución de 3 de febrero de 1837, declararon que lo mandado en el decreto de 20 de agosto se debía entender que comprendía no solamente los recursos admitidos, sino también los interpuestos antes de restablecerse la Constitución de 1812<sup>130</sup>, lo que debió suponer un importante incremento en el número de recursos que se vieron afectados.

Resulta también de interés señalar, sobre el tema que tratamos, que en la sesión de 30 de abril de 1837 se leyó en las Cortes una consulta formulada por la Sala del Tribunal Supremo de Justicia que entendía de los negocios de Indias para que se declarase, teniendo en consideración que en ese momento no estaba vigente la Constitución en las provincias de América, si estaba o no autorizada para admitir y resolver las apelaciones, competencias, recursos de injusticia notoria, segunda suplicación y los demás que en la parte judicial conocía el extinguido Consejo de Indias, hasta que se resolviese el método y se acordasen las leyes que debían aplicarse en aquellos lugares.

El Gobierno pasó la consulta a las Cortes para su resolución, recomendando urgencia. Por su parte, la Comisión de Legislación propuso a las Cortes que sería muy conveniente que las contiendas judiciales de los habitantes de las provincias de América se terminasen en aquellos lugares sin las incomodidades, dilaciones y gastos que causaban inevitablemente los recursos que llegaban a la Península. Por ello, se aconsejó revisar la legislación de Indias, acomodar el orden de procedimientos a los cambios y organizar los tribunales de modo que pudieran responder a las necesidades, mejorando la administración de justicia. Agregó que hasta que tales cambios se hiciesen realidad, en la medida que seguían llegando recursos al Consejo de Indias conforme a la legislación vigente, no se debía impedir a los litigantes estos remedios legales. En conclusión, debían subsistir los recursos y que, por tanto, tendría que haber en la Península un tribunal que conociese de ellos.

Según el parecer de la Comisión, y en atención a que las condiciones no eran nada propicias para crear un tribunal nuevo, había de ser el Supremo de Justicia el que ejerciera las funciones judiciales del Consejo de Indias, mientras que se estableciesen otras leyes y se adoptase definitivamente el sistema que había de regir en aquellos territorios<sup>131</sup>.

Partiendo de esta consulta y del informe de la Comisión, se promulgó el decreto de 13 de mayo de 1837, donde se autorizaba al Tribunal Supremo de

---

*cios contenciosos pendientes en el Supremo Tribunal de Justicia procedentes del de España e Indias, sigan su curso... vengo en autorizar al Supremo Tribunal de Justicia para que por ahora, y en el ínterin reunida la Nación en Cortes se delibera lo conveniente, termine los negocios contenciosos pendientes en el mismo, y los de segunda suplicación e injusticia notoria que hubieran admitido las Audiencias antes de mi decreto de 13 de este mes».* Este texto es ampliamente comentado por MORENO PASTOR, *Los orígenes...*, cit., p. 237.

<sup>130</sup> Publicado por ORTIZ DE ZUÑIGA, *Biblioteca judicial*, Madrid, 1848, I, pp. 53-54; MORENO PASTOR, *Los orígenes...*, cit., p. 245, nota 513 y en p. 341.

<sup>131</sup> Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, legislatura 1836-1837, V, p. 3.102; MORENO PASTOR, *Los orígenes...*, cit., p. 247, nota 515.

Justicia para que conociera de los recursos de injusticia notoria y los demás judiciales de que conocía el suprimido Consejo de Indias <sup>132</sup>.

Los principales autores del período se afanaron en criticar abiertamente estos permanentes cambios, al tiempo que reclamaban mejores reformas que sirvieran para acelerar la conclusión de los pleitos. Quizá como respuesta a estas reivindicaciones, se promulgó el decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de segunda suplicación e injusticia notoria, en cuya exposición de motivos se advirtió los graves perjuicios ocasionados por no admitirse ante el Tribunal Supremo los recursos de segunda suplicación e injusticia notoria en aquellos negocios ya comenzados ante las Chancillerías y Audiencias, antes del restablecimiento de la Constitución de Cádiz en 1836 <sup>133</sup>.

Para resolver incertidumbres y preservar los derechos de los litigantes, el decreto planteaba la admisión de los recursos de segunda suplicación e injusticia notoria de los negocios pendientes antes del 13 de agosto de 1836, tramitándose y fallándose conforme a las leyes que regían en la misma época <sup>134</sup>.

En ese mismo decreto se ratificó, como antes apuntábamos, que en los pleitos sobre negocios mercantiles continuaría aplicándose lo dispuesto en el Código de Comercio de 1829, situación que permaneció hasta el Decreto de unificación de fueros de 6 de diciembre de 1868, con el que se puso fin a la existencia del recurso de injusticia notoria en este reducto donde aún perduraba.

MIGUEL PINO ABAD

<sup>132</sup> *Colección de decretos*, 1837, I, p. 227; MORENO PASTOR, *Los orígenes...*, cit., p. 247, nota 515.

<sup>133</sup> Este decreto es objeto de amplio comentario por ÁLVAREZ CORA, Enrique: *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Madrid, 2002, pp. 190 y ss.

<sup>134</sup> La Exposición se encuentra en *Gaceta de 6 de noviembre de 1838*. Artículo 1 del Decreto sobre recursos de segunda suplicación e injusticia notoria de 4 de noviembre de 1838 (*Colección de las leyes, decretos y declaraciones de las Cortes, y de los Reales Decretos, órdenes, resoluciones y reglamentos generales expedidos en las Secretarías del Despacho desde 1º de enero hasta fin de diciembre de 1838*, (Madrid, 1846), XXIV, p. 592); GARCÍA GOYENA, Florencio y AGUIRRE, Joaquín, *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*, Madrid, 1844, V, p. 259; VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, cit., tomo III, título XII, sección VI, p. 451; *Crónica de la codificación...*, cit., p. 16: «tenía prisa el legislador por liquidar los recursos de segunda suplicación e injusticia notoria, y así, lo que debía ser objeto de disposiciones transitorias para la supresión de aquellos recursos, se lleva a los artículos 1.º y 2.º, en los cuales se concede un último plazo para su utilización en los asuntos que estuvieran pendientes en 13 de agosto de 1836 –fecha del restablecimiento de la Constitución de 1812– manteniendo sólo el de nulidad para los pleitos que se tramitaran a partir de los veinte días siguientes a su publicación».

MISCELÁNEA





## *Origo, incolae, municipales y civitas Romana* a la luz de la *Lex Irnitana*

El descubrimiento de la *Lex Irnitana* en 1981<sup>1</sup>, publicada en 1986 por González<sup>2</sup> y D'Ors<sup>3</sup> y la edición crítica de Lamberti<sup>4</sup> en 1993, ha atraído poderosamente la atención de los romanistas y suscitado una notable literatura<sup>5</sup> en los treinta años transcurridos analizando, desde diferentes ángulos, nuestra *lex data* del 91 d.C.<sup>6</sup>

En este trabajo nos proponemos analizar las relaciones entre *origo* y *civitas* en la legislación epigráfica española y especialmente en la *Lex Irnitana*, donde no aparece el término *origo* sino el de *incolae*.

El problema del *origo* presenta no pocas incógnitas, tanto por las conexiones existentes entre *origo* y *domicilium* y entre *origo* e *incolae*, como por la connotación más sociológica que jurídica del *origo* en época republicana, de

---

<sup>1</sup> Las primeras noticias de la misma fueron ofrecidas por GIMÉNEZ CANDELA, T., «La *Lex Irnitana*. Une nouvelle loi municipale de la Bétique», en *RIDA* 3<sup>a</sup> s. 30 (1983) 126-140.

<sup>2</sup> GONZÁLEZ, J., «The *Lex Irnitana*. A new copy of the flavian municipal law», en *JRS* 76 (1986) 147 y ss., con traducción del texto en inglés por CRAWFORD, M. H.; Vid. también GONZÁLEZ, «*Ius latii, municipia latina e leggi municipali*», en *Studi Franciosi*, II (Napoli 2007) 1.125-1.134.

<sup>3</sup> D'ORS, A., *La ley Flavia municipal* (Roma 1986); D'ORS, A. – D'ORS, X., *Lex Irnitana*. Texto bilingüe (Santiago de Compostela 1988).

<sup>4</sup> LAMBERTI, F., *Tabulae Irnitanae. Municipalità e «ius Romanorum»*, (Napoli 1993) que ha podido tener en cuenta las últimas variantes reconocidas a través de comprobaciones filológicas con la ayuda de textos fragmentarios de otras leyes municipales flavias descubiertas últimamente.

<sup>5</sup> Vid. LAMBERTI, F., «La “maggiore età” della *lex Irnitana*. Un bilancio di diciotto anni di studi», en *Minima Epigraphica et Papyrologica*, 3 fasc. 4 (2000) 237-256.

<sup>6</sup> Vid. con bibliografía desde un ángulo procesal, TORRENT, A., «*Lex Irnitana: cognitio de los magistrados locales en interdictos y limitación a su competencia por cuantía*», en *AFDUC* 12 (2008) 987-1.006.

tal manera que empieza a adquirir un significado técnico en época clásica, sobre todo a partir de Adriano, debiendo plantearse entonces el *origo* desde otra perspectiva que irá desdibujando la conexión entre *origo* y *civitas Romana* alcanzando su punto de inflexión con la *Constitutio Antoniniana* del 212 d.C.

Como es sabido, en el Mundo Antiguo en general y concretamente en época republicana, cada individuo debía pertenecer a una comunidad determinada en la que desarrollaba tanto la intimidad de su existencia dentro de la *domus*, y en este sentido *origo-domus-domicilium* son términos estrechamente relacionados, como todas las actividades propias de la vida cotidiana: religiosas, sociales, económicas, jurídicas y políticas.

El ordenamiento jurídico romano no podía dejar de tener en cuenta estas relaciones con una proyección diferente en función de un *origo*, que conllevaba consecuencias calificadoras en relación, tanto con sus conciudadanos, como frente a los individuos de otras comunidades y que, inversamente, en Roma tiene su proyección antagonista en la antigua *interdictio aquae et igni* y avanzada la República en el *ius exilii*; ambas figuras a título de sanción cancelaban toda relación del individuo con su comunidad haciendo *tabula rasa* de su *origo*, tribu, nacionalidad –de la que era despojado–, y patrimonio –que le era confiscado.

De ahí la importancia positiva del *origo* que refleja originariamente el asentamiento de un individuo en una área espacial delimitada ya habitada por sus antepasados, donde convivía con familiares y miembros de su misma etnia compartiendo las mismas experiencias jurídicas y que perfila la relación del individuo con zonas espaciales concretas que condicionan su existencia; de tal manera que, como acertadamente señala Nörr<sup>7</sup>: «*die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gemeinschaft oder zu einem bestimmten Orte bringt man üblicherweise unter den Begriff origo.*»<sup>8</sup>

Según lo expuesto, creemos que el *origo* pudo jugar un papel relevante durante la época republicana en Italia, teniendo quizás un valor “conceptualmente sociológico”, pero no por ello menos esclarecedor en el sentido de conexión de los individuos con su solar primigenio, con consecuencias jurídico-políticas probablemente más intensas a medida que nos remontamos en el tiempo, dada la estrecha vinculación de los individuos con su patria y que, en la medida en que se fueron produciendo grandes desplazamientos de individuos<sup>9</sup> de unas ciudades y territorios a otros de distinta etnia o, simplemente, de

<sup>7</sup> NÖRR, D., «Origo. Studien zur Orts-, Stadt- und Reichs-Zugehörigkeit in der Antike», en *TvR* 31 (1963) 526 = NÖRR, D., *Historiae iuris antiqui. Gesammelte Schriften*, I (Goldbach 2003) 334; v. Origo, en *REPW* suppl. 19 (1965) col. 448 y ss. = *Ges. Schrift.* I, 446 y ss. En adelante las citas se referirán al trabajo publicado en *TvR*.

<sup>8</sup> Sobre el origen y fundamento «der origo-Lehre», NÖRR, D., 527-539; add. THOMAS, Y., «*Origine*» et «*commune patrie*». *Étude de droit public romain* (89 av. J.C. – 212 ap. J.C.), (Paris 1966) que trata el *origo* fundamentalmente dentro de la adscripción hereditaria a comunidades concretas.

<sup>9</sup> Destaca estas grandes migraciones internas dentro de Italia, GAGLIARDI, L., *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romani. Aspetti giuridici. I. La classificazione degli incolae*, (Milano 2006).

distintas concepciones jurídicas, el *origo* pasa a tener consecuencias identificadoras con reflejos jurídicos. Pensemos en los *prisci Latini* y sus relaciones privilegiadas con Roma, o en los habitantes de las ciudades peregrinas españolas a las que Vespasiano concedió colectivamente el *ius Latii*, providencia de la que da cuenta Plinio: *Universae Hispaniae Vespasianus Imperator Augustus iactatum procellis rei publicae Latium tribuit* (N.H. III,3,30), cuya datación es controvertida. Probablemente la providencia es del año 74 precisamente pronunciada en virtud de la *potestas censoria* de Vespasiano<sup>10</sup>, fecha que coincide con la finalización de las tareas para la preparación del *census* del 73-74 de las tres provincias españolas llevada a cabo por una comisión extraordinaria<sup>11</sup>; otros<sup>12</sup> la hacen coincidir con la censura de Vespasiano y Tito en los años 73-74; e incluso, hay quien, como Zecchini<sup>13</sup>, retrotrae la providencia a los años 70-71. Su argumentación, al margen de la retrodatación que no parece convincente, no deja de ser interesante porque, teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente expuestas por Bosworth<sup>14</sup>, mantiene que el término *Latium* lo utiliza Plinio con una doble acepción: como referencia geográfica, y este sentido lo utiliza referido al Lazio como área espacial de Italia, y como término jurídico equivalente a derecho latino; y, por otra parte, destaca la intensa utilización propagandística de *Latium* en los años 69-70.

Conviene que nos detengamos en el texto de Plinio porque el problema de la concesión genérica del *ius Latii* a *universae Hispaniae* plantea la cuestión de la extensión y de las causas de la medida, que luego se reflejarán en la *Lex Imitana* al aplicar su regulación a *cives Romani, Latini, incolae*.

En realidad, los problemas comienzan por la propia interpretación de la versión pliniana del edicto de Vespasiano, especialmente la expresión *iactatum procellis rei publicae Latium*; según Sherwin-White<sup>15</sup> alude a las tensiones de la Guerra Social durante los años 90-88 a.C. que acabaron concediendo la ciudadanía romana a los latinos y a los socios itálicos; esta explicación es aguda pero muy alejada de la situación de intensa romanización propia de España en la época flavia, cuando ya había quedado pacificada la región por Augusto desde el año 19 a.C.; no convence la explicación de Sherwin-White a Bosworth, que refiere el texto pliniano al año 69 d.C, pero no en el sentido de «*Lazio agitado por las tempestades de la res publica*»; de ahí que desde consideraciones filológicas y sustituyendo *iactatum* –referido al Lazio– por *iactatus*<sup>16</sup>

<sup>10</sup> Para una interpretación de la *potestas censoria* en los emperadores Flavios, *vid.* TORRENT, A., «A propósito de la *potestas censoria* en los emperadores Flavios», en *Emerita* 36 (1968) 213 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. RODRÍGUEZ OLIVA, P. y STYLOW, A. U., «Zu Ti. Plautius Silvanos Aelianus in Hispanien», en *Chiron* 19 (1989) 463.

<sup>12</sup> Cfr. WIEGELS, R., «Das Datum der Verleihung des *ius Latii* an die Hispanier», en *Hermes* 106 (1978) 196 y ss.

<sup>13</sup> ZECCHINI, G., «Plinio il Vecchio e la lex Flavia municipalis», en *ZPE* 84 (1990) 139 y ss.

<sup>14</sup> BOSWORTH, A.B., «Vespasian and the provinces. Some problems of the early 70 s A.D.», en *Athenaeum* (1973) 49-78.

<sup>15</sup> SHERWIN-WHITE, A.N., *The roman citizenship*, 2.<sup>a</sup> ed. (Oxford 1973) 116.

<sup>16</sup> Rectificando de este modo la lectura de los Códigos R (*Riccardianus* 488, del s. IX), y a3 (*Vindobonensis* 234, del s. XIII).

–referido al emperador–, concluye que la agitación no tenía nada que ver con el Lazio, sino con el ánimo del emperador alterado por los acontecimientos públicos –pensemos en las tensiones propias del año de los cuatro emperadores a la muerte de Nerón entre el 68 y el 69.

En este sentido, quizás pueda ser significativo que uno de estos emperadores, Galba, había sido precisamente gobernador en España de donde partió y recabó apoyos para su nombramiento imperial. Con esta consideración psicológica del *animus* de Vespasiano, Bosworth adelanta su edicto general al 70-71 entendiendo que el poder del *princeps* aún no estaba consolidado, lo que no parece muy convincente por los inmensos poderes atribuidos en la *Lex de Imperio Vespasiani*<sup>17</sup>; pero Bosworth sostiene que en este contexto no es extraño que el ánimo del emperador estuviera *iactatus*, alterado por la reciente guerra civil entre los pretendientes al trono; también se apoya Bosworth en argumentaciones prosopográficas relativas a los gobernadores provinciales de los primeros tiempos del reinado de Vespasiano. No creemos preciso detenernos en las cuestiones filológicas que han sido refutadas por Zecchini<sup>18</sup>, que considera el texto genuino, entendiendo que lo que hay que hacer es explicarlo y no cambiarlo.

También Wiegels –pero su interpretación no despeja todas las incertidumbres– conecta el texto pliniano con las tensiones políticas inmediatamente anteriores de los años 68 y 69 recordando que en ese tiempo se difundió la idea de un posible ensanchamiento del *ius Latii* –«*ius Latii in den Bürgerkriegswirren der Jahre 68/69 verschleudert worden sei*»– habiendo sido Vitelio precisamente quien lo había prometido (Tac. Hist. III,55,3: *foedera sociis, Latium externis dilargiri*) inmediatamente antes de la confrontación directa con los flavianos; esta consideración lleva a Wiegels a entender *procellis* como ablativo locativo, de forma que pierde su función instrumental de causa eficiente<sup>19</sup> en dependencia de *iactatum*; de esta manera, escindido *procellis-iactatum*, el texto quiere decir que Plinio empleó los términos de una metáfora corriente –alusiva a las tempestades políticas que asolan una determinada región– sin querer aplicar la metáfora al propio texto.

Tampoco ofrece mayor seguridad la explicación de Mackie<sup>20</sup>, que el mismo autor la presenta de forma dubitativa: «...*Latium... was precarious until Vespasian confirmed it... This interpretation... may or may not be correct*». Esta incertidumbre cree captarla en el término *iactatum*, pero ahora alusiva a la promesa de Vitelio posteriormente confirmada por Vespasiano.

Zecchini<sup>21</sup> opone a esta interpretación que *iactatum* es frecuentativo mientras que Vitelio proyectó una sola vez esta concesión del *ius Latii* observando,

<sup>17</sup> Vid. PÉREZ LÓPEZ, X., *El poder del Príncipe en Roma. La Lex de Imperio Vespasiani*. (Valencia 2006).

<sup>18</sup> ZECCHINI, G., Plinio il Vecchio, cit., 140.

<sup>19</sup> Desde un punto de vista lingüístico ERNOUT, A. y THOMAS, F., *Syntaxe latine*, (Paris 1984) 101, entienden que en latín esta confusión es posible.

<sup>20</sup> MACKIE, N., *Local Administration in Roman Spain A.D. 14-212*, (London 1986) 216.

<sup>21</sup> ZECCHINI, G., Plinio il Vecchio, cit., 141.

acertadamente, que la dificultad no está en *iactatum* sino en *Latium*, aunque a su juicio Plinio juega con la ambivalencia del término: geográfico y jurídico. Esta ambivalencia se proyecta, además, sobre los conflictos políticos en el año de los cuatro emperadores; pero ¿por qué referirlas al Lazio, y no a Roma, o al Imperio? Sabemos que durante los años 68 y 69 hubo graves crisis en las Galias, Siria, Egipto, que la Italia meridional había sufrido graves daños producidos por fenómenos naturales<sup>22</sup> y que la misma Roma sufrió el incendio del Campidoglio<sup>23</sup>, pero el Lazio permaneció al margen de cualquier grave vicisitud.

Para Zecchini el panorama cambia si, dejando aparte los puros eventos históricos, centramos la atención en los temas propagandísticos ideados y utilizados entre los dos últimos contendientes por el poder, Vitelio y Vespasiano, temas que sobrevivieron en los diez años sucesivos; el Lazio había tenido un papel central en la propaganda viteliana que conecta con la promesa de extender el *ius Latii* a los provinciales mencionada por Tácito, de forma que para Vitelio el término *Latium* fue utilizado en su doble acepción –geográfica y jurídica– que aparece en Plinio y, dado que para Vitelio, Lazio era sinónimo de Roma. Así se comprende mejor el texto de Plinio admitiendo que en los años 68 y 69, los graves acontecimientos de la *res publica* habían agitado el Lazio en cuanto símbolo de Roma, de Italia y del Imperio. Añade Zecchini<sup>24</sup> que Plinio fue escritor flaviano, no viteliano, que escribió poco más tarde del efímero principado de Vitelio, aceptado lo cual, Zecchini trata de probar que si su interpretación es admisible, se debe entonces demostrar cómo los flavianos se apropiaron de este aspecto puntual de la propaganda de Vitelio, dándole consistencia y efectos duraderos.

También formula Zecchini<sup>25</sup> una cuestión que nos parece del máximo interés: *se Plinio usa Latium come «diritto latino», ma anche come Roma, Italia, etc., la sua affermazione suona come se Vespasiano avesse esteso alla Spagna il medesimo diritto che vigeva a Roma, nel Lazio, in Italia, insomma, al centro dell'Impero*. Frente a esta afirmación Zecchini insiste en que, por lo que sabemos de las Leyes Salpensana, Malacitana e Irnitana –que para él son copias de una única *Lex Flavia municipalis*–, la distinción derecho latino-derecho romano era muy firme sobre el plano formal se apoya en que a los municipios españoles sólo se les concedió el *Latium minus*, pero si se observan las diferencias prácticas y concretas entre derecho latino y ciudadanía romana, en esta época, tales diferencias no son significativas.

Uno de los criterios con los que debemos aproximarnos al concepto de *origo* es su nota de alteridad, porque jurídicamente sería un concepto inocuo si no se establece la relación con individuos de distinto *origo*, lo que significa, desde la óptica romana, que el *origo* permite esclarecer las relaciones de poder

<sup>22</sup> Vid. GARZETTI, A., *L'Impero da Tiberio agli Antonini*, (Bologna 1922) 221 y ss.

<sup>23</sup> Vid. con literatura ZECCHINI, G., «La profezia dei druidi sull'incendio del Campidoglio nel 69 d.C.», en *CISA X* (Milano 1984) 121-131.

<sup>24</sup> ZECCHINI, G., Plinio il Vecchio, cit., 143.

<sup>25</sup> ZECCHINI, G., Plinio il Vecchio, cit., 144-145.

o suministrar los criterios para deslindarlas; obviamente ello plantea muchas incógnitas a la doctrina romanística.

Los problemas que se plantean son muchos: la dificultad de aclarar las relaciones entre *origo* y ciudadanía, o el problema de una eventual doble ciudadanía, por citar algunos; en este sentido, y en referencia a los municipios itálicos, De Martino<sup>26</sup> había señalado que sus habitantes se encontraban en la práctica con una doble ciudadanía: una de derecho, la romana, y otra derivada de su nacimiento que implicaba el primer reflejo de su *origo*; término que, como hemos dicho, no parece tener un sentido técnico ni tampoco un claro sentido jurídico en época republicana; creemos que su relevancia es más tardía, adquiriendo un cierto sentido técnico especialmente después de las reformas de Adriano.

Por otra parte, tampoco están tan distanciados el fondo conceptual republicano y el clásico porque, como dice Humbert<sup>27</sup>, el *origo* en época imperial obedece a la misma función identificadora que tenía en la República hablar, por ejemplo, de *Cumani*, *Fundani*, *Campani*, (Fest-Paul. 155 L.) etc., dado que tanto en el Imperio –en sentido técnico– como antes en la República –con sentido genérico–, el término *origo* transcribía la realidad del origen municipal de un *civis romanus* que tiene –o ha tenido– una relación jurídica-política-administrativa singular con una ciudad concreta.

Humbert explica el *origo*, referido a la situación romana, como la vía desde la que una persona ha accedido a la ciudadanía romana y a qué comunidad está o ha estado adscrita. Es preciso insistir en que el *origo* sólo adquiere relevancia técnica a partir de Adriano, y desde entonces tendrá un valor sistemático, y sobre todo implicaciones fiscales<sup>28</sup>, aunque a Thomas<sup>29</sup> le parece insuficiente la interpretación fiscal del *origo*.

Obviamente una cuestión tan relevante como los lazos con una entidad local tenía su importancia en el Mundo Antiguo; Roma entendía la vida política dentro de ciudades singulares cuyos habitantes gozaban de una única ciudadanía: la conferida por su *origo* que generalmente coincidía con la de la ciudad donde tenían su *domicilium* o la que pudieran haber adquirido trasladándose a otra ciudad distinta, dando lugar a numerosas situaciones de evergetismo, situación que producía ambigüedad en el s. I a.C. hasta el punto que Cicerón (*De leg.* 2,2,5), para deslindar el doble modo de adscripción municipal *origo-civitas Romana*, alude a la doble imagen de adscripción por naturaleza: *patria naturae* –que hace referencia obviamente al *origo*–, y *patria civitatis* –donde se ejercen efectivamente los derechos y se cumplen las obligaciones, correspondía o no al lugar de nacimiento o al de la etnia o tribu respectiva.

En cualquiera de ambos casos, el individuo contaba con la protección de los órganos político-administrativos de su ciudad y, lógicamente, debía estar a

<sup>26</sup> DE MARTINO, F., «Il modello della città-stato», en A. GIARDINA y A. SCHIAVONE, *Storia di Roma* (Torino 1999) 134-135.

<sup>27</sup> HUMBERT, M., *Municipium et civitas sine suffragio. L'organisation de la conquête jusqu'à la Guerre Sociale*, (Roma 1978) 327.

<sup>28</sup> NÖRR, D., *Origo*, cit., 551 y ss.; *Origo*, en *REPW*, Suppl. 10 (1965) col. 448 y ss.

<sup>29</sup> THOMAS, Y., *Origine et commune patrie*, cit., 72 y ss.

lo dispuesto por el ordenamiento jurídico de la misma; cada ciudad tenía autonomía propia y desde el punto de vista romano las relaciones jurídico-económicas entre ciudadanos de diversos lugares se admitían en cuanto fueran contempladas en los tratados internacionales *inter civitates*, o en la medida que estas relaciones obedecían a una cierta comunidad jurídica internacional, que es lo que vino a significar el *ius gentium*.

Esto lleva sin duda a destacar la idea del *origo* para contemplar las relaciones entre ciudadanos *ex diverso origine* que necesariamente tuvieron que darse, porque si el individuo únicamente pudiera moverse con seguridad dentro de su comunidad concreta, dificultaría en grado extremo los intercambios comerciales y negaría el derecho a la movilidad de los individuos que, trasladándose a otra ciudad, no contarían con protección alguna a no ser que sus ciudades hubiesen concertado los respectivos *foedera* internacionales o contaran con un cierto grado de comunidad jurídica, como ocurría con la antigua federación del *nomen Latinum*. De ahí la importancia del *origo* como signo de identificación genérico, en principio sin una precisa connotación jurídica en el Mundo Mediterráneo dominado por Roma.

Sin embargo, no sólo se trata de contemplar el *origo* con relación a la *civitas romana* porque también muchos ciudadanos romanos se desplazaban fuera de su ciudad a una colonia latina, a un municipio, a una *civitas foederata*, etc., y a la inversa: los habitantes de otras ciudades de las que traían su *origo* se trasladaban a Roma o a las colonias y los municipios *civium romani* o bien *iuris Latini*, estableciendo nuevos vínculos con las ciudades en las que se instalaban o a las que emigraban<sup>30</sup>.

Frecuentemente, como ha visto Humbert<sup>31</sup>, el nuevo lazo local consagraba el desplazamiento definitivo de un ciudadano originario de Roma que abandonaba su ciudad para cultivar y beneficiarse de nuevas tierras; en estos casos la inscripción en una nueva tribu sancionaba la atribución de un *origo* municipal o local, que llevaba implícita la reorganización de los distritos electorales<sup>32</sup>; en este sentido, los municipios significaron el cauce para ordenar racional y jurídicamente el continuo movimiento de emigración que según Humbert *«aboutit à municipaliser des gentes romaines d'origine»*. Obviamente lo mismo ocurría a la inversa.

El tema del *origo* plantea preguntas tan inquietantes como la que propone Humbert: *l'origine se perd-elle comme elle s'acquiert?* En este punto es preciso distinguir dos hipótesis: si un *municeps* abandona la ciudad de su *origo* por otro municipio, rompe la primera adscripción en favor de la nueva; el fundamento no hay que verlo como un caso de una incompatibilidad jurídica, de acumulación prohibida de simultáneas adscripciones municipales –tal como se contem-

<sup>30</sup> Tratan el tema de la movilidad GAGLIARDI, L., *Mobilità e integrazione*, cit; y anteriormente PORTILLO MARTÍN, R., «*Incolae*», *una contribución al análisis de la movilidad social en el mundo romano*, (Córdoba 1983), estudio que incide más en los problemas históricos, epigráficos y filológicos que en los propiamente jurídicos.

<sup>31</sup> HUMBERT, M., *Municipium et civitas sine suffragio*, cit., 328-329.

<sup>32</sup> Vid. TAYLOR, L.R., *The voting districts of the Roman Republic*, (Roma 1960) 101 y ss.

plaba desde la óptica romana por la imposibilidad de que un individuo pudiera ostentar una doble nacionalidad—, sino que la nueva adscripción —incluso ciudadanía si la ciudad de destino inscribe al emigrante en sus listas censales—, prueba simplemente la voluntad de migrar de un municipio a otro; hasta aquí la primera hipótesis es clara y de ella tenemos muchos ejemplos en las fuentes.

La segunda hipótesis es más preocupante porque demuestra una situación discriminatoria que rompe la igualdad de los ciudadanos ante una misma situación y, sin embargo, esto es lo que se desprende de las fuentes de los dos últimos siglos de la República; de tal manera que muchas veces la emigración a Roma no hacía desaparecer el previo *origo* del emigrante, anulando las consecuencias beneficiosas que tenía el *ius migrandi* de los latinos.

Está documentado que en el 177 a.C. el Senado<sup>33</sup> expulsó a todos los latinos instalados en Roma desde el 189, autorizando al cónsul Claudio a expulsarlos de la *Urbs* obligándoles a retornar a sus ciudades de origen. No nos vamos a detener en este momento en la interesante cuestión de la nulidad de las inscripciones de los nuevos ciudadanos —de origen latino— en el censo romano que se deriva de esta legislación restrictiva, sino fundamentalmente en la conexión *origo-stirps* documentada por Livio; en efecto, ante el abuso del *ius migrandi* por parte de los latinos dejando sus ciudades despobladas y en definitiva debilitando el ejército y los ingresos tributarios romanos, desde el año 188, Roma impuso a los latinos inmigrantes que dejaran un hijo al menos en su colonia de *origo*<sup>34</sup>.

La crueldad de la cláusula *qui stirpem ex sese domi relinquerent*, obligando al abandono de un hijo para hacer efectivo el ejercicio del *ius migrandi* por sus progenitores, plantea la visión romana del *origo* desde un ángulo negativo para atenuar el fraude abusivo de la emigración de latinos a Roma, y de forma positiva, legitimando la emigración a Roma de los latinos con la limitación que acabamos de señalar<sup>35</sup>. La discusión sobre si esta regla hubiera sido promulgada como ley comicial, o bien se debiera a una cláusula insertada en los estatutos de las colonias latinas —como pretenden Broadhead<sup>36</sup> y Kremer<sup>37</sup>—, es una cuestión periférica en la que no vamos a detenernos en estos momentos.

El abandono de la ciudad del *origo* instalándose en una ciudad distinta planteaba ciertos problemas jurídicos relativos al *domicilium*<sup>38</sup>, e implicaba para el emigrante acatar los derechos y obligaciones de su nueva ciudad parti-

<sup>33</sup> Liv. 41,9,9: *Legem deinde sociis Claudius tulit ex senatus consulto edixit, qui socii nominis Latini, impesi maioresve eorum, M. Claudio T. Quinctio censoribus postve ea apud socios nominis Latini censi essent, ut omnes in suam quisque civitatem ante kal. Novembris redirent.*

<sup>34</sup> Liv. 41,8,69. *Genera autem fraudes duo mutandae viritim civitatis inducta erant. Lex socii nominis Latini, qui stirpem ex sese domi relinquerent, dabat, ut cives Romani fierent. Ea lege male utendo alii sociis, alii populo Romano iniuriam faciebant.*

<sup>35</sup> TORRENT, A., «*Ius Latii y lex Irnitana*», en *RIDROM*, 2 (abril 2009) 176. *AHDE* 78-79 (2009) 63. [www.ridrom.uclm.es](http://www.ridrom.uclm.es).

<sup>36</sup> BROADHEAD, W., «Rome migration's policy and the so-called *ius migrandi*», en *CCG* 12 (2001) 86.

<sup>37</sup> KREMER, D., *Ius Latinum. Le concept de droit latin sous la République et l'Empire*, (Paris 2005) 57 y ss.

<sup>38</sup> *Vid.* con fuentes y bibliografía, THOMAS, Y., *Origine et commune patrie*, cit., 34 y ss.; GAGLIARDI, L., *Mobilità e integrazione*, cit., 329 y ss.



cipando en sus *munera* –así se deriva claramente de Ulpiano–<sup>39</sup>, pudiendo alcanzar magistraturas y sacerdocios municipales cuyo carácter honorífico a finales de la República compensaba las cargas financieras que debían soportar los nuevos *municipes*. Ante este panorama vuelve a preguntarse Humbert<sup>40</sup>: *¿la soumission aux charges, qui prouve la réalité concrète de l'attache municipale, est-elle l'exécution d'un devoir juridique, voire le respect d'un devoir moral?* O desde otro punto de vista, ¿para asumir una magistratura local se debe renunciar a la ciudadanía de *origo*? ¿El derecho a las cargas –y a los cargos– municipales estaba reservado a los ciudadanos con *origo* en su propio municipio?

Parece que en un principio las magistraturas y las cargas municipales estaban reservadas a los habitantes primigenios de la ciudad, pero a finales de la República hay suficientes testimonios de personajes que ejercen magistraturas e incluso son *patroni* de diversas ciudades, desdibujándose los perfiles del *origo* hasta que Adriano entendió necesaria una reforma, imponiendo a todo individuo la sumisión a su municipio local para que ninguno pudiera eludir los *munera civilia*.

También para la romanización española, que fue muy intensa en época flavia, se plantea el análisis del relieve jurídico del *origo*, aunque no aparece este término en las grandes leyes municipales españolas de época flavia; en la *Lex Irnitana* por ejemplo, el término utilizado es *incola* que no se corresponde exactamente con *origo* aunque tienen muchos puntos en común.

Este cambio terminológico advertido en la *Lex Irnitana* que hace frecuentes alusiones a una situación de derecho anterior –*ante hac lege*–, suscita el problema de las posibles colisiones entre los nuevos esquemas municipalizadores concedidos por Roma a los municipios hispánicos del *ius Latii*, sustancialmente *ius Romanum* en todas sus vertientes públicas y privadas que, contrariamente a lo que ocurrió en Grecia y en Egipto, no parece haber dado pie a graves fricciones entre el derecho romano y el anterior derecho indígena que desaparece totalmente a partir de la aplicación de los estatutos flavios.

Aunque son muchos los puntos ambiguos en la *Lex Irnitana*, lo que nos proponemos aquí es analizar las consecuencias del *origo* en el *municipium Flavium Irnitatum iuris Latini*, a propósito de la distinción que aparece en la Ley entre *municipes Irnitani* e *incolae* (Capítulos. 19, 69, 71, 84, 94), que aparentemente puede llevar a plantear el *origo* como un factor discriminador en la atribución de derechos *ex lege Flavia Irnitana* –singularmente el *ius adipiscendae civitatis Romanae per magistratum vel per honores*– que para lo no previsto en la misma remite al *ius civile Romanorum* en la cláusula genérica del cap. 93; o a la inversa, entender el *origo* como causa de exclusión de la *civitas Romana*, como ocurrió repetidamente en Italia durante los s. II y I a.C.

<sup>39</sup> Ulp. D. 50,1,1,1 (II *ad Ed.*): *Et proprie quidem municipes appellantur muneris participes, recepti in civitatem ut munera nobiscum facerent...*

<sup>40</sup> HUMBERT, M., *Municipium et civitas sine suffragio*, cit., 330-331.

En este sentido, ni la participación de un individuo con un *origo* diferenciado del romano en los *munera* municipales era suficiente para gozar de todas las ventajas de la *civitas Romana*, y está documentado que en virtud de la *Lex Licinia Mucia* del año 95 a.C., se expulsaba de Roma a numerosos italianos a pesar de su posesión de estado de *cives Romani* y se condujeran como tales –lo que sustancialmente anulaba las ventajas que proporcionaba el *ius migrandi*: derecho a emigrar e instalarse en Roma a individuos con diverso *origo* del romano–<sup>41</sup>, planteando además la cuestión de la eficacia legitimadora de su inscripción en el censo en época republicana y en las listas de ciudadanos en época imperial.

Humbert<sup>42</sup>, a propósito de su comentario a los diversos tipos de *municipia* mencionados por Festo (126 L.), señala que la emigración y el establecimiento prolongado en Roma de los latinos y *socii* itálicos, cada uno con su particular *origo* municipal o colonial, no constituía un obstáculo para que instalándose en Roma adquirieran la *civitas Romana*.

En nuestra opinión, esto supone que el *origo* de los hombres procedentes de municipios y colonias que constitucionalmente eran *rei publicae*, o por seguir la terminología de los autores del Mundo Antiguo, *populi* con su mayor o menor autonomía local, *separatim* de Roma aunque partícipes de una amplia comunidad jurídica con ésta, operaba de modo general originariamente sólo para los latinos como un modo de adquisición de la *civitas Romana* en el caso de emigrar a la *Urbs*.

Por el momento prescindiremos de la delicada cuestión de saber si la sumisión voluntaria a los *munera* de una ciudad con la voluntad de conducirse *pro municipe* creaba la cualidad de *municeps* –que en las leyes flavias permitía el acceso a la *civitas Romana* a magistrados y decuriones, sometiendo a sus habitantes a los esquemas romanos–, o probaba solamente la existencia de esta cualidad.

Avanzando conclusiones diremos que la alusión a los *incolae* en la *Lex Irnitana* se está refiriendo indudablemente a individuos de distinto *origo* instalados en Irni<sup>43</sup>, pero su *origo* no era obstáculo para quedar igualmente sujetos a la ley municipal como si fuesen ellos mismos *municipes*, implicando una asimilación a los irnitanos de personas con anterior adscripción a otras ciudades –peregrinas hasta el decreto de Vespasiano– que va mas allá de los derechos de los latinos en Roma durante el s. I a.C., pues éstos aun habiendo adquirido la *civitas Romana per migrationem et censum*, podían ser expulsados volviendo a ostentar la *civitas* de su *origo* primigenio.

Indudablemente, el Decreto de Vespasiano tuvo un importante efecto nivelador, de tal manera que, aunque todavía pudiera mantenerse la diferenciación del *genus hominum* en atención a su *origo*, quedaban amparados todos los

<sup>41</sup> Vid. TORRENT, A., *Ius Latii*, cit., 63 y ss, con bibliografía sobre el *ius migrandi* y las tensiones entre itálicos y romanos.

<sup>42</sup> HUMBERT, M., *Municipium et civitas sine suffragio*, cit., 7 nt. 8.

<sup>43</sup> Son significativos los textos recogidos en D. 50,1 que tiene la no menos significativa rúbrica *Ad municipales et de incolis*.

españoles por los efectos igualitarios de recibir los beneficios de la concesión general del *ius Latii*.

La *Lex Imitana* –capítulos 94 y 53– son un claro ejemplo de lo que sostenemos, apuntando a una consideración quizá no totalmente diferenciada, pero sí especial; así se desprende además de los capítulos 19, 53, 69, 71, 83 y 84 en los que menciona a los *incolae*.

«Capítulo 94. *R(ubrica). De incolis.*  
*Huic legi uti municipes parere debebunt, ita eius*  
*municipi incolae parento.*  
 Capítulo 53. *R(ubrica). In qua curia incolae suffragia*  
*ferant.*  
*Quicumque in eo municipio comitia Ilviris,*  
*Item aedilibus, item quaestoribus rogan-*  
*dis habebit, ex curiis sorte ducito unam,*  
*in qua incolae, qui cives R(omani) Latinive cives*  
*erunt, suffragia ferant, eisque in ea cu-*  
*ria suffragii latio est.»*

La dicción del capítulo 53: *incolae qui cives (Romani) Latinive cives ferant* que parece aludir a unos *incolae* que podían ser indistintamente ciudadanos romanos o latinos, no concuerda con lo que sabemos de la latinidad: nunca hubo una *civitas Latina*, sino exclusivamente Romana y, frente a ésta, la de cada hombre libre respecto a su ciudad originaria. También podría decirse que los *incolae* eran los primitivos habitantes de Irni antes de su municipalización, o quizá los imitanos de pocos recursos económicos que no habían sido nunca magistrados –pero que podrían serlo en el futuro, capítulo 19–, o los residentes no pertenecientes al municipio, que tal vez sea la explicación más convincente.

Sin embargo de la *Lex Ursonensis* se deriva que *incolae* eran los primitivos habitantes de la colonia creada en el 44 a.C.

De la *Lex Imitana* (capítulo 53), cuyo afán nivelador llega a equiparar *cives romani* y *cives latini* –y esta equiparación acaso sólo tenga fines propagandísticos, porque no hay base en las fuentes de la que se derive la existencia de una *civitas latina* autónoma, aunque sí obviamente había conciencia de la existencia de una categoría étnica, sociológica, latina–, se deduce que *incolae* serían residentes instalados en Irni con un *origo* diferente y, sin embargo, la Ley les concede derechos políticos, obligando al magistrado que deba presidir los comicios para elegir *duoviri*, *aediles* y *quaestores* a convocar a los *incolae* de ciudadanía romana o latina que votarán en la curia que les corresponda por sorteo.

Ciertamente la *Lex Imitana* no apela al *origo* para efectuar esta diferenciación, sino a una calificación por la ciudadanía –*incolae qui cives Romani Latinive erunt*–, aunque se puede aventurar que antes del estatuto igualitario quizá la diferenciación por el *origo* podría significar que no habían podido acceder, por eso mismo, a los cargos municipales reservados a los que tenían su propio *origo* en Irni, como puede derivarse del capítulo 21.

Otro dato significativo es que en la *Lex Malacitana* no se observa ninguna disposición que se refiera a un derecho latino específico<sup>44</sup>, lo que en opinión de Zecchini<sup>45</sup> tendería a confirmar que no subsistían en esos momentos diferencias significativas que no fueran de puro prestigio entre los dos ordenamientos jurídicos, el latino y el romano. Por nuestra parte, añadiríamos que tampoco hay diferencias importantes entre *cives Romani* y *Latini* –verdaderamente resulta impropia la terminología *cives Latini*–, ni incluso entre estas dos categorías –si es que se puede mantener la de los *cives Latini*– y los *incolae*, al menos desde el punto de vista del electorado activo, porque salvo la restricción que hemos visto en lo demás todos venían igualados por el rasero Flavio.

Alguna consideración especial debían tener los *incolae* para ser tenidos en cuenta repetidamente en la *Lex Irnitana* que los cita además de en los capítulos reproducidos *supra*, en los capítulos 19: acceso a la *quaestura*; 69: procesos sobre los recursos económicos comunales reclamados a los *municipes incolae* donde la *Lex Irnitana* es implacable: de las deudas tributarias no debe escapar nadie, en este caso ni los *municipes* ni los *incolae*; 71: que los que demandan en nombre del municipio contra otro *municeps vel incola* puedan citar hasta diez testigos asimismo *municipes incolae*; 83: obligación de *municipes incolae* de prestar servicios públicos y contribuir a la indemnización si hubiere lugar a favor de los expropiados por causa de obras públicas ordenadas por los *decuriones conscriptisve eius municipi*; 84: *municipes incolae* litigantes activos o pasivos, en nombre propio o en representación de otro *municeps incolae* siempre que el proceso versare sobre algún asunto cuya cuantía fuere de hasta 1.000 sextercios.

Según lo expuesto, la equiparación entre *municeps* e *incola* es bastante completa, como si el diferente *origo* no contara en absoluto ni tuviera repercusión alguna. En determinadas inscripciones hispánicas, y en alguna encontrada en Roma relativa a un hispano, da la impresión de que el término *origo* significa simplemente una referencia del origen del individuo, todos ciudadanos romanos e inscritos en las tribus Quirina o Galeria, según los casos.

Así, puede avanzarse que de los capítulos citados de la *Lex Irnitana* se desprende la desaparición de los anteriores criterios diferenciadores del *genus hominum* en virtud de su *origo*, probablemente porque la estructura municipal concedida por Roma ejercía una atracción tan fuerte que llegaba a anular totalmente los lazos de los hombres con su patria de *origo*; es posible que también pueda entenderse como una manifestación de la política centralista imperial, igualando a todos los hispanos dentro de las prácticas político-administrativas romanas que, por otra parte, no se implantaron *ex nihilo* pues antes de la nivelación flavia hay suficientes ejemplos en ciudades peregrinas que habían adoptado títulos romanos para sus magistrados indígenas, actuando los senados locales<sup>46</sup> con un cierto mimetismo de los procedimientos administrativos roma-

<sup>44</sup> En este sentido, SPITZL, T., *The lex municipi Malacitani*, (München 1984) 3-8; 122.

<sup>45</sup> ZECCHINI, Plinio il Vecchio, cit., 145.

<sup>46</sup> Vid. RODRÍGUEZ NELA, J. F., «Gestión administrativa en las comunidades indígenas hispanas durante la etapa premunicipal», en *Actas del I Coloquio de Historia Antigua de Andalucía*,

nos: acuñaciones de moneda; nombramiento de *legati*; envío de *legationes*; reproducción de magistrados jurisdiccionales, etc.

A nuestro modo de ver, Ortiz de Urbina<sup>47</sup> se pronuncia de forma contradictoria cuando subraya que el uso de esta terminología estatal, entendemos que se refiere a la romana, documentada asimismo en Italia antes de la Guerra Social, disminuye a medida que avanza la integración de las comunidades hispanas en la práctica administrativa local romana, constatándose entonces el término *ordo decurionum* en referencia al ámbito social del que surgen los miembros de las curias locales. Es posible que *ordo decurionum* sustituyera al término *senatus*, pero en todo lo demás la terminología publicística que se impuso es romana.

Aunque de la *Lex Imitana* aparentemente se deduce una cierta equiparación entre *cives Romani*, *cives Latini e incolae*, esta equiparación es negada por Thomas<sup>48</sup> que distingue, por un lado ciudadanos de pleno derecho: *cives*, *coloni*, *municipes*; por otro los *incolae* que entiende como extranjeros residentes en la ciudad de acogida, categorías que deben entenderse en relación con la ciudadanía romana. Para Thomas la división entre *cives e incolae* tiene claramente una significación local; sin embargo esta significación es parcial y queda incompleta si no se la relaciona con la ciudadanía romana; tanto *cives* como *coloni* y *municipes* eran ciudadanos de pleno derecho de su comunidad, y a través de su ciudad pertenecían eventualmente también a la patria universal de ciudadanos romanos; miembros de una comunidad urbana de ciudadanos romanos o de una comunidad de derecho latino en la que habían ocupado una magistratura pertenecían de pleno derecho a la patria común.

En época republicana si los *incolae* que habían fijado su principal establecimiento, su *domicilium*, en otra ciudad distinta de su *origo* no eran plenamente miembros de la misma y su desplazamiento residencial no anulaba su pertenencia a su ciudad de origen, análogamente los romanos en una ciudad peregrina seguían siendo romanos, ellos y sus descendientes, y los peregrinos en una ciudad romana seguían siendo peregrinos ellos y sus ascendientes cualquiera que fuera el tiempo pasado entre romanos.

En época tardo-republicana todavía pueden verse diferencias importantes entre ciudadanos propiamente dichos de cualquier *civitas* y los *incolae*, si bien es cierto que se menciona a los *incolae –municipibus incoleisque–* entre los beneficiarios de los actos de munificencia (baños, juegos, banquetes, distribu-

---

(Córdoba 1993) 397-400; «Organización administrativa de las comunidades hispanas y magistraturas monetales», en GARCÍA BELLIDO, M. P. – SOBRAL CENTENO, R. M. (eds.), *La moneda hispánica. Ciudad y territorio*, (Madrid 1995) 265-266; «Hispani principes. Algunas reflexiones sobre los grupos dirigentes de la Hispania prerromana», en *Cuadernos de Arqueología*. Universidad de Navarra, 6 (1998) 112-133. Un proceso análogo se había experimentado en Italia con anterioridad a la Guerra Social en las *civitates foederatae* y colonias latinas; vid. LAFFI, U., «I senati locali nell'Italia repubblicana», en *Les «bourgeoisies» municipales italiennes aux II<sup>e</sup>me. et Ier. siècles av. J.C.*, (Paris-Napoli 1983) 61-70.

<sup>47</sup> ORTIZ DE URBINA, E., *Las comunidades hispanas y el derecho latino*, (Vitoria 2000) 86.

<sup>48</sup> THOMAS, Y., *Origine et commune patrie*, cit., 1-3.

ción de alimentos), y hay evidencias epigráficas de ello<sup>49</sup> recogidas por Liebenam<sup>50</sup> y De Ruggiero<sup>51</sup>, por lo que la dispersión del concepto de *incolae* hay que remontarla a épocas anteriores a las leyes flavias.

A Thomas le parece insuficiente estudiar este tema desde un análisis puramente local de los estatutos municipales, porque deja en sombra la organización de conjunto en la que cada comunidad no es más que una simple rueda de la ciudadanía romana que está en otro nivel. Lo que interesa a Thomas no es por tanto la coexistencia de ciudadanos y residentes en las ciudades, sino la función que reviste esta coexistencia en un Estado en el que la ciudad no es sino un primer grado de organización; no le interesa los estatutos de *civis* y de *incola*, sino la arquitectura política que se deriva de su articulación, teniendo en cuenta la ciudadanía común y los documentos epigráficos e incluso jurídicos relativos a las ciudades que casi nunca hacen alusión a la totalidad en la que encuentran su sentido.

Ciertamente este punto de vista es interesante, e incluso Thomas quiere vislumbrarlo en Savigny<sup>52</sup> y Mommsen<sup>53</sup>. En efecto, el Imperio romano estaba compuesto por un mosaico de ciudades más o menos autónomas y las ciudades fueron el canal a través del cual, desde el s. I a.C., los habitantes del Imperio accedían a la ciudadanía romana, y contra la tesis de Braunert<sup>54</sup> de que la concesión de la ciudadanía romana –y de la latinidad– era un beneficio individual, hoy se ha abierto paso que se concedía colectivamente; asimismo se piensa que la organización política de las nuevas ciudades fue superando la vieja idea de la ciudad-Estado para irse dirigiendo a la formación de un gran Imperio mundial que tenía a Roma como *communis patria*.

Este proceso ya había sido intuido por los Graco (133-123 a.C. como modo de resolver el problema itálico) pero la resistencia de la clase oligárquica romana no permitió llevar a cabo la gran reorganización que exigía la situación política de las ciudades latinas aliadas, y hay que llegar a la Guerra Social para empezar a ver, transformadas en colonias y municipios, las antiguas ciudades latinas y de *socii italici* con mayor o menor autonomía municipal; más tarde la concesión de la ciudadanía romana por César a la Galia Cisalpina en el 49 a.C.<sup>55</sup>, fundando además numerosas colonias por todo el Imperio –en España la colonia de Urso en el 44 a.C.–, y la reorganización de Augusto, extendie-

<sup>49</sup> ILLRP 617; 622; ILS 6.271.

<sup>50</sup> LIEBENAM, W., *Stadtverwaltung im römischen Kaiserreiche*, (Leipzig 1900; reed. Roma 1967) 211.

<sup>51</sup> DE RUGGIERO, E., *La patria nel diritto romano*, (Roma 1921) 169 y ss.

<sup>52</sup> SAVIGNY, F., *System des heutigen römischen Rechts*, VIII (Berlin 1849) 14 y ss.

<sup>53</sup> MOMMSEN, T., *Römisches Staatsrecht*, III,1 (1886; reed. Graz 1952) 781: *ist die römische Bürgerschaft rechtlich vielmehr die Confederation der sämtlichen Bürgergemeinden, oder, wie die römischen Rechtslehrer dies ausdrücken, es steht für jeden Römer neben der communis patria Roma*.

<sup>54</sup> BRAUNERT, H., «Ius Latii in den Stadtrechten von Salpensa und Malaca», en *Corolla Swoboda*, (Graz-Köln 1966) 127.

<sup>55</sup> Vid. LURASCHI, G., *Foedus Ius Latii Civitas*, (Padova 1979) 379 y ss.

ron fundamentalmente en la *pars Occidentis* una organización municipal *more romano* superadora de la antigua idea de la ciudad-Estado<sup>56</sup>.

Los emperadores posteriores fueron elevando al rango de colonias y municipios ciudades de las Galias, España, África, unas de derecho romano y otras de derecho latino como las ciudades españolas a partir de Vespasiano, diferencia que a finales del s. I d.C. era más formal que sustancial.

Thomas sostiene acertadamente que se ha incidido más en los problemas singulares de los estatutos particulares prescindiendo de la visión general del encuadramiento de los municipios provinciales en la *patria communis*; esta visión propia de un historiador que pretende conocer las causas generales de la marcha de la Historia, no deja de ser una llamada de atención a los romanistas que, en ocasiones, sugestionados por consideraciones dogmáticas, pretendemos verlas reflejadas en las situaciones particulares; en nuestra opinión, especialmente en el caso que nos ocupa, no podemos prescindir de esos estudios particulares que tratan de analizar los estatutos municipales y coloniales, con el problema añadido de tratar de deslindar la aplicación del derecho romano en las colonias y municipios *civium Romanorum* provinciales, de las consecuencias jurídico-políticas de la aplicación del *ius Latii*, por ejemplo en España.

El esfuerzo por aclarar todas estas cuestiones que había iniciado Mommsen brillantemente, puede decirse que se ha acrecentado de forma notable desde los años 80 del pasado siglo hasta el presente.

Así, aunque Chastagnol<sup>57</sup> mantiene que la proliferación de municipios latinos en el s. I d.C. arranca del emperador Claudio, entendemos por nuestra parte que el esfuerzo principal en este sentido lo realizó Vespasiano<sup>58</sup>, y el mejor ejemplo de ello es la concesión genérica del *ius Latii* a España –de lo que informa Plinio: *universae Hispaniae Vespasianus Augustus iactatum procellis rei publicae Latium tibiuit* (N.H. 3,30)–, reflejada en los *municipia Flavia iuris Latini* de Salpensa, Malaca, Irni, cuyos estatutos conocemos con una cierta amplitud, a lo que hay que añadir restos fragmentarios de otras leyes municipales ibéricas.

La concesión a España del *Latium minus* –el *Latium maius* empezó a concederse en el s. II d.C.–, prueba a nuestro entender el afán de los emperadores flavios de integrar a los provinciales en la ciudadanía romana, y la repetida referencia en la *Lex Imitana* al *ius Latii* y a los *cives Latini* –que como cate-

<sup>56</sup> Vid. GABBA, E., «Dallo stato-città allo stato municipale», en *Storia di Roma* (Einaudi) II,1 (Roma 1990) 697 y ss.

<sup>57</sup> Vid. CHASTAGNOL, A., «A propos du droit latin provincial», en *IVRA* 38 (1987) 1-24; *Considérations sur les municipes latines du premier siècle ap. J.C.*, en *L'Afrique dans l'Occident romain*, (Roma 1990) 351-365.

<sup>58</sup> En este sentido LE ROUX, P., «Municipe et droit latin en Hispania sous l'Empire», en *RHD* 4<sup>a</sup> s. 64 (1986) 325-330; «Les villes de statut municipal en Lusitanie romaine», en *Les villes de la Lusitanie romaine. Hiérarchies et territoires*, (Paris 1990) 35-49; «Municipium Latinum et municipium Italiae: à propos de la lex Imitana», en *Epigraphia. Actes du Colloque in mémoire de A. Degraffi*, (Roma 1991) 565-582; *Romains d'Espagne. Cités et politique dans les provinces (Ile. siècle a. J.C. – IIIe. siècle ap. J. C.)*, (Paris 1995) 79-87. Con una visión muy particular, véase SAUMAGNE, Ch., *Le droit latin et les cités romaines sous l'Empire* (Paris 1965) 6 y ss.; vid. la recensión de LUZZATTO, G. I., en *SDHI* 31 (1965) 411-423.

goría jurídico-constitucional autónoma nunca existió en la República—, puede ser un síntoma de una cierta devaluación no tanto de la *civitas Romana*, sino quizás de la idea de ciudad-Estado porque no nos atrevemos a calificar como ficción la idea de Roma como *communis patria*, según afirma Thomas<sup>59</sup>.

El edicto de Vespasiano cambió el panorama de las ciudades españolas convirtiendo a algunas de ellas en *municipia iuris Latini*, lo que tampoco es una novedad, dado que se conocen colonias latinas en España desde el 171 —*Carteia*, más propiamente colonia de *libertini*, y las creadas por César y por Augusto—. La novedad radica en la configuración de los antiguos *oppida* y *civitates peregrinae* precisamente en *municipia iuris Latini* desarrollando el edicto de Vespasiano según la misma *Lex Irnitana* mediante sucesivas regulaciones dictadas por los emperadores Tito y Domiciano que iban configurando las estructuras municipales *ad exemplum urbis* con magistrados, senado y asambleas populares miméticas con los modelos romanos; la aceptación por la *Lex Irnitana* de las magistraturas anteriores: *aediles* y *quaestores* (capítulos 19 y 20), y la alusión a los *duoviri* como magistrados jurisdiccionales, prueba la decisiva influencia de los esquemas romanos con anterioridad a su regulación estatutaria, impuesta tanto a los *cives Romani et Latini* como a los *incolae* (capítulo 94).

No puede haber mejor noticia sobre los afanes centralistas imperiales que en este caso encauzaban la promoción de las ciudades indígenas a municipios mediante una regulación centralizada y controlada por el poder romano<sup>60</sup>.

ARÁNZAZU CALZADA GONZÁLEZ  
Catedrática de Derecho Romano  
de la Universidad de Alicante

---

<sup>59</sup> THOMAS, Y., *Origine et commune patrie*, cit., 15 y ss.

<sup>60</sup> THOMAS, Y., *Origine et commune patrie*, cit., 5.



# La instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 1845

(Una contribución al estudio de la potestad reglamentaria en España)

SUMARIO: I. Introducción.–II. La instrucción como técnica usual en el antiguo régimen.–III. La instrucción en la primera mitad del siglo XIX.–IV. Referencia al modelo constitucional español de 1812-1845 sobre ley y reglamento.–V. La instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 1845.–VI. Conclusiones.–VII. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

En plena década moderada (1843-1854), siendo Ministro de la Gobernación de la Península D. Pedro José Pidal (Marqués de Pidal) bajo las órdenes de Narváez, se dicta el Real Decreto de 10 de octubre de 1845, con el título «mandando observar la adjunta Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas». Este Real Decreto supone un hito de gran trascendencia en la evolución del Derecho Público español, tanto desde el punto de vista de su contenido, como por la problemática formal que plantea su valor normativo como reglamento, tema que dominará todo el siglo XIX y parte del XX.

A la vez, debe tenerse en cuenta que en la cronología de los hechos históricos a partir de la muerte de Fernando VII en 1833, con la regencia de María Cristina, comienza la Primera Guerra Carlista que durará hasta 1840, en 1843 Isabel II es proclamada mayor de edad con trece años (poniéndose fin a la Regencia de Espartero 1841/1843), iniciándose la época moderada con Narváez.

Desde el punto de vista del Ordenamiento Jurídico y, como aproximación, debe recordarse que se dicta la Constitución de 23 de mayo de 1845<sup>1</sup> (presentada como una reforma de la de 1837), y se inicia un período de fuerte institucionalización de la Administración moderna en España (la reforma, siendo Ministro de Hacienda Manuel García Barzanallana, de la Hacienda Pública –RD 23 de mayo de 1845–, las Leyes de 8 de enero de 1845 de organización y atribuciones de las Diputaciones y de los Ayuntamientos, la reforma Pidal de la Universidad –RD 17 septiembre 1945<sup>2</sup>, etc.). A lo anterior hay que añadir, como antecedente inmediato de la época, la labor que había desplegado Javier de Burgos, primero con la «Exposición dirigida a S. M. el Sr. Fernando VII», desde París (24 de enero de 1826)<sup>3</sup>, su nombramiento como Ministro de Fomento en octubre de 1833 (en atención «a sus especiales conocimientos»), la división territorial de la península e islas adyacentes en 49 Provincias efectuada por Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, y otro de la misma fecha nombrando los Subdelegados de Fomento, con una Instrucción que se acompaña y que estos deberán observar.

## 2. LA INSTRUCCIÓN COMO TÉCNICA USUAL EN EL ANTIGUO RÉGIMEN

Un aspecto que llama la atención en la bibliografía de Derecho Público sobre las denominadas «Instrucciones» consiste en que su tratamiento prescinde de la larga tradición española en el uso de las mismas, partiéndose, en general, de posiciones y planteamientos de derechos extranjeros, fundamentalmente, del Derecho Francés y Alemán. El primer trabajo monográfico sobre las «Instrucciones» es el publicado en la Revista de Administración Pública núm. 24 de Ortiz Díaz que toma como punto de partida «*les mesures d'ordre interieur*» del Derecho Francés, como expresión general comprensiva de otras como Instrucciones y Circulares<sup>4</sup> y las «*Werhaltensbefehle*» del Derecho Alemán. Poco después, se edita el monográfico, ya clásico, de Baena del Alcázar<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Gaceta de Madrid, suplemento del 23 de mayo de 1845.

<sup>2</sup> Sobre este aspecto en concreto y la influencia francesa en nuestro Derecho administrativo de la época debe verse, NIETO Alejandro: «Influencias extranjeras en la evolución de la ciencia española de derecho administrativo», *RAP*, 183, pp. 17-67, y GALLEGO ANABITARTE: *Formación y enseñanza del derecho público en España (1790-2000)*, Madrid 2002, y el trabajo, ya clásico, de PESET Mariano: «Universidad y enseñanza del derecho durante las regencias de Isabel II (1833-1843)», el *AHD* 1969.

<sup>3</sup> «*Papel de gran celebridad, procurado, buscado, leído y sancionado por el voto unánime de los amantes de la patria..., y las copias circularon dentro del Reino, hasta el número de cinco mil*», tomo la cita de MESA SEGURA, Antonio: «La labor administrativa de Javier de Burgos», *REVL* 1945, p. 774.

<sup>4</sup> ORTIZ DÍAZ, «Las Circulares, Instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso de exceso de poder en la jurisdicción del Consejo de Estado francés», *RAP* 24 (1957).

<sup>5</sup> BAENA DEL ALCÁZAR, «Instrucciones y Circulares como Fuente del Derecho Administrativo», *RAP* 48 (1965), pp. 107-126.

sobre «Instrucciones y Circulares como Fuente del Derecho Administrativo» en el que se repasa la doctrina francesa, italiana y alemana, y para lo español se parte de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957<sup>6</sup>, como si de una figura nueva se tratase y sin antecedentes históricos.

Sin embargo, existe mucho material que pone de manifiesto el uso de la técnica de «las instrucciones» en los diferentes reinos de la Península Ibérica, de manera que dicha técnica se puede rastrear desde la Edad Media. Es muy notable la aportación realizada en la obra de Stéphane Péquignot<sup>7</sup> sobre el uso de «las instrucciones» a partir del año 1283 en el paisaje documental de las relaciones diplomáticas del reino de Aragón. En concreto, se califican como documentos clásicos de la diplomacia medieval y aparecen entre otros documentos usuales de la época (salvoconductos, cartas credenciales, poderes, etc.)<sup>8</sup>. Péquignot nos cuenta como «las instrucciones» a los embajadores ofrecen un elocuente testimonio del esfuerzo desplegado por la Cancillería real aragonesa para manejar adecuadamente las negociaciones con otras potencias del entorno. La primera lectura presenta la técnica de «las instrucciones» como ordenes escritas que materializan la voluntad concreta del Rey<sup>9</sup>, aunque existen diversas formas para la elaboración de las mismas, entre las que destaca la consistente en conversaciones previas entre el rey y el embajador que, luego, se fijan en la correspondiente instrucción para precisar los términos concretos de la misión, viniendo a constituir la misma, en una segunda lectura, el marco en el que se puede mover el embajador, pero respetando la «palabra dicha por el rey» y, además, a diferencia de otros documentos del mundo diplomático, no se encuentra sometida a formularios preestablecidos por la Cancillería, lo que da idea de la gran libertad de la técnica<sup>10</sup>.

También los Reyes Católicos, de forma clara, utilizan la técnica de las instrucciones para hacer efectiva la Real Pragmática de 9 de julio de 1500 que contenía los «Capítulos para Corregidores y jueces de residencia»<sup>11</sup>. Las ins-

<sup>6</sup> Tampoco trabajos más recientes hacen referencia al planteamiento histórico-jurídico de las Instrucciones, como el de MORENO REBATO, Mar, «Circulares, Instrucciones y Ordenes de Servicio: Naturaleza y Régimen Jurídico», *RAP* 147 (1998), pp. 159 y ss.

<sup>7</sup> Stéphane PÉQUIGNOT, «Au nom du roi. Pratique diplomatique et pouvoir durant le règne de Jacques II d'Aragon (1291-1327)», *Casa de Velázquez*, Madrid 2009.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 25 y nota 12 con referencia a la publicación de las mismas por L. KLÜPFEL: *Die dussere Politik Alfonsos III von Aragonien*, Doc III-I, pp. 146-147; y las instrucciones (*capitols*) de Jaime de Sicilia (futuro Jaime II) enviadas a sus embajadores en 1290 a su hermano Alfonso, en G. LA MANTIA, *Codice diplomático dei re aragonesi di Sicilia*, Tot. I, doc CXCVI, pp. 459-463.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 300, nota 22, el encabezamiento de las instrucciones a un embajador enviado al rey de Mallorca: «*Aquets són los capitols, los quals lo señor rey d'Aragó ha ordenats sobre el tractament del matrimoni que tractat és entre l'infant don Sanxo fill major del rey de Mallorca e la infanta dona Maria filla del rey Karles*». Ya se debe anotar que el término «*capitols*» en catalán y «*capítulos*» en castellano equivalen al más moderno de «*instrucciones*».

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 300 y ss.

<sup>11</sup> La edición más usada de este importante documento histórico español es la de Muro Orejón que publicó en Sevilla, el año 1963. También puede verse en GONZÁLEZ ALONSO, *El Corregidor Castellano, 1348-1808*, Madrid 1970, Apéndice documental.

trucciones, en el Antiguo Régimen, se dictaban como recordatorio de la normativa vigente sobre las diferentes materias (instrucciones procesales, sobre recaudación de penas de cámara, sobre incompatibilidades del corregidor) y encerraban un tipo de código de conducta que debían seguir las autoridades reales a las que iban dirigidas<sup>12</sup>, para evitar la actuación incorrecta de las autoridades reales y la desconfianza hacia ellas de ciudades y villas. En general estas «instrucciones» contenían un mandato, una orden, bajo expresiones como «...entendiendo que cumple a nuestro seruiçio e a descargo de nuestras conçiencias e al buen regimiento e gobernación de las çibdades e villas e lugares de nuestros reynos e señorios, avemos acordado que de aquí adelante cualquier o cualesquier asyistentes gobernadores e corregidores e juezes de residençia que por nos fueren reçevidos para en las dichas çibdades e vyllas e lugares, les madedes (el Consejo Real) e nos por la presente les mandamos que guarden e cunplan e ejecuten e fagan guardar e conplir e ejecutar las hordeanças e capytulos de Yuso contenidos e que reçiudades dellos juramento en los casos en que mandamos que lo fagan sobre la guarda de cada vno de ellos, los cuales son estos que se sygen...»<sup>13</sup>.

No es fácil aislar y separar la técnica de las «instrucciones» en el Antiguo Régimen, ya que estos mandatos y órdenes que contenían tales instrucciones dictadas por la Corona, podían ser generales o particulares, es decir se les daba traslado a todas las autoridades reales o, a veces, iban dirigidas a un cargo concreto<sup>14</sup>. Ya ha sido intentada, de forma meritoria, la definición de las instrucciones del Antiguo Régimen como «...disposiciones normativas de segunda categoría o disposiciones de gobernación, que iban dirigidas a autoridades concretas para reglar su conducta en determinados aspectos. A veces solían ser expedidas junto a Ordenanzas de vigencia general. La forma externa de las mismas solía ser sin solemnidades especiales y el texto solía estar dividido en capítulos»<sup>15</sup>. En la obra de Pérez Martín y Scholz se lleva a cabo, a partir de las ediciones singulares que se realizaban una vez promulgadas, una clasificación

<sup>12</sup> Es muy ilustrativo a este respecto comprobar los autores españoles del Antiguo Régimen sobre la figura del Corregidor y estas recomendaciones o, como llamaríamos ahora, códigos de procedimiento y conducta, muy significativamente el de CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vassallos, en tiempos de paz y de guerra y para juezes eclesiásticos y seglares, juezes de comisión, regidores, abogados y otros oficiales públicos*. dicho tratado constituye una obra de referencia sobre la ciencia política y administrativa del Siglo de Oro español; y el de GUARDIOLA publicado en Madrid en 1785 con el título del *Corregidor Perfecto*.

<sup>13</sup> Tomo este encabezamiento, por su novedad, de LOSA CONTRERAS: «Un manuscrito inédito de los Capítulos de Corregidores enviado al Consejo de Murcia», *Cuaderno de Historia del Derecho*, 2003, p. 242.

<sup>14</sup> Por ejemplo, Instrucción particular del Virrey Velasco de 1552 a Juan Bautista de Avendaño frente a la Instrucción General a Alcaldes y Corregidores de Nueva España de 1561. Sin embargo, parece espectacular la que dirige el Emperador Carlos V, desde Palamós, a su hijo Felipe denominada «Instrucción confidencial» de 4 de mayo de 1543, vid. MARCH, José María, *Niñez y juventud de Felipe II*, Madrid 1946, pp. 11 a 22.

<sup>15</sup> En PÉREZ MARTÍN-SCHOLZ, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia 1978, p. 62

y definición de los distintos términos que reciben las normas jurídicas<sup>16</sup>, aunque se reconoce que el sentido preciso de cada uno no está suficientemente estudiado<sup>17</sup> y que su uso no es excluyente ya que, en ocasiones, una misma disposición por su contenido puede recibir un nombre, por su categoría legal otro, y por su forma externa otro<sup>18</sup>. Desde luego, aunque el tema desborda con mucho el objeto del presente estudio, se puede mantener que la inestabilidad terminológica y de contenido es, en gran medida, deudora de la habitual confusión de los contenidos y de los contenidos, de manera que un Decreto Real podía contener, como en nuestros días, diferentes contenidos: una norma, una decisión, una medida, un acto singular. Si se observan las líneas generales del procedimiento de elaboración de las disposiciones reales se puede comprobar este dato, así los Consejos reales examinaban un asunto y, a la vista de las circunstancias, los informes recibidos y las disposiciones vigentes, «acordaban» en sesión plenaria cuáles eran las medidas que se debían adoptar, redactándose una «consulta» dirigida al Rey y éste resolvía dictando una «Resolución» o un «Decreto» al margen o al dorso de la consulta. Si las medidas eran aprobadas, uno de los consejeros redactaba el texto legal de acuerdo con la forma que debiera revestir, éste era firmado por los consejeros y era presentado al Rey para su sello y firma, transcribiéndose la disposición en el «libro registro» o «cedulario» del Consejo<sup>19</sup>.

Desde otro punto de vista, las instrucciones aparecían, sobre todo en el Derecho indiano, al lado de otras formas jurídicas (ordenanzas, órdenes generales y órdenes de gobierno<sup>20</sup>) y cuando el encargo del traslado recaía en las Audiencias, recibían la denominación de «Autos Acordados»<sup>21</sup> y «Provisiones». Precisamente, todo el proceso para aclarar y ordenar el inmenso material normativo destinado a la organización del Nuevo Mundo, que se inicia casi desde el propio Descubrimiento y que llega hasta la «*Recopilación de las Leyes de Indias*» de 1680, nos desvela como aparecen siempre «las instrucciones» en

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 60 y ss., Leyes, Pragmáticas, Decretos, Mandatos, Reglamentos, Despacho, etc. hasta un total de 17 denominaciones.

<sup>17</sup> La obra remite como mejor estudio sobre este tema al estudio de GARCÍA-GALLO, A., «La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI», en *AHDE* núm. 21-22 (1951-1952), pp. 607-730.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>20</sup> Este nuevo Derecho indiano estaba constituido por un conglomerado normativo específicamente dictado por el monarca o por las autoridades situadas en el territorio americano por delegación real, y se componía de cédulas, provisiones, mandamientos, ordenanzas, pragmáticas, decretos, instrucciones, etc. que ha estudiado BARRIENTOS GRANDÓN, J., *Historia del derecho Indiano del Descubrimiento a la Codificación*. I. *Ius Commune-Ius Proprium en las Indias Occidentales*, Roma 2000, pp. 235 y ss., también citado en Andrés SANTOS, F. J., «Los Proyectos de recopilación del Derecho Indiano en Época de Felipe IV», *AFDUDC*, 11, 2007, p. 49.

<sup>21</sup> Un buen ejemplo es la Instrucción de Caminos de 1785 «*arreglada, y presentada por el Fiscal de su Majestad de lo civil a el Real Acuerdo de este Reyno de Aragón, mandada guardar, cumplir, ejecutar, y comunicar a todas las Justicias, y Ayuntamientos de las Ciudades, Villas, y Lugares, para que mensualmente en cada un año compongan, y reparen los Caminos Reales, y Públicos, baxo las reglas, metodo, y forma que prescribe*».

los diferentes proyectos de recopilación del Derecho indiano<sup>22</sup>; y, además, de tal proceso se pueden extraer dos datos de cierta importancia, el primero, que existe una cierta jerarquización en la estructuración de tal material normativo, así el Consejo de Indias, en 1628, mandó imprimir un epítome del primer volumen de la Recopilación de Aguiar y Acuña con el título «*Sumarios de la Recopilación general de las leyes, ordenanças, provisiones, cédulas, instrucciones y cartas acordadas, que por los Reyes Católicos de Castilla se han promulgado, expedido y despachado, para las Indias Occidentales, Islas y Tierra-Firme del mar Oceano*»<sup>23</sup>; y, la segunda, más importante, que las disposiciones normativas que servían para redactar las «leyes» eran cédulas, provisiones, instrucciones, ordenanzas, decretos y capítulos de cartas acordadas, por lo que, de hecho, la posible jerarquización entre los distintos instrumentos normativos desaparecía, de manera que las leyes son «*tan breves y sucintas, que sólo tienen decisiones de las cédulas, pero éstas a la letra, sin exceder los originales, mudar ni alterar más palabras de las que son forzosas para que no haga falta en la gramática lo que se quita en la íntegra...*»<sup>24</sup>.

Lo cierto es que las «Instrucciones Generales» pertenecían al ámbito de la Administración real y aparecían siempre con el objeto de precisar y «completar» las normas vigentes sobre una materia determinada; en definitiva, introduciendo nuevas normas, matizando y perfeccionando las ya conocidas, lo cuál suponía un procedimiento ordinario de innovación, «a la vista de la experiencia de gobierno» se decía, (recaían sobre las funciones del cargo o las materias y modos de proceder en ellas por parte de las autoridades), con vocación de permanencia o, como se recoge en muchos de sus textos que «*no sean tenidas como coyunturales*». Quizás, la mejor secuencia de lo que se afirma se contiene en la «Instrucción General de Corregidores» que fue expedida en 1648, y a la que se le fueron añadiendo capítulos en sucesivas «Instrucciones» de 1711 y de 1766, desembocando en la nueva «Instrucción» de 1785 que debían observar los corregidores y alcaldes mayores llena de sabios preceptos para la mejor administración de justicia y «el fomento de la riqueza pública».

De este largo período se pueden extraer algunas consecuencias importantes en relación con la técnica de la «Instrucción»:

- a) es una forma jurídica habitual que utiliza la Corona para dirigirse a sus autoridades y, en ocasiones, se utilizan escalonadamente;
- b) contiene un mandato u orden y, en principio, un recordatorio de las normas que estas autoridades han de aplicar y ejecutar que, a su vez, están con-

<sup>22</sup> Puede verse de forma clara y accesible, pero con rigor, los diferentes proyectos en la época de Felipe IV, en Andrés SANTOS, F. J., «Los Proyectos de Recopilación del Derecho Indiano en Época de Felipe IV», *AFDUDC*, 11, 2007. En este trabajo se contienen las referencias expresas a las «instrucciones» como material recopilado en los títulos del proyecto de Solórzano (1618-1619), p. 54, y en el de Aguiar y Acuña (1628), p. 61, aunque no en el de León Pinelo (1635).

<sup>23</sup> Tomo la referencia de Andrés SANTOS, *ob. cit.*, p. 61.

<sup>24</sup> Tomo la nota de Andrés SANTOS, *ob. cit.*, (nota 89) p. 65, que, a su vez, cita a SÁNCHEZ BELLA, *Derecho Indiano. Estudios II*, p. 49.

tenidas en otras formas jurídicas (pragmáticas, decretos etc.), a modo de textos refundidos;

c) no obstante, las nuevas instrucciones suelen contener incorporaciones de nuevas normas y modificaciones de las anteriores;

d) existen instrucciones concretas dirigidas a una determinada autoridad, pero lo común son «Las Instrucciones Generales» dirigidas a la generalidad de las autoridades;

e) aunque las «instrucciones» van dirigidas a las autoridades, éstas, a su vez, las aplican a los súbditos, apareciendo sistemáticamente en los códigos y en las recopilaciones.

### III. LA INSTRUCCIÓN EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX

Este planteamiento sobre las «Instrucciones» llega con todo su vigor al siglo XIX, pero ahora con una novedad, la «Instrucción» se incorpora, también, como contenido a Decretos de Cortes (no Leyes de Cortes). Así, se dicta el Decreto de las Cortes Generales y Extraordinarias CCLXIX, de 23 de junio de 1813, sin sanción real, aprobando la «Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias» que se dirige a la Regencia para que adopte las medidas necesarias para su cumplimiento<sup>25</sup>, y el Decreto de las Cortes Extraordinarias XLV, de 3 de febrero de 1823, aprobando una nueva «Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias», esta vez presentado a la sanción real y, por ello, considerado ley.

Como ha sido dicho ya<sup>26</sup>, estos «Decretos de Cortes» (que no Leyes) eran la máxima expresión de la voluntad popular al no tener que ser sancionados por el Rey (al menos en el primer caso), y se dictaban sobre materias muy impor-

<sup>25</sup> Es interesante la aportación que sobre este punto realiza Carlos GARRIGA: «Constitución, ley, reglamento: El nacimiento de la potestad reglamentaria en España (1810-1814, 1820-1823)», *AHDE* núm. 65 (1995), pp. 480 y ss. Allí se mantiene que estos Decretos de Cortes eran, a su vez, reglamentación de los Decretos de Cortes (soberanos), citando entre sus materiales (nota 78) el Decreto CLXXIX dictando «reglas para la formación de los Ayuntamientos constitucionales», en inteligencia con el Decreto (CLXIII) de 23 de mayo de 1812 (aunque habría que haber citado también, como reglamentación, el Decreto de Cortes citado en el texto conteniendo la Instrucción, ya que contiene una regulación detallada para Ayuntamientos y Diputaciones), siguiendo la idea apuntada por VARELA SUANZES-CARPEGNA: «Rey, Corona y Monarquía en los orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814», *Revista de Estudios Políticos*, 55 (1978), p. 165-166.

Por otro lado, la fórmula de la orden o mandato exacta es la siguiente: «*Lo tendrá entendido la Regencia del reyno, y dispondrá lo necesario á su más puntual cumplimiento, haciéndolo imprimir, publicar y circular*». Carlos GARRIGA, *ob. cit.*, pp. 465 y ss. mantiene, con bastante material, que ello significaba un apoderamiento expreso y concreto para que, a su vez, el Consejo de Regencia pudiera dictar otros instrumentos normativos para el cumplimiento del desarrollo reglamentario de las propias Cortes.

<sup>26</sup> Véase GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento en el Derecho Público occidental*, Madrid 1971, pp. 190 y ss., muy desarrollado con ocasión de la aprobación del «Presupuesto» por este tipo de «Decretos de Cortes».

tantes<sup>27</sup>. Las Instrucciones citadas, y contenidas en Decretos de Cortes, a primera vista, venían a dotar de contenido, regulando todo un régimen jurídico de nuevo cuño, el establecimiento que previamente se había dictado por Decreto de Cortes CLXIII, de 23 de mayo de 1812 (formación de ayuntamientos constitucionales) y, segundo, por Decreto de Cortes CLXIV, de 23 de mayo de 1812 (establecimiento de las Diputaciones Provinciales en la Península y Ultramar), ambos sin sanción real. Y, además, se da la particularidad, de que la segunda Instrucción, es decir, la de 3 de febrero de 1823, refunde la primera Instrucción de 1813<sup>28</sup>. Esta Instrucción de 1823 fue denominada la «ley administrativa por esencia» de la legislación doceañista, y fuertemente criticada por Silvela y Oliván porque favorecía la descentralización y la insubordinación, cuando en administración era necesario que los agentes estuviesen enlazados por medio de una dependencia inmediata y una responsabilidad efectiva<sup>29</sup>.

Sin embargo, una lectura detenida del contenido de estas Instrucciones revela que la regulación novedosa hace referencia a la planta de nuestra Administración Local (jefe político, diputaciones, la figura del alcalde, los ayuntamientos)<sup>30</sup>, a sus competencias y facultades y a ciertos procedimientos que, desde otro punto de vista, podría ser considerada ejecución directa de la Constitución de 1812 (en concreto de los artículos 309 a 337) lo que vendría a explicar porqué se optó por la figura de la «Instrucción», aunque dentro de la forma jurídica «Decreto de Cortes» (con sanción real)<sup>31</sup>. Esta excepción que conforma la Ley-Instrucción» de 1823, sin duda, plantea una distinción propia en relación con el Gobierno interior y sus dos ramas: político-ejecutivo (Alcaldes y Jefes políticos) y lo económico (Ayuntamiento y Diputaciones)<sup>32</sup>; pero, además, el contenido jurídico sustantivo viene a ser un recordatorio de normas que, en buena medida, ya se contenían en la Novísima Recopilación (por ejemplo y específicamente las «obligaciones de los Ayuntamientos»), viniendo así a constituirse en una suerte de texto refundido (expresamente manifestado así por el artículo 291 de la propia Ley-Instrucción) que pone al día la legislación

<sup>27</sup> Véase sobre la delimitación de las materias objeto de Decretos de Cortes (sin sanción real) Carlos GARRIGA, *ob. cit.*, pp. 474 y ss. También muy temprano, GALLEGU ANABITARTE, *Ley y reglamento*, pp. 192 y ss.

<sup>28</sup> Artículo 291: «Estando refundida en la presente instrucción la de las Cortes generales y extraordinarias, decretada en 23 de junio de 1813, queda esta sin efecto alguno por lo respectivo a la península, islas y posesiones adyacentes».

<sup>29</sup> Tomo la referencia de MARTÍNEZ NEIRA, «Relevancia del Derecho Administrativo Francés en la Educación Jurídica Española», *forum historiae iuris (Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte)*, 2005, párrafo 32. Véase, también, con el aparato doctrinal de la época en GALLEGU ANABITARTE, *Poder y Derecho. Del Antiguo Régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX*, Madrid 2009, pp. 274 y ss., citando a MARTÍNEZ ALCUBILLA.

<sup>30</sup> No obstante véase su importancia desde el prisma de la distinción en el proceso evolutivo de lo contencioso-gubernativo, en GALLEGU ANABITARTE, *Poder y Derecho...*, pp. 133 y ss.

<sup>31</sup> Decreto XLV; de 3 de febrero de 1823; de las Cortes extraordinarias, sancionado por el Rey, y mandado publicar como Ley el 3 de marzo de 1823.

<sup>32</sup> Así en GALLEGU ANABITARTE, *Poder y Derecho...*, *cit.*, p. 278.



del Antiguo Régimen<sup>33</sup>, el período de Cádiz y una nueva «obra jurídica original española, con sus luces y sus sombras»<sup>34</sup>.

Desde luego, en la primera mitad del siglo XIX se dictan un buen número de «Instrucciones» así, sin ánimo de agotar el gran número de las mismas, se deben señalar las siguientes:

a) El Decreto de Cortes L, de 22 de junio de 1821, aprobando la Instrucción para el arreglo de la Administración Militar que, respetando en gran medida la estructura preexistente de la misma, regula «*ex novo*» competencias y facultades de las autoridades militares, así como diversos procedimientos «*hasta que el mismo Gobierno presente á la aprobación de las Córtes la ordenanza general de la Administración militar*»;

b) la Instrucción Provisional para la dirección y arreglo de las obras públicas de caminos y canales contenida en la Real Orden de 27 de junio de 1821 (que en relación con la Real Orden de 20 de octubre de 1831), se dictan en aplicación de la Ley 7<sup>a</sup>, Título 35, libro 7<sup>o</sup> de la Novísima Recopilación (en la promulgación de 1778), pero innovando al admitir «las proposiciones que se hagan por capitalistas nacionales y extranjeros para emprender por su cuenta obras públicas» (primer intento de regulación contemporánea de la concesión administrativa);

c) la Instrucción general de Real Hacienda contenida en el Real Decreto, de 3 de julio de 1824 (siendo Ministro López Ballesteros), a la que se le denomina en el propio cuerpo del Decreto como «Instrucción General Reglamentaria», que viene a refundir, modificar e innovar dos Reales Decretos de 18 de diciembre de 1823 y 5 de enero de 1824, quedando éstos derogados;

d) la Instrucción Provisional de Minas de 18 de diciembre de 1825, ejecutando el Real Decreto (Ley de Minas) de 4 de julio de 1825;

e) la Instrucción que ha de observarse con motivo de la extinción del Montepío de Reales Oficinas que se contiene en la Real Orden de 26 de diciembre de 1831 que era ejecución del Real Decreto de 1827 sobre clasificación de empleados públicos civiles;

f) la Instrucción sobre el modo con que han de proceder los Intendentes de las Provincias para el despacho de las propuestas de Individuos de los Ayuntamientos del Reino contenida en la Real Orden de 14 de noviembre de 1833 (Javier de Burgos), ejecutando el Real Decreto, 10 de noviembre de 1833, sobre propuestas de individuos de Ayuntamientos;

g) la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas contenida en el Real Decreto de 10 de octubre de 1845, sin referencia, en principio, a norma previa alguna;

---

<sup>33</sup> Debe verse, muy bien explicado, desde la óptica de la evolución entre lo judicial y lo administrativo-gubernativo, con referencia a las instituciones seculares (justicias ordinarias-jueces de primera instancia; corregidores-jefe político), GALLEGO ANABITARTE, A., *Poder y Derecho...*, cit., Madrid 2009, pp. 129 y ss.

<sup>34</sup> Textualmente en GALLEGO ANABITARTE, *Poder y Derecho...*, cit., p. 278, núm. 71.

h) la Instrucción contenida en el Real Decreto, 1 de abril de 1846, sobre deslinde y amojonamiento de montes, en ejecución del Real Decreto de 22 de diciembre de 1837, mediante el que se aprobaron las Ordenanzas generales de montes;

i) la Instrucción para la celebración de subastas de los servicios y obras públicas contenida en la Real Orden de 19 de marzo de 1852 (y otra contenida en el Real Decreto de 15 de septiembre de 1852) que ejecuta el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, de contratos de servicios públicos.

Todo este bloque<sup>35</sup>, dejando aparte el Decreto de Cortes de 1823 (Ley/Instrucción) sobre «gobierno económico-político de las provincias», tiene una característica común: siempre se dictan para cumplimiento y mejor aplicación de normas dictadas con anterioridad, es decir vienen a ser ejecución, aunque normativa, de normas importantes que regulan un determinado objeto, al modo en que lo hacen los reglamentos «*secundum legem*» e «*intra legem*», en este segundo caso, porque incorporan supuestos de hecho novedosos, complementando los vacíos de normas anteriores<sup>36</sup>, que en un buen número de casos son anteriores a la Constitución de 1812, al menos en materia de obras públicas.

Como en el Antiguo Régimen, la Instrucción va dirigida a las autoridades responsables de la materia («*Instrucción que deberá observarse...*») estableciendo un código o forma de actuación y de comportamiento de las mismas (es decir, un cierto procedimiento administrativo), lo que no quiere decir que su aplicación no afecte a terceros, sino que, muy al contrario, se les aplicarán las normas que la integran. Se debe traer aquí el comentario que sobre la «Instrucción a los Subdelegados de Fomento de 1833» (Javier de Burgos) realizaba Francisco Silvela (en su *Colección de Proyectos, Dictámenes y Leyes orgánicas* de 1839): «*que no es fácil llenar más cumplidamente el objeto, que lo hizo el autor de la citada Instrucción, aquel genio superior, aquella inteligencia privilegiada. Es la Instrucción, para los Subdelegados de Fomento, un cuerpo hermoso de doctrina, un conjunto de preceptos de buena administración, de máximas muy sabias y muy liberales... recomendamos su lectura a los jóvenes*

<sup>35</sup> Desde luego existen otras «Instrucciones», valgan como ejemplo, la Instrucción que las Cortes dictan el 31 de enero de 1811 para la ejecución del Decreto de Cortes de 31 de enero de 1.811, sobre el préstamo nacional y voluntario para la defensa de la Nación, la «Instrucción para la mejor inteligencia y cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento de Faros» contenida en la Real Orden de 21 de mayo de 1851, que pone de manifiesto la jerarquización constitucional de Decretos, Reglamentos e Instrucciones a que se alude en el modelo constitucional reglamentario vigente en la época; o la Circular de 8 de septiembre de 1846, cuyo continente ya no es una Real Orden, por la que se aprueba «la Instrucción que deberán observar los Ingenieros Inspectores de los ferrocarriles que se ejecuten por empresa», lo que pone de manifiesto el escalonamiento jurídico formal al que se sometían las instrucciones.

<sup>36</sup> Tomo esta referencia de GALLEGO ANABITARTE y Ana DE MARCOS, *Derecho Administrativo I. Materiales*, Madrid 1995, pag. 65. Es decir, la clasificación de los reglamentos administrativos como: *secundum legem* o reglamento para la ejecución de ley, *intra legem* o reglamento de complemento de la ley, *praeter legem* o regulación reglamentaria *ex novo* de una materia, sin mandato, previsión o existencia de Ley. Esta clasificación recuerda a la que en el siglo XIX hizo VON STEIN [*Die verwaltungslehre*, Tomo I (2.<sup>a</sup> ed.), 1896, pp. 73 y ss. y 302 y ss].

que aspiren a ser investidos algún día con aquella alta magistratura de gobierno y beneficencia»<sup>37</sup>.

Desde otro punto de vista, las Instrucciones, en general, se elaboran por las autoridades centrales responsables de la materia y, una vez elaboradas, se presentan al Rey (Regente o Reina) que dicta un Real Decreto que la incorpora o que le da cobertura, apareciendo en este segundo caso el cuerpo de la Instrucción en una Real Orden a continuación del texto del Real Decreto.

#### IV. REFERENCIA AL MODELO CONSTITUCIONAL DE 1812-1845 SOBRE LEY Y REGLAMENTO

La Constitución de 1812 estableció en su artículo 15 que la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey<sup>38</sup>, precepto que pasó al artículo 12 de la Constitución de 1837<sup>39</sup> y al artículo 12 de la Constitución de 1845. Por otro lado, en la Constitución de 1812 «la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey» (artículo 16), lo que se repite en el artículo 170 («la potestad da hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey...»), pero se añade en el artículo 171. 1, que: «Además de la prerrogativa que compete al Rey de sancionar las leyes y promulgarlas, le corresponden como principales las facultades siguientes: Primera: Expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes», lo que se traslada prácticamente igual a los artículos 12 («La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey») y 47.1 («Ademas de las prerrogativas que la Constitución señala al rey, le corresponde: 1.º Expedir los decretos, reglamentos é instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes») de la Constitución de 1837, y a los artículos 12 («La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey») 45.1 («Ademas de las prerrogativas que la Constitución señala al rey, le corresponde: 1.º Expedir los decretos, reglamen-

<sup>37</sup> Tomo la referencia de MESA SEGURA, *Labor administrativa...*, ob.cit., p. 987.

<sup>38</sup> En realidad el Rey aparece como cotitular de la potestad legislativa porque tiene las facultades de sancionar y promulgar las leyes, pero, y esto parece fundamental, tiene la posibilidad de denegar la sanción Real (Constitución de 1812, artículo 147: «Si el Rey negare la sanción, no se volverá a tratar del mismo asunto en las Cortes de aquel año, pero podrá hacerse en las siguientes»; Constitución de 1837, artículo 39: «Si uno de los Cuerpos colegisladores desechare algún proyecto de ley, o le negare el Rey la sanción, no podrá volverse a proponer un proyecto de ley sobre el mismo objeto en aquella legislatura»; Constitución de 1845, artículo 38: «Si uno de los Cuerpos colegisladores desechare algún proyecto de ley, o le negare el Rey la sanción, no podrá volverse a proponer un proyecto de ley sobre el mismo objeto en aquella legislatura»), por eso en el período doceañista se dictaban estos Decretos de Cortes sin sanción Real, bien porque eran materia reservada a las Cortes, bien porque eran desarrollo de la propia Constitución de 1812, como el caso del Decreto de Cortes, luego promulgado como Ley, de 1823 de «Instrucciones sobre el gobierno económico-político de las Provincias».

<sup>39</sup> Hay que señalar que el Estatuto Real de 1834 guarda absoluto silencio sobre estos temas.

tos é instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes») de la Constitución de 1845.

Estos datos de Derecho Constitucional ya han sido estudiados<sup>40</sup> y, de ellos, se puede extraer, además de la propia referencia expresa constitucional a las «instrucciones» como una de las modalidades de aquella potestad («*prerrogativa*») reglamentaria (Decretos, Reglamentos e Instrucciones), un modelo determinado en el juego Ley/Reglamento, es decir, la normativa reglamentaria de la que es titular el Rey y su Administración («*para la ejecución de las leyes*») es estrictamente «*secundum legem*» o ejecutiva, esto es, requiere la existencia de una norma previa con rango de ley (o «Decreto de Cortes»)<sup>41</sup>, frente al otro modelo, donde existe una potestad reglamentaria originaria (constitucional), sin referencia a la ejecución de las leyes, permitiéndose así la existencia de reglamentos independientes o «*praeter legem*», sin una ley que previamente regule la materia correspondiente.

Sin embargo, por los diferentes avatares históricos ocurridos en la primera mitad del siglo XIX este modelo era, en buena medida, impracticable. Uno de los mejores ejemplos de este ambiente lo constituye la Exposición de Motivos del Real Decreto, de 27 de febrero de 1852, estableciendo reglas para la celebración de toda clase de contratos sobre servicios públicos, y que ha sido considerado como el primer reglamento independiente en España<sup>42</sup>, la que expresa, ante la imposibilidad de aprobarse el proyecto de ley de contratos, la necesidad de convertir dicho proyecto en Real Decreto, conteniendo su parte material el dictamen de la Comisión del Congreso<sup>43</sup>, quedando patente la quiebra del modelo constitucional ley previa –reglamento ejecutivo, y entrando en

<sup>40</sup> En GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento...*, *ob. cit.* pp. 190 y ss y 215 y ss.

<sup>41</sup> El trabajo de Carlos GARRIGA: *Constitución, ley, reglamento*, viene a reforzar la explicación del modelo que se expone en el texto. En mi opinión, se capta correctamente en ese estudio el modelo de preeminencia parlamentaria y por ello, de sus actos, la ley (único acto normativo que aparece definido o conceptuado por la Constitución) y los decretos de Cortes (sin definición, pero aclarados por la práctica constitucional y los Reglamentos de Régimen Interior de las Cortes). Tiene razón este autor al mantener que la Constitución de Cádiz persigue la construcción de un régimen de legalidad (p. 467) con el claro otorgamiento (artículo 171.1 Constitución) al Ejecutivo de una capacidad normativa secundaria o derivada (p. 480), sobre la división de poderes, aunque el resultado sea muy pocas leyes (aunque muchos decretos de Cortes). A ello debiéramos añadir la existencia de una gran actividad reglamentaria del «Ejecutivo» (apenas mencionados por la Constitución de Cádiz, con una ausencia de la noción formal de reglamento como acto normativo del Ejecutivo), pero que son deudores de la gran inercia histórica proveniente del Antiguo Régimen, como pone de manifiesto este autor en p. 453, de forma expresa: «...la potestad reglamentaria sirvió de puerta a través de la que algunas prácticas institucionales provenientes del Antiguo Régimen transitaron hacia el régimen liberal...».

<sup>42</sup> GARRORENA MORALES, *El lugar de la Ley en la Constitución española*, Madrid 1980, p. 39, nota 4ª.

<sup>43</sup> «Señora: Autorizado competentemente por V.M., previo acuerdo del Consejo de Ministros, presentó el de Hacienda a las Cortes en 29 de diciembre de 1850 un proyecto de ley de contratos sobre servicios públicos, con el fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos... La Comisión nombrada por el Congreso para examinar dicho proyecto de ley concluyó su trabajo en 6 de Diciembre de 1851; pero a pesar de su importancia no pudo ser leído ni discutido; y en tal estado, el Ministro que suscribe, de acuerdo con el Consejo de Ministros, tiene la honra de proponer a V. M. la expedi-

juego, por la vía de los hechos, el otro modelo, reglamento independiente— sin ley previa.

Ante estos hechos, se puede mantener que el Gobierno tenía que hacer frente a los asuntos que le son propios por lo que, como se pone de manifiesto en el bloque anteriormente reseñado sobre «las Instrucciones» de la primera mitad del siglo XIX, es frecuente su utilización en ese escalonamiento constitucional de la potestad reglamentaria de «Decretos», «Reglamentos» e «Instrucciones», ya que éste no podía esperar al ejercicio de la potestad legislativa «de las Cortes con el Rey», de manera que, a modo de una deslegalización «de facto» (o, a veces, con cobertura en una mera Orden de Cortes), se dictaban las correspondientes «Instrucciones» que, aunque suelen ser ejecución de otra norma previa —normalmente también reglamentaria—, regulan orgánicamente y con gran detalle la materia, y al mismo tiempo, suelen introducir con mucha libertad importantes innovaciones en la misma, rompiéndose en cierta medida la jerarquización de las formas jurídicas, de forma que la «instrucción» actúa «*in totum*» con los efectos de «*lex posterior*» sobre la normativa anterior, independientemente de su rango<sup>44</sup>.

## V. LA INSTRUCCIÓN PARA PROMOVER Y EJECUTAR LAS OBRAS PÚBLICAS DE 10 DE OCTUBRE DE 1845

Un ejemplo muy caracterizado de lo que se viene describiendo es el Real Decreto de 10 de octubre de 1845 por el que se aprueba y se manda observar la «Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas», norma de capital importancia en el gobierno de los moderados y que ha sido, a pesar de su rango jurídico normativo, un pieza clave en el Derecho público español.

En efecto, ni el preámbulo ni el texto de la Instrucción hacen referencia a Ley alguna, ni siquiera a algún Real Decreto por lo que, en principio, se puede considerar como una regulación reglamentaria del Gobierno de Isabel II de

---

*ción de un Real decreto por el cual, sin perjuicio de que a su tiempo adquiera el carácter de ley, se ponga en ejecución dicho proyecto aprobado por la Comisión... Juan Bravo Murillo».*

<sup>44</sup> Estamos en presencia de «una suerte» de deslegalización que se realizaba, al menos en el Trienio Liberal, mediante una Orden de Cortes, y en este mismo sentido, lo recoge también, Carlos GARRIGA, *ob. cit.* p. 485, «*En alguna ocasión, incluso, éstas (las Cortes) autorizaron al Gobierno para reglamentar —por así decir— proyectos de ley, es decir, para regular alguna materia con arreglo a las bases sentadas en o inspiradoras de los proyectos de ley que se hallaren en fase de elaboración*», poniendo dos ejemplos: la Orden (de Cortes), de 7 de noviembre de 1820, ante la imposibilidad de discutir en esta legislatura todo el proyecto de ley constitutiva del Ejército, acordaron que el Gobierno procediera «*á la formación de reglamentos y á la reforma de la ordenanza general con arreglo á las bases sentadas en el mismo proyecto*»; la Orden (de Cortes) 29 de junio de 1821, «*en atención á que la premura del tiempo no ha permitido discutir el proyecto de ley sobre obras públicas, y á que es sumamente necesario aplicar un pronto remedio al monstruoso desorden que se observa en esta parte interesantísima de la administración pública*», (nota: sin embargo, llama la atención que la Instrucción Provisional dictada por el Gobierno es de unos días antes, el 27 de junio de 1821).

naturaleza independiente o «*praeter legem*» puesto que nada se desarrolla o ejecuta, rompiéndose por ello el modelo constitucional de la potestad reglamentaria (reglamento en ejecución de Ley), desplegando su vigencia en buena parte del siglo XIX<sup>45</sup>, estaríamos, en principio, frente al primer reglamento independiente del Derecho público español.

La Instrucción de 1845 viene a constituirse en la pieza central, en esta época de los moderados, de todo un cuerpo de normas que pretende hacer frente al impulso de las obras públicas<sup>46</sup>. El recorrido de la acción de gobierno en este ámbito, considerado capital para el desarrollo del reino<sup>47</sup>, es intenso y de carácter reglamentario, de manera que primero, con anterioridad, se adopta la Real Orden, de 31 de diciembre de 1844<sup>48</sup>, aprobando provisionalmente «el pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones ferroviarias», se dicta la Real Orden de 19 de septiembre de 1845 (que era un recordatorio, para las obras públicas, de la Real Orden de 8 de mayo de 1839<sup>49</sup>), mandando que ningún camino ni obra pública en curso de ejecución se detenga ni paralice por las oposiciones que bajo cualquier forma puedan intentarse con motivo de los daños y perjuicios que al ejecutar las mismas obras se ocasionen por la ocupación de terrenos (privilegio interdicial de la Administración y con-

<sup>45</sup> La Instrucción de 1845 estuvo vigente 32 años, ya que la legislación de obras públicas de 1868 nunca tuvo aplicación efectiva, es decir, esta mera norma administrativa (como norma general, a expensas de regulaciones más concretas en ferrocarriles, aguas, canales, caminos, etc.) fue el sostén de la ejecución de obras públicas hasta la Ley General de Obras Públicas de 1877.

<sup>46</sup> Sobre la importancia de las obras públicas en su relación con la idea de fomento, véase ROSADO PACHECO, «El Estado Administrativo en la España del Siglo XIX: Liberalismo e intervencionismo», *CEPC*, Madrid 2000, en concreto las medidas generales y concretas, pp. 16 y ss.

<sup>47</sup> Ya en 1755, Tomás FERNÁNDEZ DE MESA, abogado de los Reales Consejos, publica en Valencia su *Tratado legal y político de Caminos públicos y Posadas* (por cierto, 25 años antes que las Instituciones de Derecho Público de Pütter, que tecnificó la idea de «policía» como actividad general del Estado, dividiéndola en «policía de seguridad –Sicherheitpolizei» y «policía del bienestar –Wohlfahrtpolizei»), en la que sitúa los caminos, posadas, correos y postas como la clave de la prosperidad o «*los huesos en que estriba principalmente el poder, y la fortaleza del Reyno*». Todo ello será el fundamento de la Ordenanza, de Carlos IV, de Caminos, Posadas, Correos y Postas de 1794 (*Novísima Recopilación* L.VII, tít. XXXV).

<sup>48</sup> Esta norma es el resultado del Informe «*Subercase*» de 2 de noviembre de 1844 que había encargado el Ministro de la Gobernación (Pedro Pidal) a la Dirección General de Caminos, Canales y Puertos, que nombró una Comisión presidida por el Inspector General del Cuerpo de Ingenieros D. Juan Subercase (y formada, además, por su hijo D. José Subercase y D. Calixto de Santa Cruz), *vid.* en MATEO DEL PERAL, D., *Los orígenes de la política ferroviaria en España (1844-1977)*, en ARTOLA (Dir.): «*Los ferrocarriles en España. 1844-1943*», Madrid 1978, Tomo I, p. 40 y ss.

<sup>49</sup> Mandaba la Real Orden de 8 de mayo de 1839 que: «*las disposiciones y providencias que dicten los Ayuntamientos y, en su caso, las Diputaciones provinciales, en los negocios que pertenecen a sus atribuciones según las leyes, formen estado y deben llevarse a efecto, sin que los Tribunales admitan contra ellas los interdictos posesorios de manutención o restitución, aunque deberían administrar justicia las partes cuando entablen las otras acciones que legalmente les compete*». Esta Real Orden, donde se afirma de forma rotunda la ejecutividad de los actos administrativos, era un traslado de la conocida disposición de 1435 de Juan II, véase GALLEGO ANABITARTE: *Poder y Derecho...*, *cit.*, p. 72-73, y 141-142.

solidación de la ejecutividad de la actuación administrativa)<sup>50</sup> y, casi inmediatamente, se aprueba la Real Orden, de 16 de abril de 1846, que contiene «el pliego de condiciones generales para las contratas de obras públicas de caminos, canales y puertos»<sup>51</sup>, se aprueba la división del territorio de la Península (en trece distritos) para el servicio de obras públicas por Real Decreto, de 1 de julio de 1847<sup>52</sup>, se dicta la Real Orden de 28 de diciembre de 1847, sobre la inspección de las obras públicas<sup>53</sup>, entra en vigor el primer plan nacional de construcción de faros para el alumbrado marítimo por Real Decreto, de 13 de septiembre de 1847.

Siguiendo la clara tradición española con profundas raíces en el Antiguo Régimen, la Exposición de Motivos de la Instrucción de 1845 declara que, para atajar «*La irregularidad e impremeditación con que muy frecuentemente se promueven y emprenden las obras destinadas a facilitar las comunicaciones públicas de toda clase*»<sup>54</sup> se impone «*la necesidad de ampliar y reunir en una sola instrucción muchas de las disposiciones adoptadas por el Gobierno*». Es decir, la Instrucción de 1845 responde a la tradición española de refundir en un solo texto un conjunto de diferentes normas dispersas en distintos cuerpos

<sup>50</sup> Privilegio que se reedita en la propia Instrucción de 1845 (art. 30), y que responde a las constantes paralizaciones judiciales de las obras públicas emprendidas por motivos de «ocupación temporal», «extracción de materiales» y «perjuicios a servidumbres» (indemnización «ex post» y procedimiento más flexible) que judicialmente eran tratadas como «privación completa del dominio» (indemnización previa y procedimiento más rígido).

<sup>51</sup> Es necesario dejar sentado que el primer pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas es de 14 de abril de 1836, y fue una traducción literal del pliego de condiciones generales de Francia. Sin embargo, el pliego de 1846 introduce ya importantes adaptaciones para los supuestos nacionales, debe verse ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid 1968, pp. 69 a 72.

<sup>52</sup> Este Real Decreto de 1847 es, en buena medida, un traslado de la regulación de la organización del territorio para las obras públicas realizada en Francia por la «Ordonnance, 8 juin 1832,» reorganizando la Administración de Puentes, Caminos y Minas», pero había sido Carlos IV, por Cédula de 8 de junio de 1794, el que había creado para España la Superintendencia de Caminos y Posadas (Novísima Recopilación L.VII, tít. XXXV) Esta Ordenanza en su punto 12, contiene una referencia a la técnica de las «instrucciones» que sostiene en gran medida lo que se mantiene en este trabajo, así dirá: «*La observancia de las instrucciones que están dadas sobre este asunto (Caminos y Posadas), su variación y derogación, y la decisión de competencias, perderá de su prudente arbitrio según que le enseñe la experiencia, en los mismos términos que lo tengo declarado y encargado para las de la Renta de Correos y Postas, a fin de que se consiga la felicidad de mis pueblos por medio de la mas facil y comoda comunicación de quanto es necesario para ello*».

<sup>53</sup> La Inspección general de obras públicas había sido creada por la Real Orden de Carlos IV, de 12 de junio de 1799 que había sido adoptada como consecuencia del derrumbamiento del paramento de la presa de «el Gasco» producido el 14 de mayo de 1799. La Inspección, entre otras competencias, era la encargada de vigilar los fondos que se obtenían del impuesto sobre la sal, de los arbitrios sobre el reino de Galicia, el uno por ciento de la plata desembarcada en Cádiz, y los fondos de todos los portazgos, fondos todos ellos destinados a la construcción de obras públicas.

<sup>54</sup> Estaban presentes en la memoria reciente no sólo el derrumbe del paramento de la presa de «El Gasco» en 1799, sino otros desastres como la rotura, el 30 de mayo de 1802, del embalse de Puentes, que provocó 602 muertos, entre ellos el Consejero de Hacienda D. Antonio de Robles Vives, cuñado de Floridablanca.

legales, introduciendo novedades o, en definitiva, al mismo tiempo que se refunden las normas, se introducen otras regulaciones «*ex novo*» («según que le enseñe la experiencia»).

Un recorrido por el contenido de la Instrucción nos pone de manifiesto importantes resultados, de forma que:

A) En su artículo 1.º se recoge un concepto de obra pública a los efectos de la propia Instrucción, así se consideran tales: «*los caminos de todas clases, los canales de navegación, de riego y de desagüe, los puertos de mar, los faros y el desecamiento de lagunas y terrenos pantanosos en que se interesan uno o más pueblos: la navegación de los ríos, y cualesquiera otras construcciones que se ejecuten para satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general*».

Esta proposición normativa temprana de un concepto de obra pública parece una novedad en la historia de nuestro Derecho público<sup>55</sup> y, en cierto modo lo es, al utilizar la técnica descriptiva (caminos, canales, puertos, etc.) o de sistema de lista o catálogo que desembocará en el artículo 1º de la Ley General de Obras Públicas de 1877<sup>56</sup>, pasará al Código civil<sup>57</sup>, y se hará ya tradicional para otras normas, como las diferentes Leyes de contratación pública<sup>58</sup>. Sin embargo, ésta referida descripción se cierra con una cláusula general que siempre se incorpora a la definición de la «obra pública», es decir, «*cualesquiera otras que se ejecuten para satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general*»<sup>59</sup>, lo cual, aunque no transcribe literalmente la definición de obras públicas contenida en la Ley sobre enajenación forzosa de la propiedad particular en beneficio público de 17 de julio de 1836, sí se sitúa en el espectro de la misma, así el artículo 2 de la Ley de 1836 establece que: «*Se entiende por obras de utilidad pública las que tienen por objeto directo proporcionar al Estado en general, a una o más provincias o a uno o más pueblos cualesquiera usos o disfrutes de beneficio común, bien sean ejecutadas por cuenta del Estado, de las provincias o pueblos, bien por compañías o empresas particulares autorizadas competentemente*».

<sup>55</sup> Véase, ROSADO PACHECO, S., «La ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (una reflexión sobre el concepto de obra pública)», *Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí*, Madrid 1989, pp. 1.139 y ss.

<sup>56</sup> Artículo 1, párrafo 2.º: «*...los caminos, así ordinarios como de hierro, los puertos, los faros, los grandes canales de riego, los de navegación, y los trabajos relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos... los edificios públicos destinados a servicios que dependan del Ministerio de Fomento*».

<sup>57</sup> Artículo 339 del Código Civil: «*Son bienes de dominio público: 1.º Los destinados al uso público, como los caminos, canales, río, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado... y otros análogos*».

<sup>58</sup> Por ejemplo, el artículo 120 a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de la Administraciones Públicas: «*A los efectos de esta Ley se entiende por contrato de obras celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto sea: a) la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos...*».

<sup>59</sup> No faltan referencias en la Instrucción de 1845 a «interés general» o «utilidad pública» (artículo 2), «carácter general» o «utilidad pública» (artículo 3).



La doctrina científica de la época (Colmeiro<sup>60</sup> y Posada Herrera<sup>61</sup>) dedican algunos capítulos a las obras públicas, siempre entendiéndolas desde la cláusula general que había introducido la Ley de Expropiación de 1836, es decir, en palabras de Colmeiro «*aquellas que interesan a la universalidad del reino, o a una comunidad de habitantes en cuanto forman parte del todo político y queda oscurecido su carácter de persona moral*».

Al mismo tiempo, desde las páginas de la Revista de Obras Públicas, fundada en 1853, se produce el verdadero debate sobre el concepto jurídico de obra pública, aunque la discusión la sostienen ingenieros de caminos, canales y puertos, donde se reconoce como elemento común al sistema de catálogo o listado, tanto la titularidad pública de las mismas como la «utilidad pública»<sup>62</sup> de las mismas.

Como conclusión, debe mantenerse que la Instrucción no aporta, salvo la referencia descriptiva del listado, ninguna novedad no conocida anteriormente sobre el concepto de obra pública por nuestro Derecho histórico, estando cubierta por la prescripción contenida en el artículo 2 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1836.

B) Entre los grandes méritos de la Instrucción de 1845 hay que contar la primera formulación normativa de los modos de ejecución de la obra pública, configurándose un verdadero sistema jurídico de la actividad administrativa. Su artículo 5º decía: «*Así las obras nacionales como provinciales y municipales pueden realizarse por empresa, por contrata o por administración*».

El término «empresa»<sup>63</sup> se corresponde con el actual de «concesión administrativa» que, por cierto, ya era sobradamente conocido en la normativa administrativa, pero se utiliza para subrayar la diferencia de la figura con el otro modo, de perfiles parecidos<sup>64</sup>, que es la «contrata»<sup>65</sup>, hoy diríamos «con-

<sup>60</sup> COLMEIRO, *Derecho Administrativo*, 1865, Tomo II, pp. 55 a 95.

<sup>61</sup> J. POSADA HERRERA: *Lecciones de Administración*, Vol. III, 1843, pp. 128 y ss. Interesa subrayar que, como es lógico, traza el régimen jurídico de las obras públicas anterior a la Instrucción de 1845.

<sup>62</sup> Véase, por ejemplo, G. RODRÍGUEZ, «¿Qué debe entenderse por obras públicas?», *ROP*, núm. 12 (1860); y A. LAGOS MUÑOZ: *Bases para un proyecto de codificación parcial del Derecho administrativo en el ramo de las obras públicas*, Tomo IV, 1896, p. 22.

<sup>63</sup> «*En las obras por Empresa, la Administración contrata con particulares la ejecución de las obras, cediéndoles en pago los productos y rendimientos de las mismas; y cuando éstos no sean suficientes, estipulando concesiones en compensación de la industria de los empresarios o del capital que adelanten, de lo cual resultará a su favor en los más de los casos un privilegio por tiempo determinado*».

<sup>64</sup> Hay que tener en cuenta que en España (como en Francia e Italia, pero no en Alemania) se sigue la tradición romanista del «arrendamiento de cosas, de servicios, y de obra» (puede verse en la Partida V, Título VIII « de los logueros e de los arrendamientos») y, dentro del contrato de obra, se distingue entre el contrato de obra propiamente dicho (es un contrato de resultado, pero no se deberá el precio cuando se frustre el resultado por causa ajena al que había de realizarlo, pero sí los servicios hasta que se produjo el hecho impositivo) y el contrato de empresa (que siendo, también, un contrato de resultado, no se deberá en absoluto el precio cuando no se logre ese resultado). No obstante, la propia Instrucción de 1845 en su artículo 10 opta por denominar el negocio jurídico como «Concesión».

<sup>65</sup> «*En las obras por contrata, la Administración satisface en plazos fijos las cantidades estipuladas por las obras que los contratistas se obligan a ejecutar en un tiempo dado, y bajo*

trato administrativo de obra pública». Por último, el término «administración»<sup>66</sup> se utiliza para lo que hemos acuñado como «gestión directa» de la Administración pública (es decir, con sus medios materiales y personales propios) que, además, podía llevar aparejado el «contrato de destajo»<sup>67</sup>.

Los modos de gestión directa (administración) y contrata (contrato de obra pública) eran conocidos y a ellos se recurría con frecuencia en el Antiguo Régimen. La «gestión directa» (administración) era utilizada para obras menores de los caminos<sup>68</sup>, o si el importe de la obra era inferior a una suma determinada (100 reales)<sup>69</sup>, o para el supuesto de los puertos (cuya ejecución se consideraba especialmente delicada y podía afectar a la defensa nacional), que se completaba con el destajo de los operarios<sup>70</sup>. El contrato de obra pública (contrata) era el modo de gestión utilizado predominantemente en la ejecución de las obras públicas desde el Antiguo Régimen<sup>71</sup>, además siempre con licitación (posturas y remates)<sup>72</sup>.

Las obras por concesión (empresa) también era un medio de ejecución conocido y utilizado antes de la Instrucción de 1845. con una técnica aún incipiente, por Real Orden de 27 de junio de 1921 (conteniendo la Instrucción provisional para la dirección y arreglo de las obras públicas de caminos y canales –en atención a que la premura del tiempo no ha permitido discutir el proyecto de ley sobre obras públicas– con ruptura del modelo constitucional de Cádiz 1812 sobre el juego ley/reglamento) se admitirán (punto 3.º): *«las proposiciones por capitalistas nacionales o extranjeros, para emprender por su cuenta, bajo condiciones razonables, la continuación de las obras comenza-*

*condiciones determinadas.»*

<sup>66</sup> «En las obras por administración, el Gobierno, las provincias y los pueblos son los ejecutores encargados directamente de todas las operaciones, así facultativas como económicas, en la forma que determinen las leyes y los reglamentos e instrucciones del ramo.»

<sup>67</sup> Estos tres conceptos jurídicos ya han sido tratados, en relación con la Instrucción de 1845 y otras normas del siglo XIX, de forma profusa en ROSADO PACHECO, S.: *El Estado administrativo en la España del Siglo XIX: Liberalismo e intervencionismo*, Madrid 2000, pp. 59 y ss.

<sup>68</sup> Por ejemplo, la Ley VI, Título XXXV *Novísima Recopilación* «reglas sobre Caminos» (Carlos III 1762).

<sup>69</sup> Circular del Consejo Real de 15 de junio de 1792.

<sup>70</sup> Ley VIII, Libro VII, Título XXXIV, *Novísima Recopilación* (Carlos III, 1781).

<sup>71</sup> Hay muchos ejemplos, así SAINZ y GUTIÉRREZ, L., «Datos históricos acerca de la construcción del puente llamado de Córdoba», *ROP Anales*, Tomo III núm.1, pp. 125 y ss., recoge –de copia literal del archivo– el pliego de contratación de 11 de marzo de 1606 (resultan, por su modernidad, muy llamativas las condiciones 26 y 27: el contratista ha de aportar los materiales, se somete expresamente al pliego, el precio se realiza 1/3 al comenzar las obras, otro tercio al haber realizado la mitad de la obra y el último tercio al recibir la obra, tanto la fijación del precio de la subasta, como el importe de la fianza y el plazo de cumplimiento es discrecional del Corregidor que, además, nombra un inspector –maestro veedor–, el contrato es a riesgo y ventura, y la interpretación del contrato corresponde a quién realizó el pliego que siempre es un técnico –maestro– nombrado por el Cabildo).

<sup>72</sup> Con estrictas prohibiciones a los facultativos que hayan regulado y tasado su coste, véase la Ley X, Libro VII, Título XXXIV de la *Novísima Recopilación* (1786), reiterativa de otras anteriores.

das, o las que proyecte el Gobierno, o las que ellos mismos inventen»<sup>73</sup>; también, es utilizada la figura de la «concesión» como único modo de gestión de minas en la Ley general de minas de 4 de julio de 1825; se había otorgado por Real Orden, de 23 de septiembre de 1829, la primera «concesión de ferrocarriles» por un período de 50 años entre Jerez y «El Portal»<sup>74</sup>; el Real Decreto de 4 de agosto de 1833 establece las reglas para el régimen de concesión en los ríos navegables y establecimiento de la servidumbre de acueducto. No obstante, también era frecuente su utilización, durante el Antiguo Régimen, pero a través de la forma jurídica del «censo enfiteútico» lo que justifica la vacilación terminológica sobre este modo de gestión en la primera mitad del siglo XIX<sup>75</sup>.

Se puede concluir este punto manteniendo que la Instrucción de 1845 no crea ningún modo nuevo de gestión que no se conociera ya. Sin embargo, su regulación sí supone la reordenación y modernización de los modos de gestión, aportándose, además, los criterios para el ejercicio de la opción sobre los mismos<sup>76</sup>.

C) Al margen de otros contenidos de la Instrucción de 1845, como la clasificación de las obras públicas, ésta incorpora una regulación procedimental de gran calado para la época.

En efecto, según el modo de gestión regulado, la norma establece un concreto régimen procedimental a seguir para cada una de las figuras que, en buena medida, son la base de los procedimientos que hoy conocemos<sup>77</sup>. En la concesión/empresa se han de aportar planos generales y particulares del proyecto; presupuesto circunstanciado, memoria facultativa de las obras y la memoria general sobre las utilidades de la ejecución; autorización previa del Gobierno para formular grandes proyectos, facultad discrecional para aumentar o disminuir la concesión, etc. En la contrata/contrato de obra pública se requiere la aprobación previa de los proyectos, presupuestos y pliego de condiciones, el reconocimiento y la recepción final. En la modalidad por administración/gestión directa es necesaria la autorización previa, reconocimientos, recepción final, suficiencia presupuestaria.

---

<sup>73</sup> Que serviría como referencia a la Instrucción de 1833 de Javier de Burgos para hacer referencia a esta forma de gestión «*camino y canales que deben emprenderse, para lo cual S. M., que sabe que sobran siempre capitales donde hay grandes utilidades que ofrecer a los que anticipen...*».

<sup>74</sup> Se otorgaron cuatro concesiones entre 1829 y 1834, la citada en el texto, la gaditana de 28 de marzo de 1830 (Jerez, Sanlúcar, el Puerto y Rota), la de Bilbao a Burgos de 1831, la de Reus a Tarragona de 1834, y todas caducaron en 1838, puede verse *in extenso* en WAIS SAN MARTÍN, F.: *Historia de los ferrocarriles españoles*, Madrid 1974 (2.ª ed.) pp. 30 y ss.

<sup>75</sup> Véase «*in extenso*» en ROSADO PACHECO, «El Estado Administrativo...», cit., pp. 62 y ss.

<sup>76</sup> Para la concesión el criterio es la «importancia y vasta extensión» de las obras que exijan considerables sumas que la Administración no se halle en estado de «aprontar» (art. 7), y para la gestión directa en algunos casos y especialmente cuando se trate de ejecutar obras hidráulicas, que por su naturaleza exigen mayor esmero, exactitud y vigilancia.

<sup>77</sup> Se queja la Exposición de la Instrucción de «la informalidad y escasa instrucción de los expedientes que han de preceder a su realización».

D) Completamente novedosa es la regulación de las competencias y facultades del Cuerpo de Ingenieros que son considerados como «agentes especiales de este servicio público» sometidos a la Dirección General.

E) También constituye una regulación «*ex novo*» la fijación de las competencias de la Administración (Estado, Provincia y Municipio) y la obligación de formar anualmente el Plan General de obras públicas y su reflejo en el presupuesto anual (Plan/Presupuesto).

## VI. CONCLUSIONES

1. La Instrucción de obras públicas de 1845 responde fielmente a la tradición española heredada del Antiguo Régimen sobre las Instrucciones que el Rey dictaba sobre diferentes materias; es decir, reúne en un solo cuerpo normativo, de naturaleza reglamentaria, las normas que regulan una determinada materia, con el objeto de aclarar y recordar el régimen jurídico en vigor, a modo de texto refundido. Así lo declara literalmente el preámbulo de la misma, ya que se pretende salvar «*quizá la misma dificultad de consultar la parte dispositiva de un ramo tan importante*».

2. A pesar de que el modelo constitucional de la potestad reglamentaria entre 1812 y 1845 es el de potestad reglamentaria ejecutiva que requiere la existencia de una Ley previa, esto no se cumple (muy claro en la Instrucción provisional de 1921 y en el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, Contratos), siendo usual que el Gobierno dicte Reglamentos independientes o «*praeter legem*», es decir, sin la existencia previa de una Ley, o en algunos casos se produce una autorización por Orden de Cortes (periodos liberales), lo que implica siempre una regulación «*ex novo*» de la materia concreta.

3. La Instrucción de 1845, a pesar de su escaso rango normativo (tanto Cádiz 1812, como la Constitución de 1837 y la Constitución de 1845 atribuyen como prerrogativa el Rey «*expedir los decretos, reglamentos e instrucciones para la ejecución de las leyes*») ha tenido una importancia capital en el Derecho público español, por su larga vigencia (hasta la Ley de Obras Públicas de 1877) y su probada influencia, y por la modernización de la normativa del Antiguo Régimen sobre obra y dominio público, rescatando un buen número de conceptos e instituciones jurídicas (concepto de obra pública por listado y cláusula general, regulación de la actividad de la Administración contemporánea, procedimientos administrativos, etc.).

4. Aunque, desde un punto de vista estrictamente formal, la Instrucción de Obras Públicas de 1845 aparece como un Reglamento independiente, al no contener ninguna referencia a otras normas de rango jurídico formal superior (Ley, Decreto) no se puede mantener técnicamente que sea un Reglamento independiente o «*praeter legem*».

5. La Instrucción de 1845 es un claro ejemplo de reglamento «*intra legem*» (recoge y regula figuras conocidas, aunque de forma dispersa, por nuestro derecho histórico, pero añade la regulación de supuestos de hecho nuevos,

no regulados con anterioridad). Así se hacía, frecuentemente, en el Antiguo Régimen, y para el caso aquí analizado moderniza de forma decisiva la rancia legislación española de obras públicas, poniendo al día tanto el concepto de obra pública como los modos de gestión de las mismas, e innovando el régimen de competencias y facultades así como los correspondientes procedimientos administrativos<sup>78</sup>, de modo que se dicta para completar la normativa de obras públicas o, como dice literalmente su propio preámbulo, para completar «*los vacíos que en ella se encuentran*».

6. La técnica de las «Instrucciones» que se ha expuesto aquí sigue aplicándose con todo su vigor en nuestros días, recientemente se ha dictado la Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre (BOE de 22 de septiembre, norma de 111 páginas) conteniendo «la instrucción de planificación hidrológica» que, como en el Antiguo Régimen y en el siglo XIX, es recordatorio de la regulación sobre planificación (RD 907/2007, de 6 de julio, y RD Legislativo 1/2001, de 20 de julio, Aguas), desarrolla ese Derecho haciendo posible «*incorporar la experiencia acumulada en los procesos de planificación hidrológica realizados en España*» (en el siglo XVIII se decía «*a la vista de la experiencia de gobierno*») e innova, en cierta medida, al hacer posible «*la utilización de instrumentos tecnológicos y posibilidades de tratamiento de datos y de acceso a la información que son hoy muy superiores a los existentes hace quince años*».

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS SANTOS, F. J., «Los Proyectos de recopilación del Derecho Indiano en Época de Felipe IV», *AFDUDC*, 11, 2007.
- ARIÑO ORTIZ, G., «*Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*», Madrid 1968.
- BAENA DEL ALCÁZAR, «Instrucciones y Circulares como Fuente del Derecho Administrativo», *RAP* 48 (1965).
- BARRIENTOS GRANDÓN, J., «*Historia del derecho Indiano del Descubrimiento a la Codificación. I. Ius Commune-Ius Proprium en las Indias Occidentales*», Roma 2000.
- CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vassallos, en tiempos de paz y de guerra y para jueces eclesiásticos y seculares, jueces de comisión, regidores, abogados y otros oficiales públicos*; Madrid 1978.
- COLMEIRO, *Derecho Administrativo*, 1865, Tomo II.

<sup>78</sup> Declara la Exposición de Motivos: «*El Pensamiento primordial, el expediente que le desenvuelve y presenta cumplidamente los medios de realizarle, la ejecución material, tanto en la parte facultativa, como en la administrativa y económica, tal es el desarrollo sucesivo de los medios que no pueden abandonarse jamás a la simple voluntad de los empresarios y de los agentes del Gobierno, en la construcción de las obras públicas*».

- FÉRNANDEZ DE MESA, T., *Tratado legal y político de caminos públicos y posadas*, Valencia 1755.
- G. RODRÍGUEZ, «¿Qué debe entenderse por obras públicas?», *ROP*, núm. 12 (1860).
- GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento en el Derecho Público occidental*, Madrid 1971.
- *Formación y enseñanza del derecho público en España (1790-2000)*, Madrid 2002.
- *Poder y Derecho. Del Antiguo Régimen al estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX*, Madrid 2009.
- GALLEGO ANABITARTE y ANA DE MARCOS, *Derecho Administrativo I. Materiales*, Madrid 1995.
- GARRIGA, Carlos, «Constitución, ley, reglamento: El nacimiento de la potestad reglamentaria en España (1810-1814, 1820-1823)», *AHDE*, núm. 65 (1995).
- GARRORENA MORALES, *El lugar de la Ley en la Constitución española*, Madrid 1980.
- GONZÁLEZ ALONSO, *El Corregidor Castellano, 1348-1808*, Madrid 1970.
- GUARDIOLA: *El Corregidor Perfecto*, Madrid 1785.
- LAGOS MUÑOZ, A., «Bases para un proyecto de codificación parcial del Derecho administrativo en el ramo de las obras públicas», *Revista de Obras Públicas*, tomo IV, 1896.
- LOSA CONTRERAS, «Un manuscrito inédito de los Capítulos de Corregidores enviado al Consejo de Murcia», *Cuaderno de Historia del Derecho*, 2003.
- MARCH, José María: *Niñez y juventud de Felipe II*, Madrid 1946.
- MARTÍNEZ NEIRA, «Relevancia del Derecho Administrativo Francés en la Educación Jurídica Española», *forum historiae iuris (Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte)*, 2005.
- MATEO DEL PERAL, D., «los orígenes de la política ferroviaria en España (1844-1977)», en ARTOLA (Dir.): *Los ferrocarriles en España. 1844-1943*, Madrid 1978, Tomo I.
- MESA SEGURA, Antonio, «La labor administrativa de Javier de Burgos», *REVL*, 1945.
- MORENO REBATO, Mar, «Circulares, Instrucciones y Ordenes de Servicio: Naturaleza y Régimen Jurídico», *RAP*, 147 (1998).
- NIETO, Alejandro, «Influencias extranjeras en la evolución de la ciencia española de derecho administrativo», *RAP*, 183.
- ORTIZ DÍAZ, «Las Circulares, Instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso de exceso de poder en la jurisdicción del Consejo de Estado francés», *RAP*, 24 (1957).
- PÉQUIGNOT, Stéphane: «Au nom du roi. Pratique diplomatique et pouvoir durant le règne de Jacques II d'Aragon (1291-1327)», *Casa de Velázquez*, Madrid 2009.
- PÉREZ MARTÍN-SCHOLZ, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia 1978.

- PESET, Mariano: «Universidad y enseñanza del derecho durante las regencias de Isabel II (1833-1843)», el *AHD*, 1969.
- POSADA HERRERA, J., *Lecciones de Administración*, Vol. III, 1843.
- ROSADO PACHECO, S., «La ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (una reflexión sobre el concepto de obra pública)», *Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí*, Madrid 1989.
- «El Estado Administrativo en la España del Siglo XIX: Liberalismo e intervencionismo», *CEPC*, Madrid 2000.
- SAINZ Y GUTIÉRREZ, L., «Datos históricos acerca de la construcción del puente llamado de Córdoba», *ROP*, Anales, Tomo III núm. 1.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, «Rey, Corona y Monarquía en los orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814», *Revista de Estudios Políticos*, 55 (1978).
- WAIS SAN MARTÍN, F., *Historia de los ferrocarriles españoles*, Madrid 1974 (2.<sup>a</sup> ed.).

SANTIAGO ROSADO PACHECO





## HISTORIOGRAFÍA



# Sobre el gobierno de Cataluña bajo el régimen de la *Nueva Planta*. Ensayo historiográfico\*

Vuelvo a la Nueva Planta de Cataluña doce años después de haber escrito a propósito de la obra fundamental de Josep María Gay, *El corregidor a Catalunya (1997)*, para destacar la publicación, largamente esperada, del libro de Sebastià Solé i Cot sobre el gobierno del Principado entre 1716 y 1808<sup>1</sup>. Situados en este terreno, muy bien acotado por el título, y antes de adentrarnos en otros alledaños, no se puede decir que haya habido novedades significativas en la década larga transcurrida entre uno y otro libro, y ciertamente ninguna tiene la entidad de esta obra. Los tres capítulos dedicados a la Nueva Planta de Cataluña en una obra recientemente consagrada, según su título, a la *Génesis territorial de España*<sup>2</sup>, me parece que ni siquiera marcan el estado de la cuestión, limitándose como en conjunto se limitan a describir de forma más o menos afortunada y valorativa de sus «consecuencias» el régimen implantando en 1716, a veces sin aprovechar debidamente las investigaciones posteriores a los años ochenta del siglo pasado<sup>3</sup>.

---

\* Proyecto de investigación SEJ2007-66448-C02-02/JURI.

<sup>1</sup> Sebastià SOLÉ I COT, *El gobierno del Principado de Cataluña por el Capitán General y la Real Audiencia –el Real Acuerdo– bajo el régimen de Nueva Planta (1716-1808). Una aportación al estudio del procedimiento gubernativo a finales del Antiguo Régimen*, Universitat Pompeu Fabra (Seminari permanent i interuniversitari d'Història del Dret Català Josep M. Font Rius. Col·lecció d'Estudis d'Història del Dret), 2008. Presentación de Tomàs DE MONTAGUT ESTRAGUÉS. Prólogo de Pere MOLAS RIBALTA. 1.135 pp. Si otra cosa no se indica, los números que figuran entre paréntesis en el texto y las notas corresponden a sus páginas.

<sup>2</sup> José Antonio ESCUDERO, coord., *Génesis territorial de España*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007, pp. 205-330, para Cataluña.

<sup>3</sup> José SARRIÓN GUALDA, «El Decreto de Nueva Planta para Cataluña: efectos y consecuencias», *ibid.*, pp. 205-251, el más completo; José M.<sup>a</sup> LAHOZ FINESTRES, «Las consecuencias

En cambio, el extenso trabajo de investigación finalmente publicado por Solé i Cot es imprescindible para conocer el régimen de la Nueva Planta.

Como sabe todo el mundo que está en esto, la obra procede de su tesis doctoral, leída en 1981<sup>4</sup>, que ve la luz ahora, veintisiete años después, traducida al castellano y con otros diversos cambios que, a diferencia de éste (del que nada dice), su autor explica en la Introducción (43-81). Aunque él deja muy clara su «orientación procedimental y archivística» (455), el reto era notable, porque entre una y otra fecha la historiografía ha cultivado intensivamente algunos de los mentados terrenos aledaños o subyacentes a la obra de Solé. Si por un lado (cronológico) la historiografía catalana ha esclarecido mucho de la problemática jurídico-política que vivió el Principado antes, durante y después de la guerra que el Decreto de 1715 vino a cerrar; y por el otro (espacial) se cuenta ahora con un puñado de buenos estudios sobre las vicisitudes del Reino de Valencia (más que de Aragón) en este siglo; por último (y por debajo) la historiografía jurídica –como la política– ha experimentado una espectacular renovación, que además de tocar a la concepción misma de la disciplina afecta centralmente al binomio justicia-gobierno que está en el trasfondo de la obra<sup>5</sup>. En general –lo iremos viendo–, Solé i Cot no ha aprovechado estos desarrollos y, sin tomar en consideración –aunque sólo fuera para rechazarlos– los cambios y novedades ulteriores, su trabajo se mantiene afinado en los esquemas historiográficos aceptados en los años setenta, a veces de manera ya insostenible<sup>6</sup>.

Se puede decir que presento aquí mi lectura de su obra, porque como tal concebí y hasta empecé estas páginas, que al cabo son más bien un ensayo, inmediatamente motivado por esta lectura (intensiva y selectiva a un tiempo), sobre la historiografía de los últimos diez o doce años –que está a mi alcance– acerca del gobierno de la Cataluña vencida y sujeta al régimen de la Nueva Planta.

---

de la Nueva Planta para Cataluña en el siglo XVIII», *ibid.*, pp. 287-330, muy descentrado. Apenas responde a su título José María PÉREZ COLLADOS, «La vertebración de Cataluña en la Monarquía española a raíz de los Decretos de Nueva Planta», *ibid.*, pp. 253-286:263-269.

<sup>4</sup> Un amplio resumen fue publicado inmediatamente, y ha sido creído muy utilizado: Sebastià SOLÉ I COT, *La governació general del Principat de Catalunya sota el règim de la Nova Planta, 1716-1808. Una aportació a l'estudi del procediment governatiu de les darreries de l'Antic Règim. (Resum de Tesi Doctoral)*, Bellaterra, Universitat Autònoma de Barcelona, 1982. 95 pp.

<sup>5</sup> Para la historiografía jurídica, permítaseme remitir a Carlos GARRIGA, «Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen», en *Istor. Revista de historia internacional*, 16 (2004) (=id., coord., *Historia y derecho, historia del derecho*), pp. 13-44; recogido en Carlos GARRIGA y Marta LORENTE (con Epílogo de Bartolomé CLAVERO,), *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 43-72. Y para la política, Xavier GIL PUJOL, *Tiempo de política. Perspectivas historiográficas sobre la Europa moderna*, Universitat de Barcelona, 2006.

<sup>6</sup> Un ejemplo: francamente, creo que a estas alturas no pueden presentarse como guía metodológica las elementales observaciones escritas por Salvador de Moxó en 1970 (80-81), que si ya entonces debían ser banales de puro generales, ahora suenan irremediabilmente vetustas, de puro caducas.

## I

Solé acota con mucha precisión el ámbito cronológico de su trabajo, que cubre el período 1716-1808. No entro ahora en el término final, pero sí me interesa llamar la atención sobre las opciones implícitas en la decisión de comenzar su historia «el año 1716 con la constitución de la nueva Audiencia el día 15 de abril de 1716 según las disposiciones, ambiguas e insuficientes, del Decreto de Nueva Planta comunicado por real cédula de 16 de enero del mismo año» (53).

Al arrancar de la Real Cédula, Solé excluye expresamente de su consideración tanto la cadena de sucesos que preceden y conducen a la *Nueva Planta*, como las distintas alternativas que, contando con la experiencia ya para entonces acumulada –las políticas de *nueva planta*–, se barajaron hasta culminar en el Decreto dictado para Cataluña en 1715. No sólo deja fuera, con las salvedades que veremos, el período inmediatamente anterior, sino que también omite toda referencia al *modelo castellano*, pero hace frecuentes y muy escuetas incursiones en el «sistema de gobierno» de los Austrias (53), dando por supuesta, si no entiendo mal, su recíproca contraposición, como para subrayar la ruptura que en materia de gobierno supuso la *Nueva Planta*.

Que este Decreto «impuso unos cambios brutales en el régimen jurídico del Principado, con lo cual empezó una etapa *completamente* nueva tanto política como jurídicamente» (53), está (a salvo las reservas que el adverbio por mí subrayado puede a partir de esta misma obra plantear) muy claro, pero no tanto que pueda afrontarse sin tomar en cuenta el marco y los referentes del Decreto: la Cataluña militarmente vencida y los modelos de gobierno contemplados para dominarla políticamente. Ni prefiguraciones ni modelos, aquí el gobierno de Cataluña se estudia sólo a partir de la práctica o ejercicio de gobierno.

La carencia me parece tanto más llamativa cuanto que sobre ambas cuestiones hay (ha habido en los últimos años) una abundante producción historiográfica que da pie para plantear estos dos problemas, como por lo demás la misma obra de Solé revela, cuando las cuestiones que expulsa por la puerta (de la introducción) se le cuelan por la ventana (de los capítulos). Ambos pueden abordarse conjuntamente porque entrelazados se nos aparecen a lo largo del camino que lleva al Decreto.

De «lo pesadíssim e insuportable jugo de les lleis castellanes», decía a las alturas de 1713 el *Despertador de Catalunya*, «pot inferir lo menos advertit la gran distinció i notable distància del govern de Castella al de Catalunya. Consistent aquell en una dura esclavitud i éstes en una suau llibertat»<sup>7</sup>. El tópico

<sup>7</sup> *Despertador de Catalunya, per desterro de la ignorancia, antidoto contra la malicia, foment a la paciència, y remey a la pvsillanimitat, en pvblich manifest de las lleys, y privilegis de Catalunya, que li fan precisa la plausible resolució de la Defensa, baix lo amable Domini de la Magestat C. del Rey, y Emperador nostre Senyor (que Deu guarde) ab los relevantis motius, que asseguran los mes felices Successos, y ab las conclohents rahons, que desvaneixen los sofistichs arguments de quants han sollicitat allucinar à la ingenua, y constant Fidelitat Cathalana*, Barcelona, Rafel Figverò, 1713 (según la reproducción facsímil de la portada, en la edición debida a Norbert FONT I SAGUÉ: Barcelona, La Catalana, 1897; de la que hay reciente ed. facs.: Kessinger Publishing, LLC, 2009); que he consultado en la transcripción incluida en: *Escrits politics del*

puede remontarse ciertamente bien atrás y flanqueó el camino que condujo a la *Guerra dels Segadors*<sup>8</sup>, cuando la forma de gobierno tradicional de Cataluña mostró todo su potencial republicano, para después reacomodarse, no sin dificultades, en la Monarquía<sup>9</sup>. Aunque plenamente revalidada por Felipe V en las Cortes de 1701-1702, impulsó en la Guerra de Sucesión el tránsito de la conspiración a la revuelta, formalizada en las de 1705-1706<sup>10</sup>, hasta proporcionar suficientes razones para actuar *–pro patria–* a los catalanes partidarios de *–y abandonados por–* Carlos III, cuando en la Junta General de Brazos celebrada en 1713, con invocaciones a las leyes de la patria y en un ambiente fuertemente cargado de religión, se decidieron a resistir hasta el último momento, un momento épicamente republicano<sup>11</sup>. Este era, como entonces se conoció entre los aliados y hoy recuerda Albareda, el *caso de los catalanes*<sup>12</sup>, que no combatían solamente por una *–y contra otra–* dinastía, «sinó també per la conservació de las llibertats, privilegis y prerrogatives dels catalans que nostres antecessors a costa de sa sang gloriosament alcançaren i nosaltres devem, així mateix, mantenir»<sup>13</sup>. Si hablamos de sus libertades y forma de gobierno, Cataluña no se veía muy diferente desde las posiciones más regalistas, como a propósito de

---

*segle XVIII*. Tom I. *Despertador de Catalunya i altres textos*. Edició a cura de Joaquim ALBAREDA, Barcelona-Vic, Institut Universitari d'Història Jaume Vicens i Vives (UPF) – Eumo Editorial, 1996, pp. 121-192 (173 para la cita). Cfr., específicamente, Carlos PIZARRO CARRASCO, «El discurso de la resistencia a través de *El Despertador de Catalunya (1713)*», en *Pedralbes*, 1998, pp. 345-355; así como los trabajos citados en las notas 11-13, 21, 54.

<sup>8</sup> Cfr. Jon ARRIETA, «La disputa en torno a la jurisdicción real en Cataluña (1585-1640): de la acumulación de la tensión a la explosión bélica», en *Pedralbes*, 15 (1995), pp. 33-93; a complementar con Joan Lluís PALOS PEÑARROYA, «Les idees i la revolució catalana de 1640», en *Manuscrits*, 17 (1999), pp. 277-292. Cfr. también Miquel PÉREZ LATRE, *Entre el rei i la terra. El poder polític a Catalunya al segle XVI*, Vic, Eumo Editorial, 2004.

<sup>9</sup> Véase ahora Xavier TORRES SANS, *Naciones sin nacionalismo. Cataluña en la monarquía hispánica (siglos XVI-XVII)*, Universitat de València, 2008, *maxime* pp. 123-170.

<sup>10</sup> Joaquim ALBAREDA I SALVADÓ, *Els catalans i Felip V: de la conspiració a la revolta (1700-1705)*, Barcelona, Vicens Vives – Fundació «la Caixa», 1993.

<sup>11</sup> Además de los textos incluidos en la recopilación citada en la nota 7, puede consultarse ahora directamente: Eva SERRA I PUIG, coord., *La Junta General de Braços de 1713. L'ambaixada Dalmases i altra documentació (1713-1714)*. Introducció de Joan PONS i ALZINA, Barcelona, Parlament de Catalunya – Generalitat de Catalunya (*Textos jurídics catalans* 29; *Lleis i costums* II-11), 2008, pp. 1-194. Cfr. Josep M. TORRAS I RIBÉ, *La Guerra de Successió i els setges de Barcelona (1697-1714)*, Barcelona, Dalmau, 1999, pp. 318-326; Eduard MARTÍ FRAGA, *La Conferència dels Tres Comuns (1697-1714). Una institució decisiva en la política catalana*, Vilassar de Mar-Lleida, Fundació Ernest Lluch – Pagés eds., 2008 (hay versión castellana, coeditada simultáneamente por la misma Fundación y Milenio); Id., *La classe dirigent catalana (1697-1714). Els membres de la Conferència dels Tres Comuns i del Braç Militar*, Barcelona, Pagés – Fundació Noguera, 2009. Véase ahora la espléndida síntesis de Joaquim ALBAREDA SALVADÓ, *La Guerra de Sucesión de España (1700-1714)*, Barcelona, Crítica, 2010, pp. 362-370 (368 para la cita sobre el «momento republicano»).

<sup>12</sup> Cfr. Joaquim ALBAREDA SALVADÓ, «El cas dels catalans: del Pacte de Gènova a l'equilibri europeu de 1713», en *Pedralbes*, 18-II (1998), pp. 303-314; y especialmente su *El «cas dels catalans». La conducta dels aliats arran de la Guerra de Successió (1705-1742)*, Barcelona, Fundació Noguera, 2005.

<sup>13</sup> «Crida dels diputats [del General] del 12 de juliol de 1713», en *Escrits polítics*, I, pp. 193-194. Para el trasfondo y repercusiones, Jesús VILLANUEVA LÓPEZ, *Política y discurso histó-*

las Cortes celebradas por su rey en Barcelona comentaba Macanaz en las *Memorias para la Historia* que dejó escritas: «Lo cierto es que por sus repetidas rebeliones, por gracias sacadas por fuerza de los señores reyes de la Casa de Austria y, últimamente, por las de Su Majestad, [los catalanes] llegaron a verse tan absolutos como las repúblicas de Venecia y Holanda, su Parlamento más soberano que el de Inglaterra y Su Majestad con menor autoridad que la del menor catalán»<sup>14</sup>. Y el mismísimo Felipe V opinaba en 1711 que «las dos últimas cortes que han concluido los deja más Repúblicos que el parlamento abusivo a ingleses»<sup>15</sup>.

Aunque sólo sea por todo esto, porque fue históricamente operativa, no puede negarse la validez analítica de la dicotomía que en boca de unos y otros opone el republicanismo (o constitucionalismo) catalán al castellanizante absolutismo, que a fin de cuentas respondían a los regímenes políticos presentes –y contrastantes– en la Europa de los siglos XVII y XVIII<sup>16</sup>. Pero como un buen conjunto de trabajos viene poniendo de relieve en los últimos años, esto no significa que se pueda dar sin más el salto de los austracistas al austracismo y de los borbónicos al borbonismo, alinear a unos y otros con el constitucionalismo y el absolutismo, y predicar o dar por supuesta la drástica oposición entre ambas categorías, tomando una representación que buscaba ofrecer razones para actuar –*pro patria*– por una proposición descriptiva del régimen político, es decir, dando por supuesto –o al menos sugiriendo– que la guerra civil entre austracistas y borbónicos implica (o se explica por) un enfrentamiento radical entre constitucionalismo y absolutismo<sup>17</sup>. Que esto acabase por ser presentado más o menos así, no significa que así quedase establecido desde el principio.

---

*rico en la España del siglo XVII. Las polémicas sobre los orígenes medievales de Cataluña*, Universidad de Alicante, 2004, cap. 8.

<sup>14</sup> *Memorias*, I, ff. 50v-51r, que añade: «Ellos, que son perspicaces, reconocieron desde luego que esto no se podía mantener según las reglas»; *apud* Eduardo LAMA ROMERO, *Macanaz Memorialista. Una aproximación a la formación del Estado borbónico*, Universidad de Córdoba, 2009, p. 50.

<sup>15</sup> Cit. por Joaquim ALBAREDA I SALVADÓ, «Felip V i Catalunya», en *Manuscrits. Revista d'història moderna*, 18 (2000), pp. 29-40: 32.

<sup>16</sup> Cfr. Julian SWANN, «Politics and State in Eighteenth-century Europe», en T. C. W. BLANNING, ed., *The Eighteenth-century*, Oxford University Press, 2000, pp. 11-51. Véase también Xavier GIL PUJOL, «Republican Politics in Early Modern Spain: The Castilian and Catalano-Aragonese Traditions», en Martin VAN GALDEREN, y Quentin SKINNER, eds., *Republicanism: A Shared European Heritage*, vol I, *Republicanism and Constitutionalism in Early Modern Europe*, Cambridge, 2002, pp. 263-288; publicado ahora en versión castellana y ampliada, con el título: «Concepto y práctica de república en la España moderna. Las tradiciones castellana y catalano-aragonesa», en *Estudis*, 34 (2008), pp. 111-148.

<sup>17</sup> Creo que tiene razón Francesco BENIGNO, «L'estrane desordre. Critica del potere dispotico e legittimazione della rivolta nella Francia della Fronda», en Cecilia NUBOLA y Andreas WÜRGLE, a cura di / hrsg. von, *Operare la resistenza: suppliche, gravamina e rivolte in Europa (secoli XV-XIX) / Praktiken des Widerstandes. Suppliken, Gravamina und Revolten in Europa (15.-19. Jahrhundert)*, Bologna – Berlin, Il Mulino – Duncker & Humblot, 2006, pp. 177-197, cuando señala la función de esta «lógica polarizante y oppositiva»: «Questa polarità costituiscono nel loro insieme una retorica tipica di un momento insurrezionale, in cui l'identificazione dell'altro da sé, del nemico, è fondamentale per la costruzione di una nuova soggettività politica» (192).

Aunque estos últimos son los puntos que, a partir del libro de Solé i Cot, aquí más pueden interesar, no quiero dejar de recordar que también los primeros han sido objeto de importantes desarrollos historiográficos en la última década, generalmente para destacar que la situación fue tan cambiante y territorialmente diversa que en ningún caso cabe hablar de idearios políticos o bloques sociales compactos<sup>18</sup>.

Ya sabemos que partidarios de una u otra dinastía los hubo, en mayor o menor número y diversa proporción, por todas partes y que la legitimidad, el *dinasticismo*, fue en cada bando el punto más clara y distintamente común a todos sus partidarios<sup>19</sup>. Por supuesto que había otros, y especialmente la historiografía catalana viene insistiendo en los últimos años en la importancia de distinguir y caracterizar los *projectos* que se enfrentan en la Guerra, sobre todo para destacar la consistencia, trascendencia y persistencia del proyecto *político* austracista<sup>20</sup>. El *austracismo* como proyecto y el proyecto como razón de ser de los *austracistas*, opuestos a unos felipistas que estaban por su parte aglutinados en torno al proyecto borbónico<sup>21</sup>. Sin embargo, creo que bastaría leer la recientísima y muy ajustada síntesis de Albareda, que además de máximo especialista es –junto con Ernest Lluch– uno de los principales artífices de este planteamiento, para darse cuenta de las dificultades que entraña la empresa de

<sup>18</sup> Una buena visión de conjunto en ALBAREDA, *La Guerra de Sucesión*, cit.

<sup>19</sup> Entre los más recientes, puede consultarse el documentado trabajo de Antonio R. PEÑA IZQUIERDO, *De Austrias a Borbones. España entre los siglos XVII y XVIII*, Astorga, Akrón, 2008, centrado en la figura ambigua y decisiva del cardenal Portocarrero.

<sup>20</sup> No entro, más que nada por incompetencia, en los motivos *económicos* concurrentes, que han destacado sobre todo Ernest LLUCH, al reconstruir el proyecto austracista, p. ej., en su «El programa político de la Catalunya austracista», en Joaquim ALBAREDA, ed., *Del patriotisme al catalanisme. Societat i política (segles XVI-XIX)*, Vic, Eumo, 2001, pp. 129-167; y Josep FONTANA, en un trabajo recogido en esta misma obra (que cito luego, n. 67), y más claramente aún en «La Guerra de Successió: els motius de Catalunya», en *Revista de Dret Històric Català*, 3 (2004), 11-23, donde vincula directamente el progreso de base mercantil con las reivindicaciones políticas: «I és que cal entendre que va haver-hi una relació molt estreta entre aquestes aspiracions de creixement econòmic i el marc polític en què havien de desenvolupar-se: una relació que va anar molt més enllà de la mera política econòmica, que té a veure amb el model d'estat que es volia construir i que pot plantejar-se, per tant, en termes de defensa i conquesta de les llibertades col·lectives» (16). Véanse también los trabajos y comentarios de las notas 21, 31, 44-45.

<sup>21</sup> Cfr. Ernest LLUCH, «El austracismo persistente y purificado: 1734-1741», en *Foralismo, derechos históricos y democracia*, Bilbao, 1998, pp. 51-84; *Aragonesismo austracista (1734-1742)*. Conde Juan Amor de Soria, Zaragoza, 2000; *L'alternativa catalana (1700-1714-1740)*. Ramon de Vilana Perlas i Juan Amor de Soria: *teoria i acció austracistes*, Vic, Eumo, 2001; Joaquim ALBAREDA SALVADÓ, «Cataluña y Felipe V: razones de una apuesta», en *Los Borbones*, pp. 303-330; «L'austracisme i l'alternativa catalanoaragonesa segons Ernest Lluch», en *Butlletí de la Societat Catalana d'Estudis Històrics*, 12 (2001), pp. 9-24; «¿Qué cosa es la España? L'Espanya composta segons l'austracista Francesc de Castellví», *ibid.*, 15 (2004), pp. 113-123; «Proyectos políticos enfrentados en la "guerra más que civil" de 1705 a 1714», en Antonio ÁLVAREZ-OSSORIO, Bernardo J. GARCÍA GARCÍA y Virginia LEÓN, *La pérdida de Europa. La guerra de Sucesión por la Monarquía de España*, Madrid, Fundación Carlos de Amberes, 2007, pp. 271-292; *id.*, «La Corona de Aragón en la Guerra de Sucesión: el proyecto austracista», en *La Guerra de Sucesión en España*, pp. 307-323.



identificar, distinguir, caracterizar los respectivos *proyectos*... al menos antes de que uno se impusiera militarmente al otro<sup>22</sup>.

Es más, la misma idea de *proyecto*, de proyección hacia el futuro, debería usarse con mucha cautela, en la medida que, presuponiendo el acto de mirar hacia adelante para construir un discurso que arranca con «el después», es ajena al universo jurídico político del antiguo régimen, que mira siempre hacia atrás y se inicia con «el antes»<sup>23</sup>. A las alturas en que estamos la palabra existe, claro que sí, y sin perder el antiguo aparece recogida con su sentido *moderno* en el *Diccionario de Autoridades*<sup>24</sup>, pero dudo mucho –y en todo caso no estaría de más comprobar– que ya entonces se hubiera introducido en nuestro léxico político con un significado general, porque es claro que la proyección hacia el futuro es una nota tan característica de la modernidad jurídico-política como ajena al mundo tradicional<sup>25</sup>. En el orden que por esto llamamos así, tradicional, el derecho reproducía –declaraba, adaptaba, mantenía, recuperaba– caso a caso el pasado, mientras que en el dispositivo moderno la ley sirve para planificar y construir el *futuro*, que ahora y por esto deviene un elemento estructural del pensamiento político<sup>26</sup>. Sin este cambio de perspectiva temporal, que es inequívocamente *moderno*, no es posible pensar el derecho como un programa para conquistar el futuro, como un proyecto de orden nuevo, un proyecto de *felicidad*<sup>27</sup>. No en vano se aloja aquí, en este fulcro, el concepto moderno de *constitución*, que hubo de mutar para adaptarse al carácter intrínsecamente teleológico de la modernidad y pasó de ser una regla descriptiva –del orden fundamental del reino– a concebirse como una regla prescriptiva del deber ser político: «ya no se refería a la situación jurídicamente creada, sino a la norma

<sup>22</sup> ALBAREDA, *La Guerra de Sucesión*, pp. 100-128.

<sup>23</sup> Breve, pero magistralmente, Haso HOFMANN, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, Laterza, Roma-Bari, 2003 (ed. orig. alemana, 2000), pp. 160-163.

<sup>24</sup> No figura bajo ninguna forma en el *Tesoro* de Sebastián de Covarrubias (1611, 1674), pero sí ya en el *Diccionario de Autoridades* (1737), donde *proyectar* es «disponer ò proponer el proyecto para el ajuste ù disposicion de alguna cosa. Es voz modernamente introducida», y *proyecto* (junto a su acepción antigua, como «extendido, dilatado»), «usado como sustantivo, es la planta y disposicion que se forma para algún tratado, ò para la execucion de alguna cosa de importancia, anotando y extendiendo todas las circunstancias principales que deben concurrir para el logro de ello» (ff. 417v-418r).

<sup>25</sup> Para usos más particulares del término y sus derivados, Pedro ALVAREZ DE MIRANDA, «*Proyectos y proyectistas en el siglo XVIII español*», en *Boletín de la Real Academia Española*, LXV (1985), pp. 409-429.

<sup>26</sup> Cfr. al respecto la afirmación conclusiva de Pietro COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 2. L'età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 164. Por su parte, Paola PERSANO, «Tempo, rivoluzione, costituzione: un bilancio storiografico», en *Storica*, XI-31 (2005), pp. 45-75, ofrece un buen estado de la cuestión. Creo que introducen muy bien al problema y el dispositivo moderno, por ejemplo, Luc FERRY y Alain RENAULT, *Philosophie politique. 3. Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, París, Presses Universitaires de France, 1999; Giuseppe DUSO, «Dalla storia concettuale alla filosofia politica», en *Filosofia Politica*, XXI-1 (2007), pp. 65-82.

<sup>27</sup> Cfr. Antonio TRAMPUS, *Il diritto alla felicità. Storia di un'idea*, Roma-Bari, Laterza, 2008, *maxime caps.* VI-IX.

[voluntariamente] creadora de aquella»<sup>28</sup>. Entendida *ahora* justamente como «proyecto unitario de construcción o de edificación de una comunidad política de acción para la conquista del propio futuro»<sup>29</sup>, se presenta como un *concepto-programa*, en la medida que proyecta un orden no-existente, postulado y aún no realizado, que la constitución-texto viene a instrumentar normativamente.

Obviamente, muy lejos está de este frente el austracismo catalán (como el austracismo en general), que si se caracteriza por algo es por mantener tan estrechamente vinculados como corresponde a la cultura política tradicional «espacio de experiencia» y «horizonte de expectativa», por utilizar las expresiones de Koselleck, que creo se ajustan bien al caso<sup>30</sup>. Tanto que quizá esta última *–horizonte de expectativa–* convenga mejor que *proyecto* al carácter de un ideario volcado, sobre todo, a la preservación del orden jurídico-político histórico. No podía ser de otro modo: el austracista fue primero que nada un discurso de la retención y después también un discurso de la recuperación y de la extensión, pero no era –o no creo que fuera– un discurso novator. De hecho, parece claro que todos sus partidarios –entiéndase, lo que tenían voz– comparten una cierta visión de la historia de España, que sirve para fundar una posición genéricamente republicana (en cuanto que políticamente activa) y contraria al despotismo real, pero se resuelve (o se disuelve) después en muy distintas actitudes políticas (que por contrarias a la política de la nueva dinastía y vinculadas al bando perdedor de la guerra dan en calificarse de austracistas)<sup>31</sup>. Por supuesto, ello no obsta para que, andando el siglo, puedan identificarse elementos del *austracismo persistente* que presenten un carácter más marcadamente *proyectista* –i. e., despegado del pasado y volcado hacia el futuro–, pero entonces quizá respondan ya no tanto a la cultura política tradicional (i. e., propiamente austracista, por anterior a 1700) cuanto a los novedosos motivos que importa la reflexión política ilustrada, como apuntó hace unos años Fernández Albaladejo en su crítica al libro mayor de Ernest Lluch<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. Dieter GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Estudio preliminar de Antonio López Pina (ed. orig. alemana, 1991), Madrid, Trotta, 2006, cap. 4, pp. 107-154; Heinz MOHNHAUPT y Dieter GRIMM, *Costituzione. Storia di un concetto dall'Antichità a oggi*. (ed. orig. alemana, 1995). Ed. italiana a cura di Mario Ascheri e Simona Rossi, Roma Carocci, 2008.

<sup>29</sup> Tal como concretando nociones ilustradas y ya más o menos difundidas, formuló por vez primera el suizo Emer de VATTEL, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains*, Londres, 1758, liv. I, chap. III, § 27: (I, p. 31). Cfr. HOFMANN, *Introduzione*, p. 162, a quien pertenece la frase citada en el texto.

<sup>30</sup> Reinhart KOSELLECK, *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Barcelona, Paidós, 1993 (ed. orig. alemana, 1979), pp. 87-102, 333-357: hasta el siglo XVIII «el conocimiento del pasado y la previsión del porvenir se mantuvieron unidos por un horizonte casi natural de experiencia, dentro del cual no podía suceder nada que fuera verdaderamente nuevo» (pp. 87-88).

<sup>31</sup> Cfr., p. ej., Antonio MESTRE SANCHÍS, «Los austracistas: proyectos culturales y crítica política», en su *Apología y crítica de España en el siglo XVIII*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 119-165, *maxime* 154 y ss. para el punto destacado en el texto.

<sup>32</sup> Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO, «La España austro-húngara de Ernest Lluch», en *Revista de Libros*, 36 (1999), pp. 13-18.

Y es que, si quiere mantenerse el nombre de *proyecto* y perfilarse la cosa (¿qué proyecto?), dejando aparte el obvio componente dinástico que por definición todos los de cada bando comparten, el flanco de problemas se abre siempre por la dificultad de reducir o sublimar a los austracistas (que resisten) en el austracismo (que persiste), oponiéndolos a los felipistas y «su» proyecto borbónico, quizá por no tomar suficientemente en cuenta no sólo las diferencias que separan a las dos Coronas, sino también –y para lo que aquí importa, sobre todo– los cambios que a todos, aquí y allá, impuso el ritmo trepidante de la guerra. Como a este respecto ha escrito Torras i Ribé: «probablement caldria analitzar l'austriacisme des d'una òptica molt més plural i diversa del que s'ha fet fins ara»<sup>33</sup>.

Suelen destacarse, en primer lugar, las diferencias que separan –o impiden identificar– a los partidarios de la misma solución dinástica en las dos Coronas (mayoritarios o minoritarios que en cada una sean). García Cárcel ha resumido la razón de ser de estas diferencias, que en lo próximo quedaron polarizadas en la muy distinta valoración que mereció el reinado de Carlos II: «Detrás de cada una de las opciones dinásticas que jugarán a una orilla la Corona de Castilla y en la otra la Corona de Aragón hay una memoria del pasado distinta, una asunción del presente muy dispar y desde luego una expectativa de futuro en lo político y en lo económico que siguen circuitos muy diferentes»<sup>34</sup>. A los efectos de que se trata esto no sólo significa que –como acabamos de ver– la proyección hacia el futuro depende enteramente de la visión del pasado, sino también que las secuencias austracistas-austracismo-constitucionalismo y borbónicos-borbonismo-absolutismo son muy problemáticas en cada uno de sus tramos y, por tanto, aún más lo es convertir la confrontación bélica entre austracistas y borbónicos en una contraposición tajante de sus respectivos idearios. Por debajo de la reduccionista y equívoca insistencia en los proyectos, creo que si algo ha puesto de relieve la historiografía de los últimos años es que cualquier simplificación está fuera de lugar.

En Castilla el austracismo fue una causa minoritaria, que atrajo principalmente a la gran nobleza y sectores eclesiásticos, y que se alimentó sobre todo de elementos dinásticos y antifranceses, aunque al parecer no está tan claro como ha venido diciéndose que compartiera y asumiese sin más la matriz antipolítica de la opción borbónica (aquella que, ciertamente, mejor respondía al pasado de la Corona)<sup>35</sup>. A partir de una alternativa *historia civil* de España, no

<sup>33</sup> TORRAS I RIBÉ, *La Guerra*, p. 23, destacando las «tensions i conflictes irresolubles entre els diversos components del conglomerat austriacista, essencialment heterogenis i sovint antagonics». En igual sentido, los trabajos de ARRIETA citados en la nota 44; y ALBAREDA, *La Guerra*, p. 101.

<sup>34</sup> Ricardo GARCÍA CÁRCEL, ed., *De los elogios a Felipe V*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. XXI.

<sup>35</sup> Cfr. Ignacio M. VICENT LÓPEZ, «La cultura política castellana en la Guerra de Sucesión: el discurso de la fidelidad», en Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO, ed., *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII (Actas del coloquio internacional celebrado en Madrid, mayo de 2000)*, Marcial Pons – Casa de Velázquez, Madrid, 2001, p. 243; así como los trabajos de Iñurritegui que cito más adelante (nota 48).

faltaron tampoco aquí algunos testimonios con trazas de republicanismo, en la medida que oponían al *despotismo* real los motivos de la *libertad de la patria* para defender una monarquía *moderada*, respetuosa de la constitución tradicional<sup>36</sup> (aunque de ninguna manera pueda esto calificarse, creo yo, como una «forma primitiva de liberalismo político», por mucho que sea el predicamento historiográfico que, sorprendentemente, ha encontrado esta fórmula<sup>37</sup>).

Sin desconocer los otros ya mencionados, éste fue, sin duda, un componente irrenunciablemente definitorio del austracismo catalán, aunque no fuera exclusivo ni pueda en consecuencia invocarse para explicar la *apuesta catalana* en la Guerra de Sucesión<sup>38</sup>. ¿O acaso era ésta, allí y entonces, una seña de identidad austracista? Dicho de otra forma, el régimen político tradicional, objetivado en el derecho propio de Cataluña, ¿separaba en 1705 a los borbónicos de los austracistas? ¿eran partidarios los *botiflers* de abolir el orden jurídico-político catalán?<sup>39</sup> Desde luego que no: cuando menos inicialmente, la línea de separación entre unos y otros no pasa por las constituciones catalanas. Nadie parece «poner en entredicho el marco constitucional catalán», ni postula la abolición del derecho propio de Cataluña<sup>40</sup>. Todo lo contrario: tras los múltiples conflictos del siglo anterior, las Cortes celebradas por Felipe V en Barcelona, 1701-1702, además de escenificar el rito de la juramentada y recíproca fidelidad, sobre cuya centralidad no es preciso extenderse, fueron un momento de indudable revitalización para el régimen político catalán, concluyeron con la aprobación de un importante conjunto de constituciones y decidieron llevar a cabo una nueva compilación del derecho catalán que culminó en 1704<sup>41</sup>. Una comparación, por somera que sea, entre estas Cortes

<sup>36</sup> Para el austracismo castellano, véase ahora María Luz GONZÁLEZ MEZQUITA, *Oposición y disidencia en la Guerra de Sucesión española. El Almirante de Castilla*, Junta de Castilla y León, 2007, *maxime* caps. III y V; Agustí ALCOBERRO, «*Monarquía moderada i llibertat de la pàtria*. Notes sobre el pensament polític de l'austriacisme castellà a l'exili», en *Pedralbes*, 27 (2007), pp. 173-196.

<sup>37</sup> Que desemboca en el austracismo castellano de la mano de ALCOBERRO, *Monarquía*, pp. 194-196, en una secuencia que, arrancando de Jean-Marie CONSTANT, *Les conjurateurs. Le premier libéralisme politique sous Richelieu*, París, Hachette, 1987, pasa por BENIGNO, *L'étrange desordre*, pp. 177-178.

<sup>38</sup> No puedo entrar aquí en detalles, pero hay muchos en *Actes del Congrès L'aposta catalana a la Guerra de Successió (1705-1707)*, Barcelona, Museu d'Història de Catalunya, 2007.

<sup>39</sup> Para los «borbónicos» en Cataluña el trabajo de referencia sigue siendo el de Núria SALES, *Els botiflers, 1705-1715*, Barcelona, Dalmau, 1981 (2ª ed., 1999), que he utilizado en la edición incluida en su *Senyors bandolers, miquelets i botiflers. Estudis sobre la Catalunya dels segles XVI al XVIII*, Barcelona, Empúries, 1984, pp. 139-219, enriquecida con notas y referencias.

<sup>40</sup> ALBAREDA, *La Guerra de Sucesión*, pp. 110-111.

<sup>41</sup> Jesús LALINDE ABADÍA, «Las Cortes de Barcelona, de 1702», en *AHDE*, 62 (1992), pp. 7-46; Joaquim ALBAREDA SALVADÓ, «Las Cortes de 1701-1702 en Cataluña: Rey y "República"», en *Contributions to European Parliamentary History*, vol. LXXXIX (=Actas del 47º Congreso Internacional para el estudio de la Historia de las Instituciones Representativas y Parlamentarias, Bilbao-Gernika, 2-6 septiembre de 1997), Bilbao, 1999. Y para la compilación, Oriol OLEART, «La gènesi de la compilació de les *Constitutions* y *altres drets de Catalunya* de 1704», en *Initium*, 1 (1996), pp. 427-478. Como señala ARRIETA en el trabajo de 2007 que cito más adelante (nota 56): «En qualsevol cas, no hi ha dubte que els ànims de tots els participants [en las Cortes

encabezadas por Felipe V y las presididas en 1705-1706 por Carlos III<sup>42</sup>, permite concluir que se encuentran en relación de desarrollo y en ningún caso de contraposición<sup>43</sup>.

Todo esto lleva necesariamente a plantear dos cuestiones, que son en realidad una y la misma, pero predicada de o aplicada a cada uno de los bandos enfrentados. Dando por supuesto que en la decantación austracista del Principado tuvo un peso decisivo la arribada de Carlos III a Barcelona: ¿cuál fue entonces la razón de ser de las diferencias que terminaron por conducir a la guerra civil? Y ¿cómo se gestó una política tan drástica de *nueva planta* como la expresada en el Decreto de 1707?

Ha sido Jon Arrieta quien ha hecho un esfuerzo mayor y mejor por concretar de manera precisa las diferencias que separaban a unos y otros con anterioridad a 1707, en una serie de trabajos centrados en la lectura directa de los protagonistas, especialmente magistrados, bien fueran *celantes* de la observancia de las leyes o bien partidarios de la nueva dinastía<sup>44</sup>. Tras darle muchas vueltas, Arrieta concluye:

---

de 1701-1702], incloent-hi el rei, es dirigien a la pervivència del sistema, de la qual era una bona mostra la previsió de procedir a una nova recopilació del dret català» (p. 102).

<sup>42</sup> Cfr. Mònica GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «L'actuació de Barcelona a les Corts de 1705-1706», en *Barcelona Quaderns d'Història*, 5 (2001), pp. 249-258; Germán SEGURA GARCÍA, «Las Constituciones catalanas de 1706: la cumbre del sistema pactista catalán», en *Espacio, Tiempo y Forma*, Serie IV, *Historia Moderna*, 18-19 (2005-2006), pp. 155-175, que no pasa de ser un ligero resumen de las constituciones aprobadas en estas Cortes, anacrónicamente envuelto en categorías tan modernas como principio de legalidad, democracia, control de constitucionalidad. En cualquier caso, puede consultarse también su «Cataluña contra la Monarquía Borbónica: la primera Constitución de las Cortes Catalanas de 1705-1706», en *Tiempos Modernos* (rev. Electrónica), 13 (2006/1).

<sup>43</sup> Los cuadernos fueron impresos inmediatamente: *Constitvions, capítols, y actes de Cort, fetas, y atorgats, per la S. C. R. Magestat del rey nostre senyor Don Felip IV de Aragó, y V. de Castella, Comte de Barcelona, &c. en la primera Cort, celebrada als Cathalans, en la Ciutat de Barcelona, en lo Monastir de Sant Francesch, en los anys 1701. Y 1702*, Barcelona, Rafel Figuerò, 1702; *Constitvions, capítols, y actes de Cort, fetas, y atorgats per la S. C. R. Magestat del Rey nostre Senyor Don Carlos III. Rey de Castella, de Aragó, Comte de Barcelona, &c. en la Cort celebrà als cathalans, en la Ciutat de Barcelona, en la Casa de la Deputació del General de Catalunya, en lo any 1706*, Barcelona, Rafel Figuerò, 1706. Y hay doble edición facsímil reciente, con «Estudio introductorio» de Joaquim ALBAREDA SALVADÓ, «Las Cortes de 1701-1702 y 1705-1706. La puesta al día del constitucionalismo», en *Constitucions, Capítols i Actes de Corts, anys 1701-1702 i 1705-1706*, Barcelona, Base, 2004, pp. 35-64; y también, «Les Corts de 1701-1702 i 1705-1706. La represa del constitucionalisme», en *Constitucions, capítols i actes de Corts: 1701-1702 i 1705-1706*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2006, pp. XVII-XLV. En términos similares, comparando las circunstancias y los resultados de ambas Cortes, del mismo, «La represa del constitucionalisme (1701-1706)», en *Revista de Dret Hisòric Català*, 7 (2007), pp. 113-133.

<sup>44</sup> Jon ARRIETA, «Austracistas y borbónicos en las altas magistraturas de la Corona de Aragón (1700-1707)», en *Pedralbes. Revista d'Historia Moderna*, 18-II (1998), pp. 265-297; íd., «Austracismo, ¿qué hay detrás de ese nombre?», en *Los Borbones*, pp. 177-216; íd., «L'antítesi pactisme-absolutisme durant la Guerra de Successió a Catalunya», en *Del patriotisme*, pp. 105-128 (donde plantea expresamente el problema aquí evocado); íd., «Conversaciones con Ernest Lluch acerca del austracismo», en E. SERRANO, ed., *Congreso Internacional Felipe V y su tiempo*, Zaragoza, Instituto Fernando el Católico, 2004, II, pp. 235-256; así como el citado en la nota siguiente.

«¿En qué se diferencian, entonces, los borbónicos de los austracistas? De las varias respuestas posibles me inclino por la que proporciona una diferencia definitoria, basada en que los borbónicos se conformaban con que no hubiera alteración sustancial en el derecho de la Corona de Aragón. Los austracistas aspiraban también a esa continuidad, pero no renunciaban a que determinados caracteres del orden jurídico-institucional de la Corona de Aragón tuvieran mayor presencia en la ordenación del conjunto de la Monarquía. Aspiraban, para ser más exactos, a que la relación entre los reinos fuera a modo de suma de elementos integrantes unidos de forma horizontal y coordinada. Confiaban en que el Archiduque, como perteneciente a una Monarquía que atendía también a esta tradición, diera una buena acogida a este planteamiento»<sup>45</sup>.

Precisamente porque esto es así, porque lo que estaba en juego era la ubicación dinástica de la soberanía y no un ejercicio de ésta tan *absoluto* (en sentido propio, i e., desvinculado del derecho tradicional) como se dio tras la batalla de Almansa, es de suma importancia saber –vamos con nuestra segunda pregunta– cómo llegó a gestarse una política novatoria tan radical como la decretada en 1707 para Aragón y Valencia, que por drásticamente abolitoria tenía además muy difícil encaje en las concepciones jurídico-políticas tradicionales, de suyo renuentes a la abrogación<sup>46</sup>. Aunque sin considerar este flanco más estrictamente jurídico, que no dejaba de tener antecedentes en la misma Cataluña<sup>47</sup> y sigue por el momento descubierto, tienen para esto el mayor interés los trabajos que José María Iñurrítegui viene dedicando a la gestación discursiva de una *política de nueva planta*, cuya primera versión se impuso con ocasión de la guerra en 1707.<sup>48</sup>

Una vez desatada ésta en el interior de la Monarquía, poco espacio quedaba para la discusión en términos políticos –marcados por la lógica del absolutismo patrimonial– acerca de la legitimidad de las disposiciones abolicionarias contra unos reinos que, por haber roto la fidelidad debida al rey, se habían situado desde su punto de vista en la posición de rebeldes: la mutación del *príncipe natural* (entiéndase, hereditario) en *conquistador* en el teatro de la guerra civil, rompiendo los patrones constitucionales (que dibujan el círculo

<sup>45</sup> Jon ARRIETA ALBERDI, «Lo que pudo ser y no fue o la dificultad de las comparaciones *austrorborbónicas*», en *Miscel·lània Ernest Lluch i Martín*, volum I, Barcelona, 2006, pp. 13-30: 22.

<sup>46</sup> Cfr. Carlos GARRIGA, «Constitución política y orden jurídico en España: el efecto derogatorio de la Constitución de Cádiz», en Manuel CHUST coord., *Doceañismos, constituciones e independencias. La Constitución de 1812 y América*, Madrid, Fundación Mapfre, 2006, pp. 33-77; recogido en GARRIGA y LORENTE, *Cádiz, 1812*, pp. 119-168, por donde se cita: 125-133.

<sup>47</sup> Cfr., a propósito de la privación de privilegios a la villa de Solsona tras su conquista en 1655, el debate que tuvo lugar en la Audiencia (1658) y refiere en su diario Crespí: Jon ARRIETA, «Derecho e historia en ambiente postbélico: las *Disertaciones* de Rafael de Vilosa», en *Pedralbes*, 13 (1993), pp. 183-196; íd., *Catalunya*, pp. 97-98 y nota 13.

<sup>48</sup> José María IÑURRITEGUI RODRÍGUEZ, «1707: la fidelidad y los derechos», en *Los Borbones*, pp. 245-302; *Gobernar la ocasión. Preludio político de la Nueva Planta de 1707*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2008; íd., «*Imperium y occasio*. Gestación de una política de nueva planta», en Jon ARRIETA y Jesús ASTIGARRAGA, eds., *Conciliar la diversidad. Pasado y presente de la vertebración de España. VII y VIII Seminarios Ernest Lluch*, Universidad del País Vasco, [2009], pp. 37-53.

que va de la fidelidad a los derechos, enlazando a rey y reino) vinculó inmediatamente el discurso del *imperium* que de esta situación derivaba con la retórica de la *ocasión* y situó el problema en este otro plano –el *gobierno de la ocasión* que la guerra deparaba–, donde sólo la *gracia* guiada por la *prudencia* podía servir de freno a la voluntad imperativa del rey.

Como instrumentos discursivos que son, las retóricas de la *ocasión* y de la *prudencia* que entonces se enfrentaron responden –respondieron– a posiciones sustantivas, en este caso, la muy distinta consideración que venía mereciendo –por de pronto, en la Corte– la constitución tradicional de los reinos vencidos. No era éste un terreno yermo, ni mucho menos: venía siendo cultivado con argumentos *unionistas* por los partidarios de gobernar la Monarquía con una sola ley, que en su versión más extrema, representada como nadie por Macanaz, entendían que la simiente de la rebelión anidaba en las entrañas mismas de aquellas constituciones y postulaba en consecuencia su completa abolición<sup>49</sup>. Frente a quienes, como el Consejo de Aragón muy especialmente, concebían la fisonomía de la nueva planta en clave puramente gubernativa (esto es, circunscrita a la forma de gobierno tradicional)<sup>50</sup>, marcadamente unionista parece haber sido también la convicción personal del rey, que sostenido por su entorno más íntimo (su gabinete), tampoco se vislumbra que tuviese reparo alguno en ordenar la brutal represión que acompañó la implantación de la nueva planta en su versión primera y más radical<sup>51</sup>. Recordemos:

teniendo por “uno de los principales atributos de la soberanía” la “imposición y derogación de leyes”, juzgaba el nuevo rey *por conveniente* derogar los fueros de Aragón y Valencia “(así por esto como por mi deseo de reducir todos mis reynos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla, tan loables y plausibles en todo el Universo)”.

El decreto de 1707 debió de sorprender a propios y extraños y tuvo un impacto notable, no sólo en Valencia y Aragón<sup>52</sup>. Según Albareda, en Cataluña «aquella drástica decisión que dismantelaba la estructura constitucional de la monarquía generó división en las propias filas borbónicas, y malestar mal disimulado entre destacados felipistas»<sup>53</sup>. En cualquier caso, afloró entonces lo que había permanecido más o menos larvado: la explícita contraposición de

<sup>49</sup> Cfr. también, con el apoyo de nuevos textos del murciano, Rosa M.<sup>a</sup> ALABRÚS IGLÉSIES, «El pensamiento político de Macanaz», en *Espacio, Tiempo y Forma. Serie IV. Historia Moderna*, 18-19 (2005-2006), pp. 177-201: 184-188. En general, y siempre interesantes, los trabajos reunidos por Enrique GIMÉNEZ LÓPEZ, *Gobernar con una misma ley. Sobre la Nueva Planta Borbónica en Valencia*, Universidad de Alicante, 1999.

<sup>50</sup> Para su extinción, Jon ARRIETA ALBERDI, *El Consejo Supremo de la Corona de Aragón (1494-1707)*, Zaragoza, Institución «Fernando el Católico», 1994, pp. 207-227.

<sup>51</sup> Cfr. *infra* nota 72.

<sup>52</sup> Cfr. GARCÍA PÉREZ, Rafael D., *Antes leyes que reyes. Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 196 y ss.

<sup>53</sup> ALBAREDA, *La Guerra de Sucesión*, pp. 113-114. También, ARRIETA, *Catalunya*, pp. 104-105.

dos modelos de gobierno, respectivamente encarnados por la Corona de Castilla y los reinos de la Corona de Aragón, y la abierta preferencia real por el primero de ellos. En los términos del decreto, la contraposición parece neta, y por tanto a partir de entonces muy fácilmente la defensa de uno se confunde o identifica con el ataque del otro: quienes resisten en la Barcelona de 1713 lo hacen en favor de su forma de gobierno y *por tanto* contra la imposición de las leyes castellanas<sup>54</sup>.

Ahora bien, como quedó apuntado arriba, que sus respectivos partidarios se enfrenten a muerte no significa que absolutismo y constitucionalismo se opongan radicalmente o se configuren como dos modos antagónicos de gobierno: por importantes que sean, las diferencias tienen un alcance limitado. No es este lugar para ensayar una aproximación teórica, que en todo caso se echa de menos en la historiografía de la Nueva Planta (y está por completo ausente del libro de Solé), así que bastará con indagar cómo se percibían las diferencias entre los regímenes propios de Castilla y Cataluña. Uno de los catalanes que estaba dispuesto a entregar su vida en la dramática defensa de la Barcelona de 1714 dejó escrito con mucha precisión por qué luchaba concretamente, aclarando cuáles eran las «quatre prerrogatives invidiades per moltes nacions»:

«La primera, tan celebrada per los historiadors, que lo príncep no pot fer lleis i Constitucions en Catalunya (salva sa real clemència) sens intervenció, consentiment i aprovació dels catalans [...]. La segona, que lo príncep i sos ministres no poden judicar sinó per directe, ço és, oïdes les parts i ab cognició de causa. La tercera, d'èsser supremo lo real i sagrat senat d'est Principat i així bé haver-se de terminar tots los plets en aquell sens poder-se recórrer ni apel·lar ab pretext algun al sagrat Consell Supremo d'Aragó, ni a altre dels Consells de la Cort de Madrid, ab la qual prerrogativa se deslliuren los particulars de Catalunya de gastar exhorbitants i crescutíssimes sumes que exigirien del Principat en grave dany de la utilitat pública. La quarta, que en Catalunya sols té lloc la pena de confiscació de béns per los delictes de lesa majestat divina o humana, [...] a diferència del regne de Castella, en lo qual s'aplica dita pena de confiscació per qualsevol delictes, a voluntat del rei i sos ministres.»<sup>55</sup>

Ignoro el alcance efectivo de las distancias en este último punto, pero de los otros tres, tan sólo el primero marca una diferencia sustancial, muy sustancial, mientras que los otros dos, que no por casualidad se refieren a las garantías judiciales (y como veremos luego no se vieron alterados por el decreto de Nueva Planta), ordinariamente se desenvolvían en Castilla en términos *mutatis mutandis* similares.

Entiéndaseme bien: que hay diferencias es indudable y que éstas –o mejor, la percepción que de éstas se tenía– polarizaron las posiciones en la última fase del conflicto, está igualmente muy bien comprobado; pero lo que interesa des-

<sup>54</sup> Junto al texto citado antes, véase el también anónimo *Lealtad catalana purificada de invidiosas calumnias entre llamas de sufrimientos, en el Crisol de la Constancia; esmaltada con lo heroyco de la Resolucion de defenderse Cathaluña por el Rey, y por la Patria*, Villafranca, 1714, que no ha merecido –hasta donde yo sé– otra edición.

<sup>55</sup> *Despertador*, p. 174.



tacar aquí –para mejor comprender la Nueva Planta de 1716– es que se dan dentro de un marco común: una cultura jurídica compartida y distintamente decantada por la tradición propia. Como a este respecto ha recordado muy juiciosamente Jon Arrieta: «cal insistir que no es tracta de motlles que es donin en estat complet, ja que, a tot estirar, *absolutista i pactista* són, en realitat, adjectius de la paraula que conté l'element essencial, és a dir, *monarquia*»<sup>56</sup>.

António Manuel Hespanha ha resumido muy eficazmente qué significaba esto, distinguiendo entre el plano *constitucional* y el *régimen político*, como otros tantos niveles en la configuración de la *res publica*<sup>57</sup>. El primero y más profundo, el nivel constitucional, atiende a la manera de estar constituido un orden jurídico político que se entiende ontológicamente derivado de la naturaleza de la sociedad (que a su vez responde a la sociabilidad del hombre) y es en consecuencia indisponible para cualquier instancia humana de poder. El orden natural es de Dios y no puede ser cambiado por los hombres. Al contrario, limitado por la naturaleza y los fines de la sociedad, el poder político viene legitimado por y queda avocado a la realización de la justicia, entendida como el mantenimiento del orden constituido y objetivado en el derecho tradicional. El orden así concebido implica primacía de la justicia y en consecuencia sujeción de cualquier actividad política a sus reglas. En esta dimensión, «el mantenimiento de los equilibrios naturales del orden político es asegurado, no por una u otra forma de gobierno mixto o compartido, por la existencia pues de instituciones representativas, ni por una u otra forma de pacto, sino por el respeto, garantizado por los órganos de justicia, de los derechos y deberes recíprocos (*ius suum cuique tribuere*)»<sup>58</sup>.

Sobre esta base constitucional compartida y peculiarmente objetivada en la constitución tradicional de los espacios políticos autosuficientes (es decir, integrados bajo el poder del *princeps*), pueden asentarse distintos regímenes políticos o formas de gobierno, que responden a consideraciones de oportunidad y son por ende variables o maleables a voluntad de los sujetos políticos. Fruto en último término de pactos y convenciones repetidamente anudados entre todos ellos éste es el plano donde cobra relevancia su distinta posición, esto es, la forma como se relacionen el rey y los estamentos y corporaciones que forman el reino, institucionalmente encarnado en las Cortes. Es aquí, en el nivel adjetivo del régimen político o las formas de gobierno, donde en consecuencia se localizan las diferencias que, muy precariamente reflejadas con términos como absolutismo y constitucionalismo, resultan de la tendencia a reforzar el vértice soberano o la base republicana, la posición que en todo caso se reconoce incontestable del *princeps* o una composición más equilibrada de las potestades concurrentes en el territorio, y por tanto el valor del pacto y también de la participación y representación política que lleva aparejadas.

<sup>56</sup> JON ARRIETA ALBERDI, «Catalunya entre els segles XVII i XVIII. Reflexions sobre un canvi», en *Revista de Dret Històric Català*, 7 (2007), pp. 87-111: 91.

<sup>57</sup> ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, «Qu'est-ce que la *constitution* dans les monarchies ibériques de l'époque moderne?», en *Themis*, 2 (2000), pp. 5-18.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 10.

Las diferencias en este plano político entre la Corona de Castilla y los reinos de la Corona de Aragón (aun sin ceder al estereotipo de una Castilla esclavizada por sus reyes/leyes) eran muy marcadas, como las Cortes de Barcelona (y subsiguiente compilación de derecho propio) vinieron a confirmar una vez más. Pero en el primer y más sustantivo plano, la dimensión constitucional del orden, todas las que había resultaban simplemente de las distintas maneras de articular por la fuerza de la tradición la sumisión del poder al derecho (consustancial por lo dicho al universo jurídico político *d'ancien régime*<sup>59</sup>). Entendido como un orden declarativo a partir de principios religiosamente indisponibles, el derecho objetivo existe y se concreta en un conjunto de derechos (que no por estamentales y corporativos son menos) subjetivos, garantizados judicialmente mediante los procedimientos forjados *ad hoc* por la tradición, que en todo caso articulaban institucionalmente el principio de que nadie podía ser obligado a hacer o soportar algo contra su voluntad si previamente no se le concedía la posibilidad de defender su derecho judicialmente (con la inevitable y a los efectos que aquí importan decisiva consecuencia de que no fuera concebible un poder de mando sin jurisdicción)<sup>60</sup>. Estas concreciones y limitaciones establecidas por la constitución tradicional no eran ciertamente intercambiables pero sí desde luego asimilables, como comprueban las comparaciones y los debates que seguían los juristas a propósito de las figuras comunes institucionalizadas con características más o menos acusadamente propias: tribunales y magistrados, procesos y sentencias, apelaciones judiciales y extrajudiciales..., moviéndose siempre entre el derecho común y los derechos propios (unos y otros)<sup>61</sup>.

Constitución y formas de gobierno, orden jurídico político enraizado en la naturaleza de las cosas y formas como se articulan las relaciones entre gobernantes y gobernados, tribunales con sus procedimientos judiciales y Corte o Cortes, base constitucional compartida y regímenes políticos diferenciados: de aquí, de la indebida confusión entre estos planos, derivan buena parte de las dificultades que encierra la caracterización historiográfica del absolutismo y el constitucionalismo, que por mucho que se quiera de ninguna manera se puede excluyente.

Y de aquí, de la debida distinción entre estos planos, quizá derive el cambio que experimentó la política de nueva planta. Más allá de los tópicos al uso, posiblemente esto contribuya a explicar, en efecto, el giro que dio la política novatoria a partir de 1711, cuando se impuso la línea de prudencia que había sido despreciada cuatro años antes, para desplegar frente al momento unificador de 1707 una alternativa concepción de la unión en clave puramente gubernativa. Creo que

<sup>59</sup> Cfr., p. ej., Pietro COSTA, «Lo Stato di diritto: un'introduzione storica»; en Pietro COSTA e Danilo ZOLO (con la collaborazione di Emilio SANTORO), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2003<sup>2</sup>, pp. 89-170.

<sup>60</sup> La mejor exposición de los antecedentes y consecuentes de todo esto se debe a Luca MANNORI y Bernardo SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, en su primera parte, debida al primero, a partir de sus previas aportaciones monográficas.

<sup>61</sup> Para un planteamiento general, remito a Carlos GARRIGA, «Justicia animada. Dispositivos de la justicia en la Monarquía católica», en Marta LORENTE, coord., *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 59-104.

nos falta una reconstrucción del proceso que condujo a desplazar un discurso por otro en toda su complejidad, pero a menudo se destaca que no fue ajeno a este resultado la imposibilidad puramente pragmática de llevar a cabo una operación como la indicada, según quedó de manifiesto y fue expresamente denunciado en Valencia, acogándose a un tópico muy común de la cultura jurisdiccional:

«Las municipales y propias Leyes, Estilos y Gobierno de una República las ha establecido en su principio la premeditación y después las ha ido mejorando la experiencia, según las eras y genios; de forma que de unas Cortes a otras se han ido adaptando a la proporción y postura de los tiempos. Muy saludables, espaciosas y plausibles son las leyes de Castilla: establecieron para aquellos Reinos, sin tener presentes éstos.»<sup>62</sup>

En la medida que abolía las constituciones propias de Aragón y Valencia, sustituyéndolas por la castellana, el decreto de 1707 ensayaba la operación –imposible– de trasladar mediante un acto imperativo de la voluntad el complejo de reglas formado en un territorio a otros distintos (que así pasaban a ser, en rigor, parte accesoria del primero), sin por ello romper, obviamente, con las concepciones que sometían «lo político» a «lo jurídico», el poder al derecho. Nadie puede saltar sobre su propia sombra. Ni aun desde las posiciones más regalistas podía legitimarse en aquel orden que el *princeps* actuase de forma arbitraria –sin *causa*–, y de ahí que el *despotismo* fuera siempre un motivo clave de la reflexión jurídico-política del antiguo régimen<sup>63</sup>. Creo que resulta a este respecto muy significativo el conocido Decreto de 1715 en el que, repitiendo literalmente los términos que había usado sesenta años antes Felipe IV, el rey Borbón asumía el punto de vista congenial a la Monarquía católica y *descargaba su conciencia* en los grandes tribunales –el Consejo de Indias en este caso–, para que *no solo se represente, sino aun se replique à las Reales resoluciones, siempre que convenga*:

«Siendo en el gobierno de mis Reynos el unico objeto de mis deseos la conservacion de nuestra Santa Religion en su mas acendrada pureza, y aumento, el bien y alivio de mis vasallos, la recta administracion de la justicia, la estirpacion de los vicios, y exaltacion de las virtudes, que son los motivos, porque Dios pone en manos de los Monarcas las riendas del gobierno, y atendiendo por lo consiguiente a la seguridad de mi conciencia, que es inseparable de esto, [...] he querido [...encargar al Consejo] invigile, y trabaje con toda la mayor aplicacion posible al cumplimiento de esta obligacion, en inteligencia de que mi voluntad es, que en adelante, no solo me represente, lo que

<sup>62</sup> Memorial del valenciano Josep Ortí, publicado por Mariano PESET, «Notas sobre la abolición de los fueros de Valencia», en *AHDE*, 42 (1972), pp. 657-715: 694-713. Para otros testimonios concordantes, IÑURRITEGUI, 1707, pp. 270-271. Indaga las posibilidades de pensar un «orden alternativo» a partir de la tradición Javier GARCÍA MARTÍN, «1707, los límites del orden. Ley y religión en los reinos civiles de Nápoles y España», en *e-Legal History Review*, 3 (2007), número que incluye una sección monográfica sobre los Decretos de Nueva Planta.

<sup>63</sup> Cfr. Domenico FELICE, (a cura di), *Dispotismo. Genesi e sviluppi di un concetto filosofico-politico*, Liguori Editore, Nápoles, 2001-2002; en particular la contribución de Claudio FIOCCHI e Stefano SIMONETTA, «Il «principatus despoticus» nell'aristotelismo bassomedievale», I, pp. 71-94.

juzgare conveniente, y necesario para su logro, con entera libertad christiana, sin detenerle motivo alguno, por respeto humano, sino que tambien replique a mis resoluciones, siempre que juzgare (por no haberlas yo tomado con entero conocimiento) contravienen a qualquiera cosa que sea, protestando delante de Dios, no ser mi animo emplear la autoridad que ha sido servido depositar en mi, sino para el fin que me la ha concedido, y que yo descargo delante de su divina Magestad sobre mis ministros, [...]»<sup>64</sup>.

La lógica que subyace a esta construcción puede resumirse más o menos así: como en aquel orden jurídico de base religiosa lo que fuera derecho no dependía tanto de la voluntad cuanto del conocimiento y la prudencia, el acierto en las determinaciones no resultaba tanto del acuerdo con los interesados cuanto del consejo de magistrados rectos y virtuosos. En este esquema, el *despotismo* simplemente no tiene cabida, al menos en el plano de los principios... O lo que es igual: no es que a partir de la Nueva Planta el soberano careciera de límites en los reinos conquistados, sino que tenía aquellos que le imponía la constitución tradicional en su versión castellana. Si alguien lo duda puede recordar cómo, mientras que la contribución basada en la renta fue introducida a raíz de la Guerra en los reinos de la corona de Aragón, con distintos nombres («única contribución» en Aragón, «catastro» en Cataluña, «equivalente» en Valencia), Ensenada fracasó, a pesar de sus esfuerzos y debido a la resistencia de las élites locales, en su intento de implantarla en Castilla (1750-1752)<sup>65</sup>.

En suma, parece prudente concluir que ni las discrepancias de opción dinástica se corresponden necesariamente con diferencias de concepción política (pactista o absolutista), ni éstas se relacionan en términos de confrontación excluyente, ni menos –añado para terminar– pueden pretender alinearse con otras tan anacrónicas como la que enfrenta a una acción modernizadora (el absolutismo) otra reacción tradicionalista (el pactismo)<sup>66</sup>; o viceversa, presentando el *constitucionalismo* catalán como más moderno –o al menos, más

<sup>64</sup> Felipe V en su Real Decreto 10.II.1715, que publica Juan Joseph MATRAYA Y RICCI, *Catálogo cronológico de Pragmáticas, Cédulas, Decretos, Ordenes y Resoluciones Reales generales emanados después de la Recopilación de las Leyes de Indias* (1819). Adv. prelim. de J. M. MARILUZ URQUIJO, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1978, n° 397 (p. 292). Venía a reproducir otro de Felipe IV, recogido en Autos acordados (=Tomo tercero de autos acordados, que contiene nueve libros, por el orden de títulos de las Leyes de Recopilación[...] Madrid, 1745; ed. facs. 1982), II.4.70 (mayo de 1642).

<sup>65</sup> Para el debate historiográfico acerca de esta cuestión, el «debate fiscal», Ricardo GARCÍA CÁRCEL, *Felipe V y los españoles. Una visión periférica del problema de España*, Barcelona, Plaza & Janés, 2002, pp. 276-279. Ofrece una documentada visión de conjunto Ricardo FRANCH BENAVENT, «La nueva fiscalidad implantada en los territorios de la Corona de Aragón tras la abolición del régimen foral: una aproximación desde la perspectiva valenciana», en *Norba. Revista de Historia*, 16 (1996-2003), pp. 525-542.

<sup>66</sup> Esquema al que finalmente cabe reconducir, según creo, la intervención de José Manuel PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, «La obsesión de la Nueva Planta», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 94 (2001), recogida en *Interpretatio*, X (2004) (=id., *Pareceres III (1999-2004). Volumen homenaje*. Selección, edición y presentación Magdalena RODRÍGUEZ GIL), pp. 361-381.

*modernizable*— que el absolutismo castellano<sup>67</sup>. Como atinadamente ha observado Ruiz Torres: «Esas dos formas de calificar comportamientos políticos resultan completamente ajenas a los modos de pensar de las elites de entonces. Ni el absolutismo era «modernizador» o traía consigo una «modernidad anticipada», ni la resistencia al mismo por parte de los defensores de los derechos, leyes e instituciones antiguos era «reaccionaria». De verlo así no seríamos capaces de llegar a percibir la verdadera naturaleza de unos problemas y unos conflictos con un sentido muy diferente en una época, por lo demás, tan distinta de la nuestra»<sup>68</sup>.

## II

Dictado con el propósito de liberar la soberanía real del entramado de fueros y libertades que componían la constitución tradicional de Cataluña, el Decreto de Nueva Planta operó sobre el régimen político, sin afectar sustancialmente al plano constitucional (si se entienden estos términos del modo indicado arriba)<sup>69</sup>. Ya sabemos por qué. Las conclusiones sentadas en su día por Josep Maria Gay, al estudiar el proceso de elaboración de este Decreto, se mantienen intactas, sin que haya habido, hasta donde yo sé, aportaciones posteriores significativas<sup>70</sup>. En síntesis, puede decirse que, despojada Cataluña de toda traza de representación política, para organizar la justicia y el gobierno del Principado el Decreto se limita a introducir ciertos elementos de la tradición castellana —Capitán general y Audiencia, corregidor y regidores— en el marco jurídico e institucional catalán, que por lo demás mantuvo —o fue revalidado en— su vigor, como sería expresamente declarado unos meses después (mediante aquella Real Cédula de 28 de mayo de 1716 que Ametller calificó de segundo decreto de nueva planta<sup>71</sup>). Moviéndonos a escala general del territorio y fija, pues, la atención en la Real Audiencia, ¿puede sostenerse que quedó entonces instalado un tribunal de planta castellana en el

<sup>67</sup> Así, en la línea de Soldevila y contra la opinión de Vicens Vives, Josep FONTANA, «La Guerra de Successió i les Constitucions de Catalunya: una proposta interpretativa», en *Del patriotisme* pp. 13-29, hablando de «sistema político representativo», que contenía un elemento decisivo de modernización: «En comparació amb els homes de l'absolutisme, els derrotats a la guerra de Successió tenien una visió més “moderna” de les coses», con una dirección de progreso (27); así como en su trabajo citado en la nota 20; también, ALBAREDA, *La Corona de Aragón*, p. 314.

<sup>68</sup> Cfr., Pedro RUIZ TORRES, *Reformismo e Ilustración* (= Josep FONTANA y Ramón VILLARES, dirs., *Historia de España*, vol. 5), Barcelona-Madrid, Crítica – Marcial Pons, 2008, pp. 66-70, a propósito de la dicotomía evocada en el texto (70 para la cita; y pp. 35-47 para una buena síntesis de las «políticas de Nueva Planta»). James CASEY, «La Guerra de Sucesión en la historiografía española: la perspectiva catalano-valenciana», en Francisco GARCÍA GONZÁLEZ, coord., *La Guerra de Sucesión en España y la batalla de Almansa. Europa en la encrucijada*, Madrid, Sílex et al., 2009, pp. 379-395 se ocupa también de las raíces e implicaciones de estos debates.

<sup>69</sup> ¿O sí? Este es el tema a dilucidar cuando se trata de justicia y gobierno. Luego volveré sobre esto.

<sup>70</sup> Josep M. GAY ESCODA, *El corregidor a Catalunya*, Madrid, 1997, pp. 70-127 (que comenté en *Initium*, 3 (1998), pp. 531-583). Cfr. la recientísima síntesis de ALBAREDA, *La Guerra*, pp. 430-443.

<sup>71</sup> GAY, *El corregidor*, pp. 113-116.

campo jurídico e institucional catalán? Las apariencias pueden resultar engañosas, porque (1) ni el campo era ya tan catalán a las alturas de 1716, (2) ni aquellos elementos tan castellanos habían sido ensamblados nunca del modo como aquí lo fueron, además de que tampoco se mantuvieron los equilibrios previstos (interna y externamente) por el Decreto. Lejos de eso, (3) el régimen de Nueva Planta no tardó mucho en acentuar la moderada castellanización inicial y (III) sí en borrar la impronta militar que venía teniendo el gobierno del Principado desde 1707.

1. La represión precedió y seguramente explica algunas de las características que tuvo desde el principio la Nueva Planta en Cataluña. Un conjunto reciente de trabajos minuciosos de investigación han ponderado el alcance del exilio, las confiscaciones de bienes y otras medidas coactivas de distinto orden adoptadas contra los vencidos antes y después –sobre todo después– del once de septiembre de 1714, que ya fueron percibidas como excesivas por los coetáneos de dentro y de fuera (y no sólo austracistas, sino también borbónicos)<sup>72</sup>. Elemento clave de este proceso de dominación hubo de resultar la *Real Junta Superior de Justicia y Gobierno del Principado de Cataluña*, constituida por orden del duque de Berwick el 15 de septiembre de 1714 con magistrados catalanes (como Francesc Ametller o Josep d'Alós) y no catalanes (como Patiño) de amplia experiencia e inequívoco felipismo desde la primera hora, para actuar como tribunal supremo:

«por quanto conviene por el buen gobierno que haya un tribunal superior a todas las justicias de la Ciudad y Principado de Cataluña, donde se reconozcan agravios, se cometan o admitan apellaciones, decidan o consulten o informen según su gravedad, de las materias que además de los recursos regulares se les encarguen»<sup>73</sup>.

Apenas tratada por Solé (cuyas páginas sobre el particular han quedado irremediadamente caducas), creo que la mejor aproximación en clave jurídico política sigue siendo la ofrecida por Gay, pero su actuación, que se prolongó

<sup>72</sup> Me limito a recordar los trabajos más generales y/o extensos de Enrique GIMÉNEZ LÓPEZ, «Contener con más autoridad y fuerza: la represión del austracismo en los territorios de la Corona de Aragón (1707-1725)», en *Cuadernos dieciochistas*, 1 (2000), pp. 133-153 (incluido en versión catalana, con algunos añadidos, en *Del patriotisme*, pp. 221-238); Agustí ALCOBERRO, *L'exili austracista (1713-1747)*, 2 vols., Barcelona, Fundació Noguera, 2002; Josep M. TORRAS I RIBÉ, *Felip V contra Catalunya. Testimonis d'una repressió sistemàtica (1713-1715)*, Barcelona, Dalmau, 2005; Virginia LEÓN SANZ, «Represión borbónica y exilio austracista al finalizar la Guerra de Sucesión española», en *La pérdida de Europa*, 2007, pp. 567-589; así como Antonio MUÑOZ GONZÁLEZ y Josep CATÀ I TUR, *Repressió borbònica i resistència catalana (1714-1736)*, Barcelona, Muñoz/Catà Editors, 2005, que aportan documentación interesante; Josep M. TORRAS I RIBÉ, «Represión y sometimiento en Cataluña en las postrimerías de la Guerra de Sucesión (1707-1715)», en Rosario PORRES MARIJUÁN e Iñaki REGUERA, eds., *La proyección de la Monarquía Hispánica en Europa. Política, Guerra y Diplomacia entre los siglos XVI y XVIII*, Universidad del País Vasco, 2009, pp. 147-174. Por su parte, ALBAREDA, *La Guerra de Sucesión*, pp. 419-430 ofrece una buena síntesis.

<sup>73</sup> GAY, *El corregidor*, pp. 79-80; TORRAS I RIBÉ, *Felip V*, p. 161; y con peor lectura, SOLÉ I COT, p. 89.

hasta la constitución de la Audiencia a primeros de abril de 1716, ha sido ampliamente documentada y muy ponderada últimamente por Torras i Ribé, que no se ocupa tanto de su organización y funcionamiento cuanto de seguir —con fuentes de primera mano y a muy poca distancia— su actuación al frente de la *represión sistemática* en el Principado: «el procés d'implantació institucional i humana del règim borbònic a Catalunya és difícilment concebible sense tenir en compte l'actuació política i la tasca constituent realitzada per aquesta Real Junta Superior, que hauria de ser considerada amb caràcter general l'autèntic protogovern borbònic a Catalunya»<sup>74</sup>. Ahora bien, por mucho que su primera actuación (de la Junta) fuese la destitución expresa de los miembros de la Generalitat de Catalunya, Consell de Cent y Braç Militar (que formaban juntos la llamada Conferència dels Comuns), ordenándoles por separado «cesen totalmente, assí ellos como sus subalternos, en el exercicio de sus cargos, empleos y officios, y entreguen las llaves, libros y todo lo demás», y por mucho que su presidente (de la Junta), el superintendente general Patiño considerase en 1715 «al Principado de Cathaluña como si no tubiera gobierno alguno»<sup>75</sup>, me parece excesiva (a partir de sus propios datos y de cuanto ha venido señalando la historiografía) la afirmación de Torras sobre «el procés sistemàtic de destrucció —peça per peça— de tot el marc institucional, de tradició secular, vigent a Catalunya fins a aquells moments, i la creació *ex nihilo* d'una nova legalitat, calcada de la que s'havia implantat anteriorment a València i Aragó»<sup>76</sup>.

El mismo marqués de Castelrodrigo, que no era nada sospechoso de simpatías pro-catalanas y que ya antes de la conquista de Barcelona proponía que, una vez finalizada ésta y para escenificar simbólicamente el dominio real, «se quemassen pública y solemnemente por mano de verdugo en la misma brecha [de las murallas], los privilegios de Barcelona, y subcequentemente los de Cataluña»<sup>77</sup>, reiteraba un año después (el 7 de septiembre de 1715), ya como

<sup>74</sup> Cfr. GAY, *El corregidor*, pp. 76-80; TORRAS I RIBÉ, *Felip V*, pp. 15-18 (16 para la cita), 161-345; y sin tomarlo en cuenta, SOLÉ I COT, pp. 88-92 (también, 483), que al igual que la propia Audiencia (pp. 536-537) también asegura «que fue el precedente inmediato de la Audiencia borbónica y que, en materia de gobierno, prefiguró bastante lo que más tarde sería la Audiencia definitiva» (p. 90; también 324). Tiene cierto interés el testimonio, que no veo utilizado por la historiografía catalana, de Antonio de ALÓS Y DE RIUS, hijo de Josep d'Alós, escrito en 1767: *Instrucción militar que el Ex.<sup>mo</sup> S. D.—, Marqués de Alós, Gentil-Hombre de Cámara del Rey de las dos Sicilias, Teniente General de los Reales Ejércitos de S. M. C., Capitán General del Ejército y Reyno de Mallorca, y Presidente de su Real Audiencia. &c. escribió en dicha isla, y dirigió con carta de XIV. de diciembre de MDCCLCVII. á sus tres Hijos [... Josef, Ramón y Joaquín].* Reimpreso con las licencias necesarias en Barcelona, Imprenta de Manuel Texero, 1800, pp. 21-40 («Guerra particular de Cataluña. Años 1713, y 1714») y específicamente sobre la Real Junta, pp. 35-38.

<sup>75</sup> Sin ir más atrás, véanse SOLÉ I COT, p. 89; TORRAS I RIBÉ, *Felip V*, pp. 161 (para esta cita) y 164-166 para las restantes, donde también señala que la Junta de Administradores de Barcelona quedó organizada como gobierno municipal de la ciudad. Para un estado de la cuestión, centrado en la figura del intendente, puede consultarse también Ildefonso PULIDO BUENO, *José Patiño. El inicio del gobierno político-económico ilustrado en España*, Huelva, s. e., 1998, pp. 81-125.

<sup>76</sup> TORRAS I RIBÉ, *Felip V*, p. 16.

<sup>77</sup> TORRAS I RIBÉ, *Felip V*, pp. 157-158.

Capitán general de Cataluña, la conveniencia de ejecutar «un acto público y solemne [...] de abolición de todos los Privilegios de esta Ciudad y Principado» –para que «se cancelen, borren y quemem los que fueren contra ella (la regalía), y no quede memoria de ellos»–, quejándose de «que sólo *per actum facti* se ha seguido una suspensión de ellos, derivada de que siempre [que] en materias de gobierno se ha tropezado con ellos, se han dejado aparte y sin acción los que eran contra la regalía»<sup>78</sup>.

Seguramente tiene razón Torras i Ribé cuando afirma que, actuando la Junta durante dos años orientada por la *regalía* y sin efectivos límites constitucionales, a comienzos de 1716 «la feina bruta ja estava feta»<sup>79</sup>, pero lo cierto es que, sin mediar expresas aboliciones, el Decreto de Nueva Planta arrancó de la constitución tradicional, para derogarla tácitamente en ciertos puntos y revalidarla en todos los restantes.

Rechazada la posibilidad de suprimir el régimen catalán *in totum* mediante la invocación del derecho de conquista –seriamente contemplada en o por aquella misma Real Junta–, finalmente fueron expresa y totalmente abrogados en estos años previos a la Nueva Planta todas cuantas constituciones, privilegios y otras medidas habían sido dados o adoptadas por el Archiduque, para enlazar con el momento jurídico anterior a la infidelidad (consolidado en 1704), entendiendo tácitamente abolido el régimen político con todo su soporte institucional, e introducir en su lugar autoridades y magistraturas de estirpe castellana carentes de toda valencia política (i. e., representativa), revalidando para todo lo demás el marco jurídico e institucional tradicional<sup>80</sup>. El *mélange* entre lo viejo y lo nuevo, la *tradición catalana* y la *novación castellana*, afectaba de manera muy sustancial al gobierno superior del Principado, donde quedó instalada la Real Audiencia de planta castellana (al menos nominalmente) que el Decreto venía a constituir.

2. No puede decirse que Solé i Cot se extienda en consideraciones acerca del modelo o los modelos institucionales adoptados por el Decreto de 1715, pero sí afirma que en éste «se optó por el modelo de las audiencias castellanas e indianas presididas por un capitán general con facultades gubernativas importantes»<sup>81</sup>. No creo que este punto pueda darse por resuelto tan fácilmente.

Si hablamos de la configuración interna de los Tribunales no puede obviarse la complejidad del modelo castellano, dadas las diferencias que separaban a las Chancillerías de las Audiencias y a éstas entre sí en los territorios peninsulares de la Monarquía, por más que las establecidas en América vinieran a for-

<sup>78</sup> Las citas podrán localizarse con facilidad en GIMÉNEZ LÓPEZ, *Contener con más autoridad y fuerza*, pp. 138-139; y en términos muy similares, íd., «El primer capitán general de Cataluña, marqués de Castelrodrigo (1715-1721) y el control del austracismo», en *Los Borbones*, pp. 401-420: 410; TORRAS I RIBÉ, *Felip V*, pp. 157-158, 225-226, 320; ALBAREDA, *La Guerra de Sucesión*, pp. 427-428 (donde se encontrará esta última).

<sup>79</sup> TORRAS I RIBÉ, *Felip V*, p. 20.

<sup>80</sup> Para los debates y las aboliciones expresas, véase ahora, simplemente, TORRAS I RIBÉ, *Felip V*, pp. 319 y ss.

<sup>81</sup> SOLÉ añade que la alternativa era Audiencia con presidente militar en lugar de una Chancillería con presidente letrado (93).



mar desde la segunda mitad del siglo XVI (y no antes) una suerte de *mélange* entre ambas. Como las de Valladolid y Granada, las Audiencias indianas eran Chancillerías, porque disponían del sello real, pero a diferencia de aquéllas estaban presididas por la máxima autoridad militar, como las Audiencias de Galicia y de Canarias<sup>82</sup>. Que esto último era ajeno a la tradición bajomedieval castellana queda además demostrado por la forma circunstancial y vacilante como fue introducido paso a paso en América durante la segunda mitad del siglo XVI<sup>83</sup>.

Allí las Audiencias y Chancillerías fueron instituidas como personas geminadas (mediante el *sello*) del rey para la justicia y el gobierno de su distrito, pero pronto prevaleció la tendencia de sustraer el gobierno al cuerpo judicial para concentrarlo en su (iletrada) cabeza, acumulando el cargo de presidente de la Audiencia al de virrey o gobernador y capitán general, como máxima autoridad gubernativa y militar de la provincia, cada quien dotado con su propia potestad. Cada Audiencia quedó entonces configurada como un órgano unitario pero complejo, resultado de integrar elementos diversos (gobernador unipersonal y tribunal colegiado) y equilibrar lógicas diferentes (gubernativa y contenciosa), por lo que era imprescindible distinguir las atribuciones del conjunto (el presidente y los oidores) de las que tenían cada uno de sus componentes (el presidente o los oidores), pero sin que fuera posible considerarlas aisladamente, y no sólo porque el carácter mutuamente excluyente de las atribuciones del presidente y de los oidores quedaba circunscrito al momento decisorio (providencia o acto de gobierno y sentencia, respectivamente), actuando ambos órganos de manera más o menos dependiente en los restantes tramos de su actividad (consulta en materias graves de gobierno, tramitación y firma de las reales provisiones, etc.). La integración de la máxima autoridad gubernativa con el tribunal que representaba la persona del rey en el distrito se basaba en la distinción entre *cosas de gobierno* y *cosas de justicia*, de modo que la tan difícil como imprescindible delimitación entre unas y otras, que determinaba su ámbito de actuación respectivo, fue dando lugar a una organización densa e intrincada, perfilada al calor de los conflictos que planteaba su funcionamiento. En síntesis puede decirse que, muy de acuerdo con la configuración casuística y probabilista de aquel orden jurídico, por toda solución general se impuso una vía para llegar al establecimiento de soluciones particulares (esto es, atentas las circunstancias del caso), que *en último término* supeditan el gobierno a la justicia, toda vez que apoderan al presidente para decidir la naturaleza (gubernativa o judicial) de las cosas o causas dudosas, pero con apelación a la Audiencia si las cosas de gobierno devienen, mediante oposición de parte con derecho bastante, causas de justicia (i. e., *apelaciones de autos de gobierno*, que desde luego incluyen la decisión sobre su admisión o no, o sea,

<sup>82</sup> Cfr., p. ej., María Dolores ÁLAMO MARTELL, *El Capitán general de Canarias en el siglo XVIII*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2000, pp. 111-126.

<sup>83</sup> Resumen en el párrafo siguiente Carlos GARRIGA, «Las Audiencias: la justicia y el gobierno de las Indias», en Feliciano BARRIOS PINTADO, coord., *El Gobierno de un Mundo: Virreinos y Audiencias en la América Hispánica*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, pp. 711-794.

la calificación del grado). Convendrá tener presente el cuadro resultante no porque se reprodujese en Cataluña, que no se reprodujo, sino porque responde a los mismos principios inspiradores (como veremos luego a propósito de los recursos contra las decisiones gubernativas).

Creo que puede afirmarse que, en el momento en que se estableció, la Audiencia de Cataluña (supongo que como las restantes de nueva planta) era resultado de ensamblar ciertos elementos de la tradición institucional castellana de forma novedosa, desconocida en su patria de origen. Tres razones hay para sostenerlo.

Por un lado, la Audiencia de Cataluña, a diferencia de todas las (meras) Audiencias castellanas y como las otras de *nueva planta*, dispone del sello real y habla según parece por boca del rey y con la consideración por tanto de Corte<sup>84</sup>; que sólo en 1800 alcanzarían las Audiencias de Sevilla y Extremadura<sup>85</sup>. Ninguna de ellas estuvo equiparada hasta entonces a las Chancillerías de Valladolid y Granada<sup>86</sup>. Hasta entonces, y con la única excepción de la Audiencia de Sevilla en su distrito originario (la ciudad y su tierra, en respuesta a los privilegios jurisdiccionales que recibió al tiempo de la conquista<sup>87</sup>), en ciertos supuestos cabe recurso de las Audiencias a las Chancillerías, que coherentemente fue suprimido en los dos casos citados –y sólo en ellos (no en Canarias y Asturias)– por esta disposición<sup>88</sup>. En cambio, y a diferencia de éstas, la Audiencia

<sup>84</sup> Mariano PESET, «La creación de la Chancillería de Valencia y su reducción a Audiencia en los años de la nueva planta», en *Estudios de Historia de Valencia*, Valencia, 1978, pp. 309-334: 332-333; Pere MOLAS RIBALTA, «Las Audiencias borbónicas en la Corona de Aragón», en id., dir., *Historia social de la Administración española. Estudios sobre los siglos XVII y XVIII*, Barcelona, 1980, pp. 117-164: 124-126; Bartolomé CLAVERO, «Sevilla, Concejo y Audiencia: invitación a sus Ordenanzas de Justicia», que es estudio preliminar a las *Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla* (Sevilla, 1603), ed. facs., Sevilla, 1995, pp. 5-95: 88 y ss.; Margarita GÓMEZ GÓMEZ, *El sello y registro de Indias. Imagen y representación*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2008, pp. 65-66; SOLÉ I COT, p. 328.

<sup>85</sup> RD 30.XI.1800 (que puede consultarse en Santos SÁNCHEZ, *Colección de pragmáticas, cédulas, provisiones, autos acordados, y otras providencias generales expedidas por el Consejo Real en el reinado del Señor Don Carlos IV. Cuya observancia corresponde a los tribunales y jueces ordinarios del Reyno, y á todos los vasallos en general*. Tomo segundo. *Comprende las respectivas á los años desde 1796 al 1800 inclusive*. 3ª ed, Madrid, Imprenta de D. Josef del Collado, 1805, pp. 498-499) (=NoR 5.11.15): «y mando que las Audiencias de Sevilla y Extremadura tengan el tratamiento de Excelencia, que despachen con mi sello Real en la misma forma que lo hacen las demas que lo usan, y que cesen las apelaciones que en la Pragmatica de 30 de Mayo de 1790 fueron reservadas á las expresadas Chancillerías, pues los pleitos se han de concluir en las mencionadas Audiencias sin otros recursos que los prevenidos por las leyes».

<sup>86</sup> Juan SEMPERE Y GUARINOS, *Observación sobre el origen, establecimiento y preeminencias de las Chancillerías de Valladolid y Granada*, Granada, 1796.

<sup>87</sup> Y por eso no alcanzó a la ampliación del distrito motivada por la creación de la Audiencia de Extremadura que detallo en la nota siguiente.

<sup>88</sup> Pragmática de 30.V.1790, que puede consultarse íntegra en José Luis PEREIRA IGLESIAS y Miguel Ángel MELÓN JIMÉNEZ, *La Real Audiencia de Extremadura. Fundación y establecimiento material*, Asamblea de Extremadura, 1991, pp. 103-110. Por un lado, la ampliación del territorio y extensión de la jurisdicción de la Audiencia de Sevilla. Si aquél comprende ahora *grosso modo* todo el reino de Sevilla, con las distintas especificaciones y reglas de distribución que se indican, la jurisdicción de la Audiencia, que no experimenta ninguna variación sobre su viejo distrito, se extiende al nuevo territorio por apelación y en los casos de Corte, pero con recurso para ante la Chancillería granadina en las causas civiles de mayor importancia. Exactamente otro

de Cataluña es suprema y hasta los cuarenta al modo establecido allí, o sea, sin posibilidad alguna de recurso, y por ende jurisdiccionalmente equiparada al Consejo de Castilla. Quizá por esto, asumiendo el régimen tradicional de Cataluña, el Decreto de Nueva Planta (§ 3) admitió suplicación para ante la misma Audiencia cuando la sentencia de vista no coincidiera con la de revista, con las particularidades que señala<sup>89</sup>; lo que no impidió la introducción en los años cuarenta de los recursos extraordinarios castellanos (segunda suplicación e injusticia notoria)<sup>90</sup>, ni sufrió alteración tras los mismos<sup>91</sup>. Sólo entonces culminó la equiparación jurisdiccional de la Audiencia de Cataluña a las Chancillerías castellanas.

Por otro lado, la Audiencia está presidida por el Capitán general, pero tiene una cabeza civil en la persona del regente, que era ciertamente una figura conocida, pero muy poco difundida en la tradición *audiencial* castellana. Innecesario en las Chancillerías, el regente estuvo intermitentemente presente en las meras Audiencias, pero las primeras Audiencias *apud* chancillería que lo tuvie-

---

tanto se dispuso, por otro lado, para la nueva Audiencia de Extremadura, por fin creada en 1790 como «tribunal superior de provincia», con sede en Cáceres y un distrito que, fundamentalmente sustraído a la de Granada, se introducía también en el territorio de la Chancillería de Valladolid (donde ya se había creado en 1717 la Audiencia de Asturias). Uno y otro tribunales tenían además jurisdicción para conocer de los recursos de fuerzas en sus respectivos territorios, pero no de los negocios de hidalguía, que pertenecían como siempre privativamente a las Chancillerías.

<sup>89</sup> Cfr. Ramón Lázaro de DOU, y DE BASSÓLS, *Instituciones del Derecho Público general de España, con noticia particular de Cataluña, y de las principales reglas de gobierno en qualquier Estado*, Madrid, En la oficina de Don Benito García y Compañía, 1800-1803, lib. III, tít. II, cap. XI, sec. III, art. IV, n. 6-7 (VI, pp. 362-363).

<sup>90</sup> *Ibid.*, n. 19 (p. 367); art. V, n. 10 (p. 380).

<sup>91</sup> AA 4.20.10: «Admitanse grados de la segunda Suplicacion de la Audiencia de Cataluña; i, no haviendo lugar, quede libre el recurso de injusticia notoria» (Felipe V, El Pardo, 12.I.1740, a consulta de 30.VIII.1739) (=NoR 11.22.10). Cfr. Juan Antonio MARÍN ALFOCEA, *Observaciones originales sobre los autos acordados que dieron regla para la introduccion del recurso de injusticia notoria: Dudas practicas que han ocurrido, y principios por donde se deben resolver: Equivocaciones con que se ha discurrido en ellas, por no haberse fixado los principios que deben servir de regla para su inteligencia: Tema que se deba proponer en los escritos y defensas: Se trata tambien de las peculiares legislaciones y prevenciones para iguales recursos de las Audiencias y Tribunales subalternos del Consejo de Indias, y de los Consulados de Comercio*, Madrid, En la Imprenta de Miguel Escribano, 1784. Cap. II, § 2: «El tercero [aa] que pertenece á esta especie, es de 12 de Enero de 1740, á consulta de 3 de Agosto de 739, «en el que se previno la admision del grado de segunda suplicacion, de las sentencias que causen executoria en la Audiencia de Cataluña, y en los que no hubiere lugar á él, quedase libre y salvo el recurso de injusticia notoria de dichas sentencias, á el Consejo segun su Auto acordado, y como se practica en todos los Tribunales de estos Reinos» (p. 27; cfr. también, sobre la situación de Cataluña previa a la Nueva Planta, pp. 77-78, 135). Pedro Nolasco VIVES Y CEBRIÁ, *Traduccion al castellano de los usages y demás derechos de Cataluña, que no están derogados ó no son notoriamente inútiles, con indicacion del contenido de estos y de las disposiciones por las que han venido á serlo, ilustrada con notas sacadas de los más clásicos autores del Principado*, 2ª ed. corr. y aun., 4 tomos, Madrid-Barcelona, 1861-1863 (ed. facs. en 2 vols., con «Estudi introductorio» de Joan EGEA I FERNANDEZ, Barcelona, Generalitat de Catalunya – Departament de Justicia, 1989 (=Textos Jurídics Catalans. Escriptors I/4), I, p. 21; III, pp. 28-30. Cfr. Santiago ESPIAU I ESPIAU y Pere del POZO I CARRASCOSA (Recopilació i Estudi introductorio a cura de), *L'activitat judicial de l'Audiència de Catalunya en matèria civil (1716-1834)*, Barcelona, Generalitat de Catalunya – Departament de Justicia, 1996 (=Textos Jurídics Catalans. Sentències 1), pp. LIII-LIV.

ron fueron las aragonesas<sup>92</sup> (hasta el punto de que cuando en 1714 fue reintroducido en la de Canarias se adoptó explícitamente el esquema seguido en Aragón<sup>93</sup>). Aunque destaca la enorme importancia que los regentes podían llegar a tener y algunos –sobre todo el catalán Alós– aparecen de vez en cuando en sus páginas, Solé no presta ninguna atención a esta figura (617n153; 700). Globalmente, en este punto la experiencia de la nueva planta debió de ser entonces positivamente evaluada, porque ya tardíamente, en 1776, el regente fue introducido en las Audiencias americanas, en el marco de ciertas reformas globales que tuvieron lugar entonces y afectaron también a la de Cataluña (169-170n288; 214).

Por último, tiene encomendado como conjunto –*Real Acuerdo*– el gobierno del Principado. Las referencias que pueden encontrarse en la obra de Solé respecto al término y la realidad institucional que cobija siguen siendo equívocas (148; 297 y ss.). En Castilla la expresión se usaba desde la baja edad media y quedó consagrada por las Ordenanzas de 1489 para referirse al colegio formado por los magistrados en trámite de decisión judicial; pero no fue difícil pasar de este significado originario y estricto (*acuerdos de justicia*) a otro derivado y más general que designaba las reuniones de magistrados para tratar de todos aquellos asuntos que, requiriendo determinación, no tocaban a las salas por no versar sobre pleitos, ni podían tratarse en audiencia pública dado su carácter secreto (*acuerdos generales*)<sup>94</sup>. En las Chancillerías castellanas esto afectaba muy especialmente al gobierno interior de los tribunales, pero las Audiencias (meras) de aquí y todas las de América trataban en estos acuerdos generales también los asuntos gubernativos (por no judiciales) que en cada caso correspondiera.

En suma, puede decirse que a las alturas de 1716 la Audiencia de Cataluña (como en general las de nueva planta) no respondía, en rigor, a ningún esquema castellano, sino que resultaba de ensamblar elementos propios de esta tradición institucional de un modo inédito en Castilla... en un viaje que tuvo retorno. En el último tramo del siglo XVIII, el sentido y la estructura de las Audiencias de nueva planta, si por tal entendemos la integración de elementos militares y togados, con las adaptaciones institucionales consiguientes, se extendió a toda la Corona de Castilla, primero mediante la implantación de la figura del regen-

<sup>92</sup> Para Aragón, que fue la primera (RD 3.IV.1711), Jesús MORALES ARRIZABALAGA, *La derogación de los Fueros de Aragón (1707-1711)*, Diputación Provincial de Huesca, 1986 (Colección de Estudios Altoaragoneses, 8), pp. 85-104. Para Valencia (RC 26.VII.1716), *apud* PESET, *La creación*, pp. 330-331; Pere MOLAS RIBALTA, *La Audiencia Borbónica del Reino de Valencia (1707-1834)*, Universidad de Alicante, 1999; Enrique GIMÉNEZ LÓPEZ, «Marte y Astrea en la Corona de Aragón. La preeminencia de los capitanes generales sobre los togados en los primeros años de la Nueva Planta», en *Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante*, 22 (2004) (=Ejércitos en la Edad Moderna), pp. 7-53. Para Cataluña, María de los Ángeles PÉREZ SAMPER, «Los regentes de la Real Audiencia de Cataluña (1716-1808)», en *Pedralbes*, 1 (1981), pp. 211-252.

<sup>93</sup> Cfr. el arranque de Enrique GIMÉNEZ LÓPEZ, «Los regentes de la Audiencia borbónica de Canarias. Retrato de familia», en Antonio de BÉTHENCOURT MASSIEU, coord., *Felipe V y el Atlántico. III Centenario del Advenimiento de los Borbones. XIV Coloquio de Historia Canario-Americana (2000)*, Cabildo de Gran Canaria, 2002, pp. 149-188.

<sup>94</sup> Cfr. GARRIGA, *Las Ordenanzas*, (cit. *infra* n.99), § 5.3.

te en América (1776), que siguió reglas reconocidamente comunes, y después con la colocación de los capitanes generales correspondientes en la presidencia de las Chancillerías castellanas (741-742), en paralelo a otras medidas que, como ya vimos, las aproximaban a las (meras) Audiencias<sup>95</sup>. Ya para entonces es evidente el desarrollo de pautas comunes a todos los tribunales (que aparecen juntos en la *Novísima Recopilación*, lib. V), marcadas por la fuerte impronta militar que Godoy impuso como estilo de gobierno.

3. Sólo con matizaciones podría decirse otro tanto mirando al plano funcional, tan vinculado a los estilos propios de cada tribunal que siempre hubo, al menos en Castilla, severos problemas de uniformización entre todos ellos<sup>96</sup>. Por supuesto, las pautas generales y muchos detalles particulares de funcionamiento eran comunes y arrancaban de las Ordenanzas de Medina del Campo (1489), viniesen determinadas o no por disposición expresa<sup>97</sup>. Por ir a lo más grande, el secreto de la causa de la decisión nunca fue aquí legalmente impuesto, pero además de separar a los tribunales de las dos Coronas constituía la clave de bóveda de la justicia en Castilla, donde había llevado desde finales de la baja edad media a la articulación de un estricto régimen de comportamiento judicial y funcionamiento curial, que tenía por finalidad representar externamente (valga el pleonasma) la justicia de unas decisiones cuyas motivaciones jurídicas –su causa– permanecían secretas<sup>98</sup>. Sin embargo, sobre esta base común y compartida, reglamentada mediante un sinnúmero de disposiciones y conformadora de una tradición judicial propia (la tradición castellana), los estilos o prácticas de actuación podían variar notablemente y a menudo las ordenanzas servían para corregir y uniformar, trasplantando el estilo –o las disposiciones dictadas en atención a las circunstancias– de un tribunal a otro, en un proceso –la dialéctica uniformidad-particularismo– nunca concluso, como atestiguan las prácticas –generales y particulares– publicadas hasta el último

<sup>95</sup> RD 30.XI.1800, sin otra indicación que la de nombrar «por Regentes» de las Chancillerías de Valladolid y Granada a las personas indicadas (SÁNCHEZ, *Colección*, II, p. 498; paso omitido en *NoR* 5.11.15). Cfr. Carlos GARRIGA, «Los límites del *reformismo borbónico*: a propósito de la administración de la justicia en Indias», en BARRIOS PINTADO, Feliciano, coord., *Derecho y Administración Pública en las Indias hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, I, pp. 781-821; id., *Justicia animada*, pp. 99-101.

<sup>96</sup> Cfr. los testimonios contrastantes que aparecen en SOLÉ I COT, pp. 537, 609, 620n163, 694.

<sup>97</sup> Cfr., última y específicamente, Carlos GARRIGA, «Las Chancillerías castellanas: las Ordenanzas de 1489», en Luis RIBOT, Julio VALDEÓN, Elena MAZA, coords., *Isabel la Católica y su época: actas del Congreso Internacional (Valladolid-Barcelona-Granada, 15 a 20 de noviembre de 2004)*, Valladolid, Instituto Universitario de Historia Simancas – Universidad de Valladolid, 2007, pp. 221-261.

<sup>98</sup> Además de Carlos GARRIGA y Marta LORENTE, «El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 – España, 1855)», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1 (1997), pp. 97-142 (recogido en GARRIGA-LORENTE, *Cádiz, 1812*, pp. 261-312, por donde se cita: 265-279); puedo remitir a mi «*Contra iudicii improbitatem remedia*. La recusación judicial como garantía de la justicia en la Corona de Castilla», en *Initium*, 11 (2006), pp. 157-382.

momento<sup>99</sup>. La obra de Dou i Bassols, que Solé i Cot utiliza, constituye a este respecto un excelente ejemplo<sup>100</sup>.

Visto todo esto, no me parece casual que fuera precisamente la prohibición de motivar las sentencias, impuesta a la Audiencia de Cataluña junto a otras reformas de signo claramente *castellanizante* en 1736<sup>101</sup>, el dispositivo que despejó el camino a las reglas castellanas de funcionamiento, tal como determinaron, contra todo pronóstico (o sea, contra las previsiones del Decreto de Nueva Planta), las Ordenanzas de 1742<sup>102</sup>.

Aunque en lugar tan inesperado como el capítulo dedicado a los aranceles de la Secretaría del Acuerdo, Solé i Cot se ocupa de «la supresión de la motivación de las sentencias» (584-586; cfr. también 305, 583), aportando algunas precisiones interesantes sobre la situación que siguió inmediatamente a la Nueva Planta y una valoración global de la decisión prohibitiva (instada por la propia Audiencia), con la que no puedo estar enteramente de acuerdo: «La supresión de las motivaciones facilitó enormemente la introducción subrepticia de normas, estilos y conceptos del derecho castellano por el más alto tribunal de Cataluña, así como situó a los jueces en una posición prácticamente arbitraria e irresponsable» (586). Si lo primero, aun a falta de las pertinentes comprobaciones, parece muy razonable, no veo razones para afirmar esto último, aunque sólo sea porque la prohibición de motivar, que era la regla común, no implica ni mucho menos autorización para decidir sin causa (o sea, a-jurídicamente, sino tan sólo obligación de silenciar los motivos, reservándolos en el secreto de la conciencia<sup>103</sup>).

Hasta la publicación de las Ordenanzas la Audiencia debió de funcionar de modo enteramente conforme a las reglas tradicionales, escritas o consuetudinarias, que de hecho sabemos hacían valer frente a los castellanos los magistrados catalanes<sup>104</sup> (por más que la comparación se vea dificultada por la llamativa falta de estudios sobre la(s) Audiencia(s) de Cataluña,

<sup>99</sup> Cfr. Carlos GARRIGA, «Las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid. Estudio preliminar a la *Recopilación* de 1566», en *Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial-Tribunal Supremo, 2007, pp. 7-128: 88-91.

<sup>100</sup> DOU, *Instituciones*, cit. *supra*, nota 89.

<sup>101</sup> RP Madrid, 31.X.1736 (Archivo Histórico Nacional, Consejos, leg. 7825, s. fol.), que refiero al final del trabajo citado en la nota siguiente, junto a las otras medidas aludidas. Cfr. también, ESPIAU I POZO, *L'activitat*, pp. XLI-XLIII.

<sup>102</sup> *Ordenanzas de la Real Audiencia de el Principado de Cathalvña, mandadas imprimir por Su Magestad*, Barcelona, Por Joseph Teixidò, Impressor del Rey Nuestro Señor, 1742. Cfr. Carlos GARRIGA, «Las Ordenanzas de la Real Audiencia de Cataluña (1741). (Una contribución al estudio del régimen de la Nueva Planta)», en *Initium*, 1 (1996), pp. 371-396.

<sup>103</sup> Para el sentido del secreto puedo remitir a Carlos GARRIGA, «Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI-XVII)», en *Revista de Historia del Derecho*, 24 (2006), pp. 67-160 (§§ 7-8); *íd.*, «La Real Audiencia y Chancillería de Granada», en *Real Chancillería de Granada. V Centenario 1505-2005*, Granada, 2006, pp. 149-219.

<sup>104</sup> Cfr. GARRIGA, *Las Ordenanzas*, pp. 379 ss. Para el estilo propio, además, SOLÉ I COT, p. ej., 214-215n77, 609 («por ser en esta Audiencia y Principado enteramente distinto el modo de actuar y la práctica de todos los tribunales de las demás del Reyno»).

previa y posterior a la Nueva Planta)<sup>105</sup>. Desde 1742, las Ordenanzas (que por cierto Solé i Cot transcribe y edita íntegramente)<sup>106</sup>, impusieron –como acabo de recordar– unas reglas de funcionamiento de inspiración preferentemente castellana, aunque esto en modo alguno tuvo por qué significar, necesariamente, la erradicación de los estilos propios (620n163) o la imposibilidad de desarrollar otros para adaptar las nuevas Ordenanzas a las viejas tradiciones<sup>107</sup>.

En cualquier caso, quizá por esto, por proceder tan directamente de la matriz castellana, las Ordenanzas están más centradas en la justicia que en el gobierno, el cual debió de seguir en consecuencia los dictados de la práctica. De ahí que el estudio del procedimiento gubernativo pase necesariamente por una inmersión documental como la que muy laboriosamente –estoy seguro– ha llevado a cabo Solé i Cot.

### III

1. El Decreto de Nueva Planta estableció un régimen letrado de gobierno colegiado. En el punto gubernativo que aquí interesa su peculiaridad consistió en atribuir las «cosas de gobierno» al *Real Acuerdo*, presidido por el Capitán general, formado por los oidores de la Audiencia y regido por el principio de mayoría de votos<sup>108</sup>. A las *cosas de gobierno* queda en efecto circunscrita la

<sup>105</sup> Cfr. Miquel Àngel MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *Els magistrats de la Reial Audiència de Catalunya a la segona meitat del segle XVIII*, Barcelona, Fundació Noguera, 2006, que recoge la escasa bibliografía anterior. Respondiendo perfectamente a su título, poco aporta al problema que aquí interesa.

<sup>106</sup> SOLÉ I COT, pp. 95n31, 129-131, 157-160 (con importantes precisiones sobre impresión, etc.), 299, 303-304n272, 496-497, 705n219, 707n228; publica las Ordenanzas, *ibid.*, 913-1.053. El segundo volumen, anunciado y que daba en mi trabajo citado por no realizado, fue efectivamente impreso por el mismo editor y también en 1742, aunque SOLÉ no se entretiene en su descripción y contenido: pp. 158-159n248, 256, 713n245 A pesar del título: *Libro segundo de las Ordenanzas de la Real Audiencia de el Principado de Cataluña: que contiene todas las cédulas reales, provisiones, ordenes y cartas acordadas que han sido remitidas para su gobierno...*, Barcelona, por Joseph Teixidò, 1742, la descripción que figura en el catálogo de solo 16 pp.

<sup>107</sup> Como parece haber ocurrido por ejemplo en Zaragoza. Véase al respecto la *Practica*, y *formulario de la Real Chancilleria de Valladolid, que recogió*, y *compuso Manvel Fernandez de Ayala Aulestia: reimpressa con methodo mas claro, y enmendada de muchos yerros, juntamente con una breve, y clara Instruccion del modo de proceder en causas Criminales, por don Joseph de Lvyando, Agente fiscal Civil, y Criminal de la Real Audiencia de Zaragoza. Quien dedica este trabajo a los muy ilustres señores Regente, y Ministros, que componen la referida Audiencia*, Zaragoza, por Francisco Revilla, 1733, con sus añadidos arreglados a la práctica de la Real Audiencia de Aragón. Si algo ponen de relieve los estudios empíricos sobre prácticas judiciales es su estabilidad y solidez, la impermeabilidad a los cambios (legales) que éstas presentan: aunque para otros ámbitos (porque no conozco ningún estudio del estilo para éstos), véanse, p. ej.: Michael C. SCARDVILLE, «Justice by Paperwork: A Day in the Life of a Court Scribe in Bourbon Mexico City», en *Journal of Social History*, 36-4 (2003), pp. 979-1007; Víctor GAYOL, *Laberintos de justicia. Procuradores, escribanos y oficiales de la Real Audiencia de México (1750-1812)*, Zamora (México), El Colegio de Michoacán, 2007, *maxime* cap. I.

<sup>108</sup> Hasta 1724 también los alcaldes participaron normalmente en los Acuerdos (SOLÉ I COT, pp. 214-215).

participación del presidente en las decisiones de la Audiencia, según expresa determinación del Decreto de Nueva Planta (§ 2):

«He resuelto, que en el referido Principado, se forme vna Audiencia, en la qual presidais Vos el Governador, Capitán General, ò Comandante General de mis Armas, que aí huviere, de manera que los Despachos, despues de empezar con mi dictado, prosigan en su nombre; el qual Capitán General, ó Comandante, ha de tener solamente voto en las *cosas de gobierno*, y esto hallandose presente en la Audiencia, deviendo en Nominaciones de Oficios, y cosas graves, el Regente avisarle vn dia antes lo que se ha de tratar, con papel firmado de su mano, ù de palabra, con el Escrivano principal de la Audiencia. Y si el negocio pidiere pronta deliberacion, se avisará con mas anticipacion»<sup>109</sup>.

Además de establecer un régimen especial para algunas de entre ellas –las *cosas graves*–, la delimitación entre el Capitán general y la Audiencia depende de lo que sean las cosas de gobierno, que no sólo no se definen sino que resultaban *a priori* muy difícilmente definibles (como el conflicto que vimos en las Indias puede servir para ilustrar). Solé en ningún momento se plantean esto como problema y se sorprende además (298n249) de que como problema pueda plantearse. En este punto, que es –debería ser– central en su trabajo, apenas dice que «dicha expresión tiene el triple significado de unas materias, de un procedimiento y de una vía o ramo que se halla confundido orgánicamente con la vía de Justicia, denominación ésta que suele predominar» (48)<sup>110</sup>. Sin olvidar el «carácter plurívoco» de la palabra, señala que «en un sentido estricto, el *Gobierno* era uno de los ramos en que se habían dividido las facultades reales por las necesidades de especialización, debido a su crecimiento: Estado, Guerra, Justicia, Gobierno y Hacienda; y, en otro sentido, el *gobierno* o *procedimiento gubernativo* consistía en una forma expeditiva y sumaria de actuar contrapuesta al procedimiento contencioso o de justicia, ambos procedimientos utilizados más o menos por todos los ramos mencionados» (71).

<sup>109</sup> RP Madrid 16.I.1716, con el Decreto de 9.X.1715, que cito por la ed. *Nueva planta de la Real Avdiencia del Principado de Catalvña, establecida por Sv Magestad, con Decreto de diez y seis de Enero de mil setecientos y diez y seis*, Barcelona, Por Joseph Teixidò, impresor del rey, s. a., un ejemplar del cual se custodia en el AHN, Consejos, leg. 18515 (=AA 3.2.16=NoR 5.9.1, ambos alterando la numeración originaria de capítulos y algunos otros detalles). Complementado, ya se sabe, por el crucial RD 28.V.1716 (SOLÉ I COT, pp. 93, 150-151, 221, 327, etc.).

<sup>110</sup> SOLÉ I COT, p. 149: «Pero el Decreto no precisaba el alcance de la expresión *cosas de Gobierno* que atribuía a la Audiencia. Dentro de estas materias podemos distinguir, por razón de su objeto y ámbito, el gobierno interno del tribunal y el gobierno del Principado; por razón de la causa u origen, de oficio o a instancia de parte; por razón de la competencia, las que correspondían al Capitán General (y, en su defecto, al Regente o Decano), las que correspondían propia y exclusivamente al Regente (o Decano), las que correspondían al Acuerdo previa comunicación a S. Ex<sup>a</sup>, las que correspondían al Acuerdo sin necesidad de comunicarlas a S. Ex<sup>a</sup>, y las que correspondían a la superioridad (principalmente, Consejo y Cámara). De acuerdo con la casuística propia de la época, el reparto de estas materias gubernativas entre las distintas autoridades que hemos citado no siempre se hizo por vía de principios generales, sino que en ocasiones recibieron soluciones diferentes a medida que los conflictos se fueron presentando o variaba la correlación política de fuerzas».



Esta última es la diferencia relevante, que se concreta en la recurrente contraposición *cosas de justicia-cosas de gobierno*, o sea, cosas que se sustancian judicialmente y cosas que pueden tramitarse gubernativamente, correspondientes a *lo contencioso* y *lo gubernativo*, resueltos con o sin conocimiento de causa. Según un auto general dictado por el Acuerdo en 1775 que destaca Solé i Cot:

«para el más puntual Despacho de los expedientes de Gobierno, y a fin de que sin absoluta necesidad no experimenten las Partes la dilación forzosa que para dar curso a sus memoriales causa el haverse de hazer presentes en el Acuerdo, Resolvieron y Acordaron que todos aquellos Memoriales que para providenciarse necesiten de conocimiento de causa, se decreten en la Secretaría remitiendo las partes a Justicia, y los que necesiten de Informes se remitan a este efecto por la Secretaría a los Corregidores, o sus thenientes, y evacuados los Informes se pasen a los Señores Ministros a quienes corresponda» (253; también 261n118, 519-520).

Este es el criterio, y la pregunta entonces cuándo o en qué casos –por no ser de gobierno, sino de justicia– resulta necesario actuar con conocimiento de causa<sup>111</sup>. Planteado así, la vía de tramitación es, si bien se mira, efecto y no causa de la distinción, que más bien responde a la idea, ya apuntada, de que nadie puede ser obligado a hacer o soportar algo contra su voluntad si previamente no se le concede la posibilidad de alegar y probar su derecho en el caso. O lo que es igual, frente a lo que suele decirse, el gobierno se define *prima facie* por la naturaleza de los asuntos, que por de pronto determina el procedimiento a seguir. Por eso Campomanes, muy consciente de la *grave dificultad* que entrañaba diferenciar entre asuntos gubernativos y contenciosos, se esforzó por condensar toda su enorme experiencia en una regla para conocer unos y otros:

«Quando se trata de dominio, de posesion, de conservación de honores, de imposición de penas, en una palabra de derecho de tercero, para causarle perjuicio con la sentencia es necesaria la audiencia ordinaria, y substanciación de los autos. La razón es clara, porque cada parte ha de probar los hechos, en que funda su intención: ésta no se puede liquidar sin trámites contenciosos. Pero si se trata de favorecer la labranza, dexando á los dueños y cultivadores de las tierras todo aquel arbitrio, que cada uno tiene para sacar de su terreno el mejor partido posible, cerrando, cercando, plantando, aprovechando etc. Son reglas necesarias y comunes, que penden tan solamente de la instrucción de los que mandan, y no necesitan, si saben su oficio, mas que insinuación, ó representación, ú oportunidad, que dé impulso á las providencias»<sup>112</sup>.

Acotando la justicia –por exclusión– el conjunto de asuntos que puede ser extrajudicialmente tratado, el gobierno engloba todas aquellas *cosas* que, por

<sup>111</sup> Resumen en los párrafos que siguen algunas ideas desarrolladas en Carlos GARRIGA, «Gobierno y justicia: el gobierno de la justicia», en Marta LORENTE, coord., *La Jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 45-113.

<sup>112</sup> Citado por DOU, *Instituciones*, lib. I, tít. VIII, cap. VIII, sec. IIII, n. 2 (p. 48).

no afectar a derechos radicados en el orden, escapan a los requerimientos procesales de la *iurisdictio*. O como decía el gobernador Del Valle en la Cataluña de 1719, repitiendo una formulación recurrente: es gobierno «todo lo que no sea Pleytos de Justicia entre partes» (566). En el tramo final del siglo XVIII, con la evidente impropiedad de identificar jurisdicción con potestad (entendida simplemente como la «facultad de conocer y decidir»), llegará a hablarse, por oposición a la *contenciosa*, de una *jurisdicción gubernativa* (cfr. 164, 1096), que se define como «la que procede sin figura, ni estrépito, ó trámites de juicio en los asuntos insinuados meramente gubernativos, como son casi todos los de policía y economía», pero siempre en el entendido de que «las providencias, ó decretos hechos gubernativamente, no tienen autoridad de cosa juzgada, ni suelen impedir el que se varíen, y el que judicialmente se trate de ellos en los casos, en que pueda atravesarse el derecho de tercero reclamando el interesado, sin perjuicio de los efectos correspondientes por derecho á la providencia gubernativa, hasta que se hubiere determinado otra cosa en juicio contradictorio»<sup>113</sup>. Más adelante volveré sobre esto, que es el punto decisivo.

Concluamos por ahora diciendo que la definición sustantiva del *gobierno* no depende de ninguna voluntad o instancia política, sino de la configuración inmanente al orden jurídico, objetivado en el derecho tradicional del territorio. Pero una vez ubicados ya en el campo del gobierno, su extensión y concreciones, así como el reparto entre las distintas instancias que tienen atribuciones gubernativas sobre o en el Principado, depende de disposiciones particulares, prácticas locales, estilos judiciales... que van integrando lo que alguna vez he llamado la constitución tradicional del orden de magistrados. Es éste un terreno por definición variable, que sólo puede ser conocido y debe ser estudiado empíricamente.

2. Y es el terreno en el que con mayor soltura se mueve Solé i Cot, que sin embargo no se plantea expresamente el problema. Evidentemente a todo lo largo de su obra salen constantemente a relucir las *cosas de gobierno* gestionadas de una u otra forma por (o en) la Audiencia, pero ningún apartado está explícitamente dedicado a destacar y/o clasificar, por el modo que sea, cuáles son estas materias (cfr. 231-232, 255-259), ni menos a plantear qué posición ocupa la Audiencia en el entramado gubernativo del Principado (esto es, en relación horizontal con las otras instancias gubernativas –el intendente– allí radicadas). Sí se ocupa, en cambio (cap. IV), de las relaciones verticales de subordinación y supremacía que respectivamente mantiene la Audiencia con el rey y su Consejo o Secretarios en la Corte y con los corregidores y demás autoridades de implantación territorial que están sujetas a su jurisdicción en el Principado.

Un documento que puedo aportar, procedente sin duda de la Audiencia y elaborado –ignoro para qué– con posterioridad a 1778, explica con mucha precisión cómo se repartían (o a quién correspondían) los negocios de gobierno relativos al Principado<sup>114</sup>. La lógica de este reparto es muy sencilla, aunque sus

<sup>113</sup> Dou, *Instituciones*, lib. I, tít. VIII, cap. VIII, sec. IIII (pp. 47 y 49).

<sup>114</sup> Cfr. Apéndice.

derivaciones y concreciones pudieran llegar a ser complicadas. La Audiencia tiene encomendado «el gobierno y mando político del Principado», lo que para el caso significa que «todo asunto político y económico de la Provincia sin distinción alguna [es de privativo conocimiento] del Real Acuerdo. Las demás jurisdicciones deven ceñir su conocimiento según sus particulares fueros, cédulas y ordenanzas». O lo que es igual: la Audiencia tiene competencia universal (y por tanto, también residual), de modo que le corresponden todas aquellas cosas de gobierno que no hayan sido expresamente atribuidas a otras autoridades. ¿Cuáles, qué otras autoridades? Por una parte, el rey, que se reserva ciertas atribuciones para su ejercicio personal o bien mediante el Consejo o la Cámara. Por otra parte, las demás instancias gubernativas de grado superior y competencia especial (por razón de las personas o de la materia) radicadas en la Provincia (Capitán general, intendente). Y por último, aquellos órganos o tribunales constituidos *ad hoc* para ciertos ramos, siempre con participación de magistrados de la Audiencia y la finalidad de facilitar la coordinación entre las distintas autoridades gubernativas (que Solé llama a veces «acuerdos reducidos»).

No me corresponde a mí ahora, obviamente, entrar a detallar el cuadro –por supuesto variable y siempre conflictivo– de habilitaciones e inhibiciones resultante, pero dado su interés público este documento que lo refiere como apéndice a estas páginas.

3. Solé i Cot presta muy desigual atención a los elementos que componen la diarquía gubernativa del Principado, que tienen además un distinto trasfondo historiográfico: no es poco lo que se sabe acerca de los capitanes generales de Cataluña, pero casi nada puede decirse con seguridad de su Audiencia borbónica una vez traspasado el umbral fundacional.

La obra se abre, de hecho, con un capítulo dedicado a «El Gobernador y Capitán General del ejército y Principado de Cataluña y Presidente de la Real Audiencia». Aunque no pretende un tratamiento exhaustivo de la figura, se ocupa sí de sus principales aspectos «según el régimen de Nueva Planta», establece una precisa (y desde ahora imprescindible) «relación de los que ejercieron el Gobierno Político del Principado y la Presidencia de la Audiencia desde su nueva planta de 1716 hasta 1808, y cronología» (142-147), completada con un amplio y muy cuidado apéndice de «documentos relativos a nombramiento y posesión de los Capitanes y Comandantes Generales del principado de Cataluña en lo que respecta al gobierno político» (805-901).

Muy poco dice, sin embargo, del tribunal (Audiencia o Acuerdo que se llame), que a salvo de algunos trabajos sobre el momento de formación o relativos a sus componentes, sigue a día de hoy sin estudiar<sup>115</sup>. Algunos datos pueden ciertamente espigarse en la obra de Solé sobre los ministros de la Audiencia, pero por no decir, ni siquiera precisa el número de magistrados que lo componían, cuál era su estatus y salario, origen y tiempo de perma-

---

<sup>115</sup> Cfr. María de los Ángeles PÉREZ SAMPER, «Los magistrados de la Audiencia de Cataluña en el siglo XVIII», en Jean-Pierre DEDIEU y Bernard VINCENT, éd., *L'Espagne, l'État, les Lumières. Mélanges en l'honneur de Didier Ozanam*, Madrid – Bordeaux, Casa de Velázquez – Maison des Pays Ibériques, 2004, pp. 227-240, que es un resumen de aportaciones anteriores.

nencia efectiva en los cargos, etc. No es esto, con todo, lo que más importa. A mi juicio, falta en la obra sobre todo comprensión de lo que significaba «ser juez» en el universo jurídico-político tradicional, dominado por la cultura jurisdiccional, que se extiende a todo lo largo del largo tiempo que llamamos *antiguo régimen*. Para Solé, la clave explicativa última de los comportamientos que observa es el interés, en particular el interés económico..., obviando que los magistrados se presentan y son representados como «ministros de Dios»<sup>116</sup>. Cuando se estudian sus discursos, comportamientos o prácticas no debería olvidarse que esconden motivaciones e incorporan valores connotadores de una antropología, cuya omisión deja un vacío que con cierta frecuencia tienden a ocupar las concepciones asignadas por nuestro sentido común al hombre contemporáneo<sup>117</sup>. Y en este terreno es muy fácil deslizarse por la pendiente que lleva a confundir, como advirtió Waquet hace años, «el hombre *d'Ancien Régime* con el *homo oeconomicus* de la ciencia liberal», estableciendo cuando menos una natural continuidad entre ambos<sup>118</sup>. Me parece que éste es el caso, no sólo por lo que falta en el estudio de los magistrados y su tribunal, sino también por el material de complemento que viene a reemplazarlo.

No ocupándose apenas del Real Acuerdo y sin decir prácticamente nada de los magistrados que lo componen y en este concepto gobiernan, Solé dedica dos enjundiosos y en sí mismos riquísimos capítulos a «La Escribanía Principal de Cámara y Gobierno de la Real Audiencia y Secretaría del Acuerdo» y a «Los aranceles o derechos económicos de la Secretaría del Acuerdo» (complementados todavía con un tercero, que es el cap. VII y penúltimo, dedicado a «Otros aspectos financieros de la Audiencia»). Estos capítulos (455-727) tienen entidad por sí mismos, pero en la arquitectura de la obra cumplen la función de estudiar con mayor profusión de detalles que ninguna otra cosa no sólo un oficio encargado de «la tramitación de todos los expedientes gubernativos», sino también un linaje de oficiales (la dinastía de los Prats), cuya «importancia era enorme porque [...] no se limitó a la tramitación material y a la redacción de los documentos según las instrucciones de los oidores, sino que a menudo los suplantaba e incluso los dominaba» (455). No me extendiendo en este punto, muy

<sup>116</sup> Véase, p. ej., cómo explica la dinámica gubernativo-contencioso, esencial a su objeto, que luego trato: tras recordar el poco interés que suscitaban las cuestiones gubernativas (330), señala: «a menudo el Acuerdo se declaraba voluntaria y espontáneamente incompetente en las instancias que se le presentaban, si bien con frecuencia esta declaración de incompetencia iba acompañada de una remisión de las partes a Justicia, a veces a las Salas de Justicia de la misma Audiencia, en cuyos casos era, pues, solo una incompetencia de procedimiento, no de la Audiencia, procedimiento de Justicia en el cual los ministros y subalternos estaban mucho más interesados que en el de gobierno» (331).

<sup>117</sup> Cfr., p. ej., António M. HESPANHA, «Categorías. Uma reflexão sobre a prática de classificar», en *Análise social*, 38: 168 (2003), pp. 823-840, argumentando contra las explicaciones historiográficas centradas en los «intereses».

<sup>118</sup> Jean-Claude WAQUET, *De la corruption. Morale et pouvoir à Florence aux xvii<sup>e</sup> et xviii<sup>e</sup> siècles*, Paris, Fayard, 1984, p. 11: «l'employé apparaît d'abord comme un *homo oeconomicus* qui, étranger à toute conscience morale, est naturellement porté à faire de ses fonctions une industrie».

consciente de que me excede, pero creo que la lógica de estos capítulos, por lo demás –vuelvo a decirlo– de enorme interés y contenido riquísimo, puede resumirse más o menos así: la Audiencia (y por momentos se diría que hasta Cataluña) estaba al fin y al cabo controlada por su intrigante secretario y éste dominado por su interés económico<sup>119</sup>.

4. Volvamos a la Audiencia. La articulación entre sus dos elementos –cabeza y cuerpo del tribunal, según una imagen recurrente que empleó aquí Ametller– fue desde un principio y hasta el final sumamente problemática, debido más que nada a la pretensión de los capitanes generales, avalada en la Corte por el rey a través de la Secretaría de Guerra, de actuar gubernativamente como los antiguos virreyes (151), esto es, subyugando a la Audiencia bajo su mando... Aunque éste sea, con mucha diferencia, el asunto más tratado y mejor conocido de cuantos aborda, Solé aporta datos relevantes y documentos decisivos (aunque yo diría que no suficientemente utilizados), así como una precisa cronología (142-147). No me parece muy convincente, sin embargo, su esquema interpretativo, que empieza y termina en la contraposición *gobierno ordinario-gobierno absoluto*, protagonizados respectivamente por el Acuerdo y el Capitán general, calificando de esta suerte por el modo de gobierno el enfrentamiento entre togados y militares, que cuenta con una abundante historiografía, principalmente procedente del filón de la historia social de la administración (o del poder)<sup>120</sup>.

«Denomino *gobierno ordinario del Acuerdo* al sistema determinado de manera imprecisa por el § 2 de la Nueva Planta, según el cual los asuntos gubernativos tenían que ser resueltos por la Audiencia, donde el Capitán General tenía únicamente un voto ordinario y tan sólo en el caso de hallarse presente en él. Lo llamo «gobierno ordinario» porque era el sistema prescrito por la Nueva Planta y ratificado por las Ordenanzas de 1741-42 y diversas reales cédulas, si bien los documentos lo denominan como aquél en el que la Audiencia tiene el *gobierno político* o *mando político*» (154; cfr. también 155, 159, 168, 171-173, 176, 224).

En cambio, el «sistema instaurado por los capitanes generales desde los primeros tiempos de la Nueva Planta implicaba, en materias de gobierno, una

<sup>119</sup> Valga como ejemplo su explicación, por el beneficio que suponía para el Secretario, de «la sorprendente y totalmente innecesaria introducción de los síndicos procuradores generales en los ayuntamientos de Cataluña en 1761, ya que le significó un incremento de más de un millar de títulos a expedir y percibir sus correspondientes derechos cada tres años». Dadas las circunstancias, SOLÉ argumenta que esta fue la «finalidad principal, si no única» de la medida, adivinando tras la misma «la mano de nuestro Secretario» (591; o también, 599n96).

<sup>120</sup> Cfr., últimamente, Enrique GIMÉNEZ LÓPEZ, *Los servidores del rey en la Valencia del siglo XVIII. Estudio y repertorio biográfico*, Valencia, Institució Alfons el Magnànim, 2006. Para Cataluña, en el plano territorial Rafael CERRO NARGÁNEZ ha dedicado muchos trabajos a la implantación y vicisitudes de los alcaldes mayores: pueden consultarse, como más generales o recientes, «La implantación de los alcaldes mayores en Cataluña (1717-1720)», en *Studia historica. Historia moderna*, 21 (1999), pp. 295-314; «Els alcaldes majors del corregiment de Barcelona durant la segona meitat del segle XVIII», en *Revista de Dret Històric Català*, 6 (2006), pp. 131-172; «Servir al rey en Cataluña: los alcaldes mayores del corregimiento de Villafranca del Penedés (1719-1808)», en *Estudis*, 33 (2007), pp. 255-283.

total sumisión de la Audiencia al dictado de sus presidentes, motivo por el cual denomino en el presente trabajo a los largos períodos en los que estuvo vigente de *gobierno absoluto* o arbitrario de los Capitanes Generales, siguiendo así las mismas expresiones de la Audiencia en las numerosas quejas que envía a la Corte» (150).

Nada tengo que objetar a la primera calificación, pero la validez de esta segunda, que efectivamente responde al punto de vista letrado, depende según me parece del procedimiento que en tales casos se siga, y muy especialmente de la posibilidad de revisar judicialmente o no las decisiones gubernativas, que a no dudar es un problema crucial para la comprensión del conjunto y sobre el que enseguida vuelvo.

Sepamos ahora, por de pronto, cuáles son las características procedimentales del modelo de gobierno «absoluto», qué vigencia efectiva tuvo frente al ordinario y cómo era percibido desde esta posición por los magistrados, cuestiones todas ellas conocidas y en parte ya estudiadas que Solé perfila muy notablemente, sobre todo para el tramo final del siglo.

Él mismo señala muy precisamente las imposiciones militares que, denunciadas por los letrados, caracterizan el gobierno *arbitrario* de los capitanes generales: monopolización de la iniciativa y resolución gubernativas, bien sea para admitir y decidir personalmente los asuntos, bien por arrogarse la potestad de autorizar la iniciación, tramitación e incluso resolución de los expedientes a la Audiencia<sup>121</sup>. El gobierno *absoluto* no implica, ni mucho menos, la decisión militar de cada asunto, sino la supeditación de la Audiencia al Capitán general en los tramos críticos del procedimiento para prevalecer (asegurarse la decisión) en caso de discrepancia o conflicto. (Basta recordar cuáles son las cosas de gobierno, en su mayoría de puro trámite, para comprender que muy a menudo el Capitán general trataría más de controlar el proceso que de adoptar por sí las decisiones).

Dejando aparte ciertos asuntos que (posiblemente debido a esto) siempre fueron gubernativamente gestionados por el Acuerdo<sup>122</sup>, según la reconstruc-

<sup>121</sup> «En general fueron cuatro las imposiciones principales de los capitanes generales a la Audiencia en materia de gobierno, de las que los ministros se esforzaron continuamente por librarse, y que en la mayoría de los conflictos se plantearon y reivindicaron conjuntamente: 1. Que los suplicantes presentasen sus instancias a la Secretaría de Capitanía y no a la del Acuerdo. 2. Que la Audiencia no iniciase ningún expediente gubernativo sin que el Capitán General no lo ordenase previamente por medio de un decreto. 3. Que la Audiencia no resolviese los expedientes gubernativos si S. Ex<sup>a</sup> no se lo había ordenado: admitida la instancia –en su caso– por S. Ex<sup>a</sup>, éste la remitía –a la Audiencia a informe o– con poca frecuencia, según la materia *a provea*, el tribunal sustanciaba el expediente y, en el primer caso, debía elaborar un informe –llamado también *consulta*– y remitirlo a S. Ex<sup>a</sup>, quien decidía libremente (aunque en la práctica solía conformarse con el parecer de la Audiencia). 4. Que las consultas de la Audiencia a la superioridad no las enviase el tribunal directamente a la Corte, sino por medio de la Capitanía General» (SOLÉ I COT, pp. 149-150).

<sup>122</sup> Con independencia del Capitán general, según señala el autor en diversas ocasiones: asuntos de diputados y personeros, oficios o registros de hipotecas, Archivo Real de Barcelona, extracción de trigos de Barcelona, expedición de certificaciones y documentos de la Audiencia, y gobierno económico interno del tribunal (176n309, 250; también 152-153, 162). Pero también el

ción de Solé, gobierno absoluto y gobierno ordinario se suceden siguiendo esta cronología:

Gobierno <i>ordinario</i> (DNP § 2)	Gobierno <i>absoluto</i>
	1714-1742
1742-1746	
	1746-1775
1775-1794	
	1794-1799
1799-1808	

Ciertamente, ya sabíamos, y aquí se aprecia muy bien, que el modelo de gobierno dominante a lo largo del siglo fue militar (o *absoluto* o *arbitrario*), que los magistrados de la Audiencia venían denunciando insistentemente los modos despóticos de su presidente, que no obstante fue una vez tras otra revalidado por el rey al frente del gobierno del Principado, y que finalmente se aprovechó la explosiva –por republicana– situación creada en Barcelona por los *avalots de les quintes* y subsiguiente Diputación de Gremios –recientemente estudiados por Lluís Roura con nuevas y abundantes fuentes– para restaurar la Planta de 1716 y reintegrar a la Audiencia en la plenitud de sus atribuciones gubernativas<sup>123</sup>. Con toda razón, Solé i Cot destaca la importancia que en este trayecto –en la construcción del discurso letrado– tuvo la representación elevada por los oidores al rey en 1767, probablemente la más enjundiosa y sin duda la más extensa de las que elaboró el tribunal para denunciar las extralimitaciones del Capitán general y el sistemático quebrantamiento de la *ley fundamental* del Principado<sup>124</sup>. La reintegración de 1775 a las reglas de la Nueva Planta respondió, en este sentido, a la ortodoxia letrada y fue abiertamente fruto de una reacción togada frente al modo militar de gestionar los asuntos –los asuntos políticamente sensibles– y en favor de las maneras jurisprudenciales (coincidiendo con otros movimientos más o menos simultáneos en igual dirección).

Una vez sabido esto –las circunstancias que llevaron a la restauración de 1775–, interesa conocer qué medidas se adoptaron en aquella excepcional ocasión para articular el gobierno del Principado, cómo pasó a ser ejercido éste por

---

Capitán general retuvo siempre, bajo cualquier forma de gobierno, ciertas «materias gubernativas» (155, 173-175, 250, 255).

<sup>123</sup> Carlos GARRIGA, «Despotismo ilustrado y desorden social: la restauración de la Nueva Planta de la Audiencia de Cataluña (1775)», en *Initium*, 2 (1997), pp. 485-516; íd., «La enfermedad política de Cataluña: en torno a la Diputación de los Colegios y Gremios de Barcelona (1773-1775)», en *AHDE*, 67 (1997) (=Homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Tomás y Valiente), pp. 721-748; Lluís ROURA I AULINAS, *Subjecció i revolta en el segle de la Nova Planta*, Vic, Eumo Editorial, 2006. Véase también la ponderada síntesis de Joaquim ALBAREDA, «Cataluña en la España del siglo XVIII: represión acomodación y disidencia», en *Conciliar la diversidad*, pp. 55-75.

<sup>124</sup> «Consulta al Rey de 4 [de] febrero [de] 1767 en que solicita esta R[eal] Aud[ie]nci]a a S. M. le reintegre en las facultades que le concedieron la Nueva Planta en razón del Gobierno político y económico de este Principado, y demás que se expresa haverse apropiado los capitanes generales presidentes de esta Aud[ie]nci]a» (1067-1099).

la Audiencia y qué nuevas quiebras de la normalidad gubernativa se plantearon con posterioridad.

El primer punto tuvo una clara respuesta en la hasta ahora esquiva *Junta de Gobierno del Principado de Cataluña*, creada en 1775 justamente para coordinar las decisiones y actuaciones gubernativas<sup>125</sup>. Compuesta por las principales autoridades reales radicadas en Barcelona (Capitán general, regente, fiscales, intendente y corregidor) y carente de jurisdicción y facultades coercitivas por sí, la Junta debía acordar sus decisiones por mayoría simple de votos, «con la finalidad, no explicitada, de que los ministros letrados controlasen a los militares» (170, 178-188: 183 para la cita). Si interesantes son las páginas que le dedica Solé, se cuenta ahora con un más documentado y detallado estudio de Lluís Roura acerca de la actuación de la Junta, que viene a confirmar sus conclusiones<sup>126</sup>. No especialmente interesante para nadie, (185, 215-216 n. 80), la Junta fue languideciendo hasta diluirse en aquel cuarto final de siglo que correspondió casi enteramente al gobierno *ordinario* de la Audiencia.

Creo que este último es el período más y mejor tratado por Solé en distintos capítulos a lo largo de su libro, seguramente también porque la normalización gubernativa, con la asunción por parte de la Audiencia de sus atribuciones, favoreció la producción y registro o archivo de la documentación que constituye la base fundamental de su trabajo, que es la documentación de la Audiencia. No sé hasta qué punto es así, pero tengo la impresión de que no hay mucha correspondencia entre los *quién* y *cómo* de su estudio, aquél centrado en el Capitán general y éste en los procedimientos de la Audiencia.

Como sea, antes de 1808 hubo todavía otra vez unos años de reacción militar, a lo que parece (luego lo veremos) extraordinariamente virulenta, que motivó una nueva –pero no ya novedosa– representación de la Audiencia, que salvo ulteriores descubrimientos viene a cerrar la serie de todas las que a lo largo de casi un siglo produjo este conflicto<sup>127</sup>. Brevemente comentadas por Solé (163-165 y 173-175), en las dos que publica hay muchos elementos de juicio para dilucidar la cuestión clave de cómo gobiernan unos y otros.

5. Antes de entrar, creo que pueden distinguirse hasta tres regímenes, pues frente al gobierno *ordinario* del Acuerdo, el Capitán general parece que pueda gobernar al margen de éste o bien mediante éste, supuestos ambos que el autor –como la Audiencia– engloba bajo la denominación genérica de gobierno

<sup>125</sup> RC (reservada) El Pardo, 21.II.1775 (1.054-1.058).

<sup>126</sup> ROURA I AULINAS, *Subjecció i revolta*, cap. 4 (pp. 219-242).

<sup>127</sup> «Consulta al Rey de 24 de julio [de 17]98, dirigida separadam[en]te al Ministerio de Gracia y Justicia y [al] Gobernador del Consejo, en punto a los perjuicios de tener los capitanes generales el Mando político, a la que dio motivo algún encuentro con el Sr. Lancáster» (1.100-1.135). Este último texto había sido trabajado ya por María de los Ángeles PÉREZ SAMPER, «La Audiencia y el Capitán general de Cataluña. Civilismo frente a militarismo, un siglo después de la Nueva Planta», en *El mundo hispánico en el siglo de las luces*, Madrid, 1996, II, pp. 1.033-1.049; y en «Magistrados y capitanes generales. Civilismo frente a militarismo en Cataluña a fines del siglo XVIII», en Juan Luis CASTELLANO, ed., *Sociedad, Administración y Poder en la España del Antiguo Régimen. Hacia una nueva historia institucional. I Simposium Internacional del Grupo P.A.P.E.*, Granada, Universidad de Granada – Diputación Provincial de Granada, 1996, pp. 315-338.



*absoluto* de los capitanes generales (cfr., p. ej., 152, 165, 250). Las diferencias entre una y otra formas de gobierno arrancaban desde el principio, pero no afectan por igual a las distintas fases o trámites del expediente. Mientras que en los períodos de gobierno ordinario la petición o recurso que daba inicio al expediente gubernativo debía presentarse en la Secretaría del Acuerdo y tras la tramitación que procediera aquí era resuelto, los capitanes generales exigían en cuanto tenían esta posibilidad que fuese presentada en su Secretaría, pero a partir de ahí cabía que la tramitación discurriese al margen de la Audiencia o bien a través de ésta (con resolución del Capitán general o del Acuerdo por decisión –o dejación– del primero). Es obviamente aquel supuesto, la exclusión de los oidores, el más significativo si de calibrar el gobierno *absoluto* se trata, pero queda aquí un tanto desdibujado, situado en una zona oscura que la falta de fuentes dejan apenas vislumbrar. Esto es al menos lo que puede desprenderse cuando el autor se refiere, enunciando hipótesis, a la Curia del Capitán general, sus asesores y secretaría (115, 151-152, 159, 729 y ss.).

El punto me parece importante, porque la entidad del llamado *gobierno absoluto* depende mucho de la que tenga esta vía exclusiva del Capitán y excluyente del Acuerdo, que sin embargo aparece entreverada o confundida con la anterior bajo aquella general denominación, sin que se perciban elementos de juicio suficientes para saber del peso relativo que dentro de ella tienen una y otra actitud o disposición.

Los tres capítulos dedicados al *procedimiento gubernativo* son ciertamente relevantes, pero sólo el segundo se ocupa de la resolución por la Audiencia de cosas de gobierno. El primero (que es el cap. II) versa sobre los informes y consultas de la Audiencia a la «superioridad», por orden suya o *motu proprio*; y el tercero está dedicado a uno de los asuntos de gobierno que tocan a la Audiencia, como es la cumplimentación en el Principado de las disposiciones superiores, extendido y ampliado para ocuparse en general de «la comunicación y cumplimiento de las órdenes superiores en los diferentes niveles de la jerarquía gubernativa»<sup>128</sup>.

Quizá más que los otros, estos tres capítulos, que no en vano forman el núcleo duro del trabajo, revelan las características de Solé i Cot como historiador, la más marcada de las cuales me parece a mí que es su voluntad de seguir a toda costa y con mucho escrúpulo el tracto de la documentación, actitud que tiene la ventaja de evitar los riesgos de la artificiosidad y el inconveniente de abordar los asuntos a medida que la dosificación documental los va suministrando, ya sean consideraciones sobre las fuentes y sus archivos o perfiles institucionales sobre las figuras que en su día las produjeron. Conocido ya el Capitán general, aparecen aquí y ahora en escena, cuando son procedimentalmente traídos, primero el fiscal (III.6) y después el Acuerdo (III.7), sin que hayan sido presentados previamente por el historiador, que se siente en la obligación de (o aprovecha la ocasión para) fotografiarlos de forma somera (para lo que son), pero excesiva (para donde están)... Otras veces es al revés. Como todos los cons-

<sup>128</sup> Sobre lo cual publicó en su día el trabajo, de objeto más reducido: «La comunicació de les ordres pels corregidors als pobles del Principat de Catalunya, sota el règim de la Nova Planta», en *AHDE*, 55 (1985), pp. 783-791.

truidos pacientemente sobre una base documental muy extensa, el texto de Solé es muy rico de contenido, aunque en ocasiones haya de sacrificarse al ritmo del procedimiento adoptado como criterio de exposición, que no parece tener muy en cuenta el interés de los temas que llama y despide. Eso sí, quien quiera conocer la tramitación de informes, consultas, peticiones y recursos encontrará aquí un cúmulo de detalles muy precisos<sup>129</sup>. Apreciándolos mucho, en este momento me conformaré con destacar algunos otros trazos generales.

Primero sobre las características que, frente al juicio, tiene el procedimiento gubernativo, que por depender casi totalmente del estilo casi sólo pueden obtenerse de la práctica documental testimoniada, tal como muy bien hace Solé i Cot en su capítulo III (que es el central, en el doble sentido, de los tres que ahora trato): «El curso de los memoriales y recursos gubernativos dirigidos al Real Acuerdo». La notas más destacadas del procedimiento son la simplicidad y el antiformalismo, la flexibilidad y la expedición, la economía y la rapidez (231-232, 242n36, 246, 321-323, 342), pero no por ello debe confundirse con el proceso sumario (342n382), que como tal y a diferencia de aquél comporta conocimiento de causa.

El *expediente* puede iniciarse, así, mediante cualquier escrito (siempre que se presente en papel sellado, lengua castellana y con ciertos elementales requisitos de forma) que, presentado en la Secretaría (del Acuerdo o de la Capitanía general, «según las épocas o formas de gobierno del Principado», 250) es instruido por un oidor encargado o ponente (en función de los repartos anuales y rotativos entre todos ellos, por razón del territorio o la materia, de que ahora trata: 253-259), recabando los informes que procedan. Si no entiendo mal, es este oidor quien a menudo resuelve por sí y sin la participación del Acuerdo como tal, en cualquier caso mediante un brevísimo e informal *decreto*, salvo que por razón de la materia la resolución debiera expedirse en forma (solemne) de *despacho de cancellería*. Pero me parecen confusas, más allá de lo dicho antes sobre las carencias que tiene su tratamiento del Acuerdo, las observaciones que aquí hace sobre la participación necesaria de este colegio de magistrados en la resolución de los expedientes gubernativos. Solé sostiene reiteradamente que los asuntos de gobierno son casi siempre resueltos por el oidor encargado y sólo excepcionalmente se reúne el Acuerdo para tratar de ellos (p. ej., 214, 259, 302 y ss.)<sup>130</sup>. Sin embargo, de los textos que cita (p. ej., 304-307, 320-321 y nota 322) se desprende que, debiendo acordar primero los asuntos de gobierno y después los judiciales, la multitud de aquéllos impide al Acuerdo

<sup>129</sup> No siempre debidamente interpretados: a estas alturas no cabe explicar «la lentitud crónica e incorregible de la maquinaria burocrática de la Monarquía, lentitud que había llegado a ser proverbial», acogiéndose simplemente a las opiniones de Desdevizes du Dezert, que no revelan otra cosa que la posición que podía tener un administrativista sobre el viejo gobierno judicial (200-201).

<sup>130</sup> «Pero la inmensa mayoría de estos expedientes no eran vistos por el Acuerdo porque eran expedientes de escasa importancia o bien repetición mecánica de casos análogos que eran resueltos de la misma forma, y porque el Acuerdo se reunía muy poco y solamente para tratar los asuntos de mayor importancia [...]; y aún en los pocos que sí eran expuestos en él por el ponente, la opinión de éste era decisiva y pocas veces cuestionada por sus colegas, excepto en los casos más conflictivos [...]» (259).

cada vez entrar en éstos (la votación de los pleitos), que se ve en consecuencia desplazada a la sala (o sea, a la audiencia pública). O eso creo.

Además, de nuevo si no entiendo mal, el autor sólo se ocupa del procedimiento gubernativo cuando participa la Audiencia, bien sea en los períodos de gobierno ordinario o bien en aquellos otros que, dominados por el Capitán general, viene utilizada por éste para tramitar y/o proveer o providenciar los expedientes. O lo que es igual, realmente no sabemos cómo actúa el gran protagonista gubernativo del siglo –o al menos no lo *vemos*– cuando no participa estos cometidos a la Audiencia. Solé i Cot señala, como ya dije, que en tal caso se sirve de los asesores y subalternos de su curia (152, 159n249, 164, 250), pero el capítulo que dedica a ésta, último de la obra y un tanto residual (cap. VIII: «La Secretaría de la Gobernación y Capitanía General»), está dedicado más a los asuntos de personal o archivísticos que procedimentales (cfr. 746-747) y es muy poco resolutivo a estos efectos (salvo para tiempos posteriores a 1814, a los que aquí llega: 743, 745, 1063-1064; cfr. también 153-154).

Por último, da la impresión también que, destacando como destaca la diferencia (p. ej., 270, 626-628), sólo se ocupa de los expedientes iniciados *a instancia de parte*, relegando al silencio los *de oficio*. En numerosas ocasiones salen a relucir actos normativos de distinto tipo pronunciados debidos al (edictos, ordenanzas, providencias...) <sup>131</sup>, pero mencionados sólo por razón de su contenido, nada más se dice acerca de ellos en general (potestad, ocasión, alcance, formalidades...) y sí sólo de algún caso en particular (348-349; cfr. también 567 y ss.). Por lo demás, tan sólo se ocupa a este respecto con detenimiento, volvamos atrás para dar un paso adelante y llegar hasta el capítulo IV, de la participación de la Audiencia en la circulación de órdenes superiores, que aun excediendo –creo– de su objeto es, por la calidad y enorme riqueza de sus informaciones en una materia muy difícil de abordar, de los más logrados e interesantes.

6. Como hemos visto, para Solé la diferencia entre gobierno absoluto y gobierno ordinario depende de quién adopta la decisión: el Capitán general o el Real Acuerdo. Creo que esto es lo que al cabo se desprende de su obra, porque en ella no es posible distinguir entre el gobierno ejercido por el Capitán general al margen de la Audiencia (o sea, con sus propios asesores curiales y subalternos) y el ejercido mediante la Audiencia (aquel en que el Capitán general retiene para sí la facultad de decidir, ni más ni menos).

Éste es, ciertamente, el punto de vista de los magistrados, reiteradamente expuesto en distintos informes y representaciones a lo largo del siglo, y singularmente –para lo que ahora importa– en la extensa y enjundiosa representación que elevaron al rey en 1767:

«El tiempo en que se formó el Decreto de Nueva Planta era sin duda el más crítico, por no estar del todo asegurada la tranquilidad del Principado, pues aún permanecían muchas cenizas del incendio con que se abrasó tantos años, y sin

---

<sup>131</sup> Así, p. ej., «edictos que contienen las normas sobre elección, nombramiento y posesión de los oficios de república» (580, 562-565). Véanse también, pp. 169, 179, 186, 244, 266, 273, 289, 426, 437-440, 460, 532, 591-592, 610 y ss.

embargo no juzgó V. M. por conveniente el declarar a los capitanes generales las facultades y prerrogativas que tuvieron los antiguos virreyes de Cathaluña, antes bien, por reales resoluciones se hallan estas cerzenadas en gran parte, creyendo prudentísimamente que no conduce para el gobierno y seguridad de las provincias el depositar en uno solo tanta potestad y distinciones que lo hagan absolutamente independiente y tan superior que se univoque con V. M., así por el riesgo de que esta exorbitancia de elevación y poder decline en tiranía [...]. Pero contra tan sabio, christiano y útil sistema ha prevalecido el pertinaz empeño y conato de los capitanes generales, introduciendo y manteniendo en un tiempo de quietud y sosiego una dominación absoluta y despótica sobre las ruinas de la Audiencia y de las facultades que le dio la Ley fundamental del Nuevo Gobierno, en gravísimo perjuicio de la Justicia y Causa Pública, con un fingido pretexto de necesidad que, si fácilmente lo figura la idea, se destruye y desvanece reflexionando los justos y adecuados medios que adoptó la Nueva Planta, los cuales hasta aora no se han inovado o corregido ni en una sola letra [...]» (1084-1085).

Vale que así sea (porque efectivamente así era), pero dado que esta es una posición de parte conviene no olvidar –para centrar el problema que ahora interesa– que el modo de gobierno descrito fue el ordinario en toda América a lo largo de dos largos siglos. La clave (y fuente inagotable de conflictos) no radicaba allá en el *quién* sino en el *cómo*, es decir, en la posibilidad, siempre abierta, de interponer ante la Audiencia *apelación contra los autos de gobierno* (en este caso, virreinales), denominación que allá recibió la *appellatio extrajudicialis*, presente por doquiera como congenial que era a la configuración tradicional del derecho como un orden de derechos judicialmente garantizados<sup>132</sup>. Si bien se mira, el juego de la dicotomía gubernativo-contencioso se desarrolla en el campo de la apelación extrajudicial, que alcanza, por tanto, a cualquier acto gubernativo que, por atentar contra derecho, deviene a instancia de parte agraviada contencioso: «*habiendo parte agraviada, el negocio que ya fue de gobierno, alterado por las circunstancias agravantes de que le mudan la especie y pasa a caso de justicia y derecho contencioso*»<sup>133</sup>. Si el universo jurídico político del antiguo régimen no puede comprenderse sino a partir de la sumisión del poder al derecho (la subordinación de «lo político» a «lo jurídico»), entonces éste es un punto –el punto– nuclear y definitorio, que se sitúa directa e inmediatamente en el plano constitucional (i. e., en el zócalo sustentador de cualquier régimen político... que no sea –y para que no sea– despótico).

Sin embargo, Solé i Cot no parece concederle mayor importancia, y no sólo por el corto espacio que le dedica (345-350), sino también porque no extrae las consecuencias debidas (al menos, según yo lo entiendo). He aquí su párrafo fundamental, por más directo:

«Cuando los suplicantes no quedaban satisfechos con la resolución del Acuerdo en vía gubernativa, podían presentar el caso ante las Salas de Justicia

<sup>132</sup> GARRIGA, *Gobierno y justicia*, § 4.3.

<sup>133</sup> Gaspar de ESCALONA Y AGÜERO, *Tratado* (= David A. PAREJA, «Un inédito valioso del autor del *Gazophilacium Regium Perubicum*, Tratado de las Apelaciones del Gobierno del Perú», en *Revista del Archivo Nacional del Perú*, 2 (1921), pp. 79-130), gl. I, n. 5 (pp. 94-95).

de la Audiencia, donde seguía los pasos del procedimiento civil ordinario. Ésta era una característica del sistema jurídico catalán tradicional que tenía por finalidad dar garantías a las personas contra las arbitrariedades y excesos que los ministros y oficiales del Rey podían cometer por la vía gubernativa. Bajo el régimen de la Nueva Planta, en cambio, más bien da la impresión de ser un medio que los oidores defienden sólo para obtener más causas para el tribunal y, por consiguiente, más ingresos para el mismo y sus relatores, escribanos y subalternos y, quizás también, para los propios ministros; en ocasiones lo defienden como un medio de limitar lo que consideran abusos de autoridad y de facultades de los capitanes generales en la resolución de las materias gubernativas al margen del Acuerdo. // La eficacia de este recurso bajo el régimen de la Nueva Planta tenía que ser forzosamente muy limitada» (345).

Dos problemas pueden plantearse aquí. Por un lado, la comprensión, o más bien la incomprensión, acerca del sentido que tenía este «recurso» en el orden jurisdiccional. Resultado del juego de las categorías gubernativo-contencioso, efectivamente no está y no es preciso que esté regulado positivamente por el derecho propio para que esté de suyo omnipresente en la vida jurídica, como constata unánimemente la jurisprudencia y puede seguirse en las prácticas judiciales... en respuesta a la exigencia de someter el gobierno a la justicia, es decir, de revisar judicialmente los actos de gobierno que lesionaran derechos adquiridos. Simplemente, como acabo de recordar, esta configuración *garantista* era de tal modo congenial a la cultura jurisdiccional que, incluso allí donde –como en Castilla y sus Indias– la deriva *absolutista* fue más pronunciada, nunca llegaron a levantarse los procedimientos forjados en el conflictivo período medieval para garantizar jurisdiccionalmente los derechos corporativos y estamentales radicados en el orden, que a fin de cuentas son los definitorios del «constitucionalismo antiguo». Nunca, ni siquiera a vueltas de la dinámica estatal desencadenada por el llamado «reformismo borbónico», que hasta donde sé se limitó (comportamientos despóticos –y por tanto ajurídicos– aparte) a imponer la ejecutividad de ciertos actos de gobernar sin embargo de la apelación (al declarar *ex lege* enervado su eventual efecto suspensivo), y a prolongar en algunos otros el momento gubernativo, para evitar que las providencias de esta naturaleza relativas a los ámbitos políticamente más sensibles pudieran mutar fácilmente a contenciosas, pero sin llegar a bloquearlos (esto es, a declararlos mediante un acto de voluntad imperativa intrínsecamente gubernativos y por tanto insusceptibles de pasar a contenciosos)<sup>134</sup>.

Y éste nos lleva al segundo problema –la virtualidad de la dicotomía gubernativo-contencioso y todo lo que ello comporta bajo el régimen de la Nueva Planta–, que nada tiene que ver, me parece, con el interés crematístico de los oidores, como por otro lado se desprende limpiamente de muy distintos testimonios y referencias que pueden encontrarse en esta obra grande. Lo dice la Audiencia muy claramente (1767): «según derecho pueden reclamarse en justicia todas las providencias de gobierno» (346, 1.091); y más adelante: «muchos

<sup>134</sup> Cfr., p. ej. y respectivamente, DOU, *Instituciones*, lib. III, tít. II, cap. XI, sec. III, art. III, n. 50 (p. 348); lib. I, tít. VIII, cap. VIII, sec. III (pp. 48-49), recogidos y explicados en GARRIGA, *Gobierno y justicia*, § 5.

de los negocios que decide por sí el Capitán General se introducen después en las Salas de Justicia» (1.099; cfr. también 1123).

Cuestión de derecho, problema de hecho. A mi juicio, no debemos situarnos *prima facie* en este último terreno, donde como es previsible nos topamos de inmediato con la actitud obstruccionista –o abiertamente despótica– de los capitanes generales, sino que se trata de saber –resolviendo la primera cuestión– si a pesar de todo los eventuales agraviados por sus decisiones gubernativas tenían o no reconocida la posibilidad de actuar judicialmente en defensa de su derecho lesionado. ¿Cabe o no oponerse judicialmente a la decisión gubernativa con independencia de quién la haya adoptado? Depende del momento, vendría a responder Solé, trazando una secuencia de tres tramos.

(i) Hasta 1770, aproximadamente, aunque cabía el recurso –la apelación extrajudicial– no tenía trascendencia por la actitud contraria de los capitanes generales, que es la posición que revela la Audiencia en su particular combate contra el titular de turno. La frase de 1767 citada antes («según derecho pueden reclamarse en justicia todas las provisiones de gobierno»), continuaba: «son muy raros los que se atreven a intentar este recurso, aunque se sientan agraviados; temiendo las resultas del resentimiento del Capitán General que lo concibe como desayre a su autoridad; y si alguna vez se verifica se halla muy emberazado el Tribunal por el mismo motivo, y casi siempre es necesario ceder a la fuerza» (346). Pero el mismo Solé señala que no tiene constancia de la «suposición de la Audiencia» que encierran estas afirmaciones (*ibid.*, notas 391-392). En su obra pueden rastrearse algunos testimonios de la interposición de estos recursos, que la propia Audiencia también constata (1767): «muchos de los negocios que decide por sí el Capitán General se introducen después en las Salas de Justicia» (1.099). Y de hecho, nuestro autor destaca cómo, declinante el marqués de la Mina, el tribunal estableció mediante acuerdo de 22 de enero de 1767, la forma de recurrir en justicia contra los nombramientos de bailes y regidores.

(ii) Muy poco después, en 1770, declaró con carácter general: «que de las materias resueltas gubernativamente haia recurso en Justicia a una de las Salas Civiles Ordinarias de esta Audiencia». Según la constatación de Solé «es a partir de estos años cuando encontramos en los registros muchas referencias a los recursos en vía de Justicia contra providencias gubernativas» (347). Él prácticamente hace coincidir, pues, la virtualidad práctica (o efectividad) de estos recursos con la época del gobierno *ordinario* (cfr., p. ej., 208, 254, 268, 331-334, 351, 623 y ss.).

(iii) Sin embargo, no resalta debidamente la reacción de la Capitanía general a finales del XVIII (que además de políticamente conflictivo<sup>135</sup>, no por nada aparece como el momento álgido de la *administrativización* de la Monarquía propiciada por la dinámica estatal borbónica), cuando la argumentación de su titular me parece a mí (quizá por desconocer el detalle de escritos anteriores) mucho más

<sup>135</sup> Cfr. Jordi LLIMARGAS MARSAL, «La Junta de Provincia de 1794-1795: una asamblea representativa per a Catalunya», en J. SOBREQUÉS; J. AGUIRREAZKUÉNAGA; M. MORALES; M. URQUIJO y M. CISNEROS, coords., *Actes del 53è Congrés de la Comissió Internacional per a l'Estudi de la Història de les Institucions Representatives i Parlamentàries*, Barcelona, Parlament de Catalunya – Museu d'Història de Catalunya, 2005, pp. 645-661.

directamente atentatoria que nunca contra los fundamentos mismos del orden jurídico político, como denunció frontalmente la Audiencia (cfr. 1.124-1.125).

Contestada razonadamente por los magistrados, la postrer pretensión del nuevo Capitán general no tuvo, que se sepa, ninguna relevancia normativa: al contrario, al punto se reabrió otra fase de gobierno ordinario que llegó hasta 1808... Para entonces puede incorporarse, porque hace directamente al caso, el testimonio de Dou: «puede haber apelacion de qualquiera gravamen extrajudicial, como consta de todos los autores [...], militando a favor de esta apelacion las mismas razones, que por la judicial»<sup>136</sup>.

Y es que no cuesta nada imaginar la actitud obstruccionista o abiertamente despótica de los Capitanes generales, a menudo con el apoyo explícito de la Corte, ya lo sabemos, pero sí y mucho que fuese jurídicamente amparada, declarando sus actos –por ser suyos– judicialmente inimpugnables, por afectar esto a un elemento tan propiamente definitorio de la constitución tradicional como se ha visto. Todavía al final del período, y a pesar de la deriva despótica que Godoy impuso como estilo de gobierno (137-140, 170, 741-743), el régimen establecido, que impedía la enucleación del gobierno –esto es, la gestión de los asuntos gubernativos al margen de criterios jurisdiccionales–, fue reafirmado en América punto por punto<sup>137</sup>.

¿Y en Cataluña? Si se ha seguido el argumento hasta aquí, la dicotomía togados-militares debería verse con mayor profundidad histórica, extendida en (ya que no coextensiva a) la que enfrenta jurisdicción y administra(tiviza)ción: el problema gubernativo no radica sólo ni principalmente en la condición personal de quien decide, sino también (o sobre todo) en las garantías disponibles o no contra la decisión. La diferencia es tan sustancial que de esto depende, a mi juicio, la calificación que convenga al régimen gubernativo de la Nueva Planta: si cabe apelación extrajudicial contra los actos gubernativos del Capitán general ante la Audiencia, entonces difícilmente puede hablarse de gobierno *absoluto* (o sea, desvinculado del derecho); en cambio, si por no caber tal recurso las decisiones gubernativas dictadas en agravio de parte con derecho bastante son jurídicamente inimpugnables, entonces seguramente puede hablarse con toda propiedad de régimen *despótico*.

7. Para calificar el régimen de la Nueva Planta, Solé i Cot parece dar sin más por buenas las categorías habituales –valga con decirlo así–, expresadas en el direma «absolutismo centralizador» (p. ej., 192, 481) y tan problematizadas como es sabido por la historiografía de las dos últimas décadas. Sin entrar ahora en este debate, me limito (o me arriesgo) a concluir por mi parte que, extinguida en 1714-1716 la forma de gobierno tradicional de Cataluña con todo su componente republicano, la Nueva Planta no desarmó –no podía desarmar– la configuración jurisdiccional del derecho catalán, que impedía separar el gobierno de la justicia, respondía directamente a la dimensión constitucional

<sup>136</sup> DOU, *Instituciones*, lib. III, tít. II, cap. XI, sec. III, art. III, n. 1 (VI, p. 328).

<sup>137</sup> GARRIGA, Carlos., «Patrias criollas, plazas militares: sobre la América de Carlos IV», en E. Martíre, coord., *La América de Carlos IV* (=Cuadernos de Investigaciones y Documentos, I), Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2006, pp. 35-130: 107-108.

del orden tradicional y –revalidado éste como fue en todo lo no prevenido por el Decreto– se haría cotidianamente visible en la práctica judicial.<sup>138</sup>

Me parece que el punto es de la mayor importancia para valorar globalmente el alcance *jurídico* de la ruptura impuesta. Aun sin tematizarlo explícitamente, analizando la práctica de gobierno Solé documenta muy bien los dispositivos de la continuidad (como el *pase* y registro que ejercía la Audiencia sobre las disposiciones que llegaban al Principado: 354-389 y 289-290, 638-647), y aporta muchos datos y elementos de juicio valiosos para conocer el ritmo y la entidad de los cambios que, casi siempre a vueltas de los conflictos que enfrentaban a unas autoridades con otras (sobre, dentro y bajo la Audiencia), fue experimentando el viejo orden subsistente a (y en) la Nueva Planta (p. ej., 197, 212-213, 221, 246, 286, 327, 609-611, 678-679, 708-709). Dejando por un momento aparte su complejidad social, no es muy arriesgado establecer una vinculación *negativa* entre la intensificación de la política –digamos– «absolutista» y los episodios de resistencia de impronta –digamos– «republicana» que estallan en la segunda mitad del siglo (como los *avalots de les quintes*), pero la «memoria constitucional» (admitásemela la expresión) que entonces se verbaliza mal puede explicarse *positivamente* sin tomar en cuenta la continuidad de la tradición jurídica propia, cuya suerte se dilucidaba a la postre (*i. e.*, con la mayor eficacia) en el conflictivo campo judicial. Aquí, en sus tribunales y academias, convivían y se enfrentaban con las armas del discurso jurisprudencial quienes, por debajo de cualesquiera otras diferencias, hacían profesión de la justicia a título de magistrado o abogado. Y aquí, en sus sentencias y disertaciones, consultas y alegatos, habría que seguir el hilo y las mutaciones de aquella tradición.

No es ya –ni tenía por qué– el camino de Solé i Cot, pero quien quiera tomarlo también encontrará muchas pistas en su obra, que además de grande es muy rica de contenido y a mi juicio imprescindible para conocer –en su conjunto– el régimen de la Nueva Planta en Cataluña. Bien está decirlo de nuevo para concluir.

CARLOS GARRIGA

<sup>138</sup> Además de las obras de y para la práctica judicial vinculadas a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona (cfr. James AMELANG, «Barristers and Judges in Early Modern Barcelona: The Rise of a Legal Elite», en *American Historical Review*, 89 (1984), pp. 1264-1284, recogido en versión catalana en su «*Gent de la Ribera*» i altres assaigs sobre la Barcelona moderna, Vic, Eumo, 2008, pp. 127-157, por donde se cita: 156-157; Stephen JACOBSON, *Catalonia's Advocates. Lawyers, Society, and Politics in Barcelona, 1759-1900*, The University of North Carolina Press, 2009, pp. 28-66, con muchos datos de interés sobre la vida curial en la Barcelona del XVIII), tardíamente se publicó otra que tuvo al parecer gran difusión en la práctica forense, la del célebre abogado Raimon COLL I FABRA, *Praxis forensis a D. D. Raymundo Coll et Fabra, juris-consulto barcinonensi elaborata: constitutionibus municipalibus Cathaloniae et regio decreto, vulgariter dicto, de la nueva planta, acomodada: et denuo per alios juris professores quamplurimis adaucta notis, et illustrata. Editio prima*, Cervariae, in Typographia Josephi Casanovas, 1826 (en cuya presentación se dice «haberla poseído, y poseerla manuscrita casi todos los Abogados de este Principado [...]; no corria hasta ahora mas que manuscrita, pero [...] ha servido de norma y guia á los dedicados al arte de abogar»), incluye (tít. XVIII) un «Metodo de substanciar las causas en la Real Audiencia y demas tribunales realengos» (pp. 127-149). Está básicamente construido sobre el derecho catalán.



## Apéndice

Supuesto que por las Ordenanzas de esta Real Audiencia ya se previene [que] para el mas cómodo y breve despacho de los negocios de Gobierno se dividan entre los señores ministros los Corregimientos de la Provincia, [pa]ra que cada uno dé cuenta en el Acuerdo de los asuntos que pertenecen a sus Partidos; y supuesto también que las mismas Ordenanzas disponen que leídos por el escribano de Acuerdo los expedientes [se]repartan y distribuian á los señores Ministros a quien toque, o al señor [fisc]al segun su calidad, cuyas Reales disposiciones están en observancia: se [di]rá con la posible brevedad qué expedientes regularmente ocurren en el Acuerdo, los que pertenecen a los señores ministros, y los que tocan al señor Fiscal.

### *De los expedientes que regularmente ocurren en el Acuerdo*

Como desde la Real Cédula de reintegración de facultades de esta Real Audiencia del año de 1775 recayó en ella[*tach. s*] el gobierno y mando político del Principado: De consiguiente todo asunto político y económico de la Provincia sin distinción alguna <1v> [es de privativo conocimiento] del Real Acuerdo. Las demás Jurisdicciones deven ceñir su conocimiento según sus particulares fueros, cédulas, y ordenanzas.

Empezando por lo principal, corresponde a la Real Audiencia el nombramiento de Bailes, Regidores y demás oficiales de Justicia de todos los Pueblos r[ea]lengos de Cataluña, a excepción de los oficios de [Re]gidores y otros en las cavezas de Corregimiento del Principado, cuyos nombramientos por el Decreto de la Nueva Planta y otras Reales Órdenes posteriores quedan reservados a la Real Persona, que sin embargo se digna consultar y pedir sus informes a [la] Audiencia de los sugetos que los pretenden.

Estos Informes los egecuta el Real Acuerdo o[*yen*]do a los Ayuntamientos respectivos y consulta a S. M. según las noticias que dan de los Pretendientes los mismos Ayuntamientos, y las demás que constan en el Tribunal. Pero para el nombramiento de Bailes, Sosbailes, Regidores y Síndicos Procuradores de los Pueblos Realengos se observa la Real Instrucción de 12 de Agosto de 1774, [en] cuja virtud los Ayuntamientos de dichos Pueblos [de]ven hacer propuesta de sugetos aptos en quien <2r> [*tres palabras cortadas*].

Corresponde también al Real Acuerdo el conocer de los nombramientos de Diputados y Síndicos Personeros, que con arreglo al Auto acordado de 5 de mayo de 1766 y Reales Órdenes de 28 de Junio, 5 y 24 de Julio del propio año, deven elegirse en todos los Pueblos del Principado que tienen el competente vecindario, disponiendo la Real Orden de 18 de Octubre de 1766 que en los Pueblos de 50 vecinos que no llegan a 100 haya un Diputado y Personero: en los de 200 vecinos que no llegan a 2000, dos Diputados y Personero, y en los de 2000 adelante, quatro Diputados y Personero, deviendo permanecer en sus empleos dos años los Diputados y uno el Personero.

Los puntos económicos y de abastos son también peculiares del Real Acuerdo y conoce de todos estos expedientes en general, a excepción del ramo del abasto del pan de esta Ciudad, que por particular Real disposición toca a la Sala extraordinaria, compuesta de S. E. el Sor. Regente o Decano, dos Sres. Oidores que <2v> nombra S. E. [y el S<sup>or</sup> Fiscal] de lo civil. Sin embargo, las licencias para extracción de granos y frutos se conceden por el Real Acuerdo, según las reglas del libre comercio, y ahun en los casos que hubiese carestía le toca providenciar.

Del ramo de la Salud pública conoce la Junta de Sanidad, que se compone de S. E., el Sor. Regente o Decano, tres Ohidores que nombra S. E. y el Sor. Fiscal y el Sor. Fiscal [*sic*] de los Civil. Con todo, es peculiar del Real Acuerdo el conocimiento sobre Protho-medicato, Colegios [de] Barvería y exámenes y pasantías de Boticarios, pero no sobre el Colegio de Cirugía de esta ciudad por particular Real Dispo[sic]ción (bien que representada por la Audiencia) que le sugetó a la Auditoría de Guerra.

Los asuntos de erecciones de Comunes y Gremios, [con]cesiones y aprobación de sus ordenanzas, son peculiares del Real Acuerdo, quien puede crear nuevos Gremios [con] particulares constituciones, reformarlas y conceder otras de nuevo como estime combeniente; siendo solo privativo del Consejo el aprobar a consulta de la Audiencia las Ordenanzas de los Ayuntamientos de las <3r> [ciudades y villas cabezas de corregimiento en virtud del] capítulo 58 del Real Decreto de la Nueva Planta de Gobierno de 16 de Enero de 1716.

Sobre privilegios y gracias de Nobleza conoce el Real Acuerdo, y siempre que se trata de concederse en Cataluña, la consulta S. M. por la vía de Cámara: observándose en este particular quatro clases, a saver, Titulares, Nobles, Cavalleros y Ciudadanos Honrados, sin que se permita al Ciudadano Honrado pasar a noble, a menos que saque antes Privilegio de Cavallero, ni al Cavallero ascender a titular, si no obtiene antes el Privilegio de Noble. Pero quando ha de provarse la sucesión a alguna de las dichas clases de Nobleza deve por constitución expresa de Cataluña remitirse el asunto a Justicia, que se administra con audiencia del Sor. Fiscal de lo civil.

El declarar las esenciones de cargas concegiles pertenece también al Real Acuerdo, igualmente que las concesiones de Privilegios de Padres de doce hijos, cuyo punto se ganó a la Intendencia, que acostumbrava concederles. <3v>

El [cumplimentar] los Despachos y Reales Cédulas que [se] expiden por el Consejo y por la Cámara pertenece [al] Real Acuerdo, y en él deven jurar todos los Corregidores y demás Ministros Reales que exercen jurisdicción ordinaria.

También deven sugetarse al Real Acuerdo las Bulas de los Prelados eclesiásticos que tienen jurisdic[ci]ón secular, a quienes se expide egecutoria para eger[cer]la, y deven prestar Pleito-homenage en mano del Sor. Regente.

Las admisiones de Abogados se tratan en el Acuerdo, donde deven examinarse y jurar, quedando [pre]venido por ordenanza de qué Vniversidades han de admitirse los grados en esta Provincia.

Concede el Real Acuerdo edictos y vandos pena[les] a todos los que manifiestan perjudiciárseles en [los] árboles y frutos de sus tierras y Heredades in[tro]duciendo ganado en ellas, cortando leña, abriendo caminos y causando otros daños.

Es peculiar del Real Acuerdo el nombrar in[ter]inos en todas las bacantes de empleos en los Ayuntamientos de las cavezas de corregimientos que se pro[ve]hen por la Real Cámara, así como también le corresponde el nombrar para la interinidad de los empleos subalternos de la Real Audiencia que son de Provisión Real.

El conocimiento sobre régimen, gobierno y manejo de la tabla de comunes depósitos de esta Ciudad, y el nombramiento de Interinos en las vacantes de administración y demás oficiales de la misma Tabla pertenece al Real Acuerdo.

El proveer sobre los recursos en punto de pago de sueldos de corregidores y demás empleados Políticos y de sus interinos en las vacantes toca al Real Acuerdo.

Sobre imposiciones de Veintenos y otros derechos y derramas voluntarias de Vniversidades, Ciudades y Gremios, deve conocer el Real Acuerdo por expresas Reales Disposiciones y puede conceder licencias para derramar hasta la cantidad de 100 libras sin preceder aprobación Real, la que es necesaria en todos los convenios y demás contratos que se hacen sobre semejantes impuestos.

El conceder licencias para juntarse los Pueblos y Comunes es peculiar del Real Acuerdo, pero en esta <4v> ciudad las licencias para juntarse sus Gremios las conceden los Sres. Ohidores respectivos encargados de ellos.

Toca al Real Acuerdo conocer de la validez o invalidez de los arrendamientos de los Propios de los Pueblos del Principado (aunque este ramo de Propios en fuerza de repetidas Ordenes deven gobernarle los Inte[ndentes]).

Sobre todos los puntos de Policía que corren al cuidado de los Ayuntamientos en virtud de la Real Cédula Instructoria de 13 de septiembre de 1718 tiene conocimiento superior el Real Acuerdo sin excepción alguna, y [lo] tiene privativo en virtud del capº 20 de la misma Real Cédula para erigir, mudar y revocar Colegios y Gremios dándoles estatutos y ordenanzas.

Sobre la gracia que hace S. M. de Notarías de los Reinos, se piden informes al Real Acuerdo, quien los executa con arreglo al Plan general de reduc[ci]ón de escribanos reales de 30 de enero de 1778, aprobado por [la] Cámara; y el conocer de las faltas de oficio y otros puntos concernientes a dichos escribanos es peculiar [del] Real Acuerdo.

El aumentar los oficios de hipotecas o dismi[nu]irlos, declarar los instrumentos de que deve o no tomar <5r> [razón y todo lo demás conveniente? a lo] mandado por la Real Pragmática de 20 de marzo de 1768 y Reales Órdenes posteriores toca al Real Acuerdo.

Ocurren varios expedientes sobre Fábricas de Iglesias, reparos para precaver inundaciones y avenidas de Ríos y sobre fábricas de Puentes de que conoce el Acuerdo sin embargo de pertenecer al Intendente la regalía de las aguas.

También por comisión del Consejo entiende no pocas veces el Acuerdo sobre abrir de nuevo o reparar caminos Reales.

El Albéitar y sus dependientes están sugetos al Real Acuerdo, que determina los expedientes sobre este ramo.

Las pretensiones de encavezamientos de Jurisdicción de los Dueños de Lugares y Baronías del Principado son de conocimiento del Real Acuerdo, que provee se encavecen, mediante hacer constar los que las pretenden haver sucedido a los que desde la nueva planta de Gobierno las tenían encavezadas.

Conoce el Real Acuerdo del ramo de siembra de Arroces en el Ampurdán, y elección de tres Bailes <5v> de aguas y se nombran todos los años a fin de celar el justo repartimiento de las mismas aguas y que no falten estas en los terrenos destinados para la siembra, con arreglo a Reales Órdenes y a la Instrucción del año de 1775, dispuesta y mandada guardar por el Real Acuerdo, que lo prescribe todo, [a] consecuencia del Mapa que se formó sobre el mismo asunto.

Pertenece al Real Acuerdo el nombramiento [de los] Porteros Reales, y expedición de sus Títulos correspondientes para servir en las curias ordinarias, donde está man[da]do que los haya.

Conoce el Real Acuerdo de los Pósitos de Granos [don]de los hay establecidos en el Principado.

Es también de su Inspección el aprobar las concor[dias] de Universidades y comunes, y el cumplimentar las mo[rato]rias que se conceden por el Consejo.

El Ramo de Veredas, nombramiento de mozos vere[deros] y pago de sus sueldos es del Real Acuerdo.

También le es privativo el proponer a S. M. [suje]tos aptos para seqüestradores en las vacantes de Pieza[s] eclesiásticas del Real Patronato, y en virtud de la Propue[sta] <6r> de la Audiencia se despachan por la Real Cámara los correspondientes Títulos.

Otros asuntos se tratan en el Acuerdo que no son tan frecuentes, pues los causan motivos particulares, pero que siempre tienen alguna conexión con los que quedan insinuados.

*De los expedientes que pertenecen a los Señores Ministros.*

Pertenece a los Sres. Ministros todos los expedientes de nombramiento de Bailes, Sosbailes, Regidores y Procuradores síndicos, que deve haver en los Pueblos de los corregimientos y Partidos que están a su cargo. Los Informes que pide la Cámara para proveer los oficios de Regidores y demás de nombramiento real en las cavezas de corregimiento. Los recursos sobre dudas e intereses que se sucitan [sic] por los Ayuntamientos. = Los que se sucitan sobre abastos y otros qualesquiera asuntos así de comunes como de particulares de los respectivos Corregimientos y Partidos como no se trate en ellos de alguna regalía, en cuyo caso pertenecen al Sor. Fiscal. = Los recursos de Gremios y cuerpos sobre ordenanzas ya aprobadas y en que <6v> proponen nuevas deliverraciones a las mismas ordenan[zas].

Los que ocurren sobre Albéitar y sus depen[dencias], Prothomedicato, colegios de Barbería, exámenes y otros asuntos de Boticarios. = Los expedientes sobre nombramiento de Interinos. = Los de puntos de Policía, así quando los pro[po]nen los Ayuntamientos, como quando se recurre de las providencias de éstos. = Los de Notarías de los Reynos. = Los de siembra de Arroces y los de Seqüestradores.

En el Acuerdo general de Palacio se comisiona todos los años un Sor. Ministro para Juez de subalternos de la Real Audiencia: otro para Juez de la Tabla de co[mu]nes depósitos: otros dos para los asuntos de la misma Tabla: Y tres por turno para Protectores, uno del [colegio] de escribanos reales de la Audiencia, otro del colegio de escribanos de número y otro del colegio de caúsídicos de esta ciudad.

*De los expedientes que tocan al S<sup>or</sup> Fiscal.*

En los expedientes de aprobación de Ordenanzas de [colegios] y Gremios debe dar su dictamen el Sor. Fiscal y con [él] se pasan al Sor. Ministro encargado del Colegio o [gremio] que lo hace presente en el Acuerdo con el suyo o [con] <7r> voto conformándose o no con el parecer del Sor. Fiscal.

Todos los despachos y Reales Cédulas antes de guardarse y cumplirse las debe ver el sor. Fiscal por si se le ofrece algún reparo, pero no las acordadas y Reales Provisiones del Consejo y de la Cámara en que se piden Informes al Real Acuerdo o no entrañan resolución definitiva que deva cumplimentarse, pues estas se cometen a los sres. Ministros a quienes toca si no recaen sobre puntos de regalías, erección y nuevas ordenanzas de Gremios, sobre que el sor. Fiscal debe dar su censura.

Los expedientes de elecciones de Diputados y Personeros. = De concesiones y gracias de Nobleza. = De esenciones de cargas concegiles. = De admisiones de Abogados. = De sueldos de corregidores y empleados.= De imposiciones de Veintenos y otros derechos. = De faltas de escribanos en sus oficios. = Pragmáticas y cédulas sobre oficios de hipotecas. = Caminos, Fábricas de Iglesias, Puentes, reparos para precaver inundaciones y avenidas de Ríos. = Encavezamientos de Jurisdicciones. = Nombramientos de Porteros Reales. = Observancia de Instrucción de Arrozes. = Veredas y verederos, se cometen regularmente al Sor. Fiscal.

(BIBLIOTECA DEL PALACIO REAL, MS. II/1276, ff. 13r-19r)\*.

---

\* Encuadernado en un volumen de «papeles varios» y precedido de una hoja con la rúbrica «Cataluña», el documento carece de foliación, aunque ocupa los folios indicados. Además de separar palabras y desarrollar abreviaturas, he suplido entre corchetes las letras o palabras cortadas en el manuscrito por efecto de la encuadernación.



# Las proyecciones del indigenismo jurídico sobre la propiedad andina\*

SUMARIO: 1. Conceptos: el indigenismo y sus formas.–2. El indigenismo jurídico. Temáticas.–3. Indigenismo jurídico y derecho de propiedad.–3.1 La influencia externa.–3.2 El enfoque antropológico.–3.3 El enfoque sociológico.–3.4 Otros enfoques.–3.5 Temáticas.–4. Notas conclusivas.

## 1. CONCEPTOS: EL INDIGENISMO Y SUS FORMAS

El indigenismo es un movimiento ideológico que mediante diversas expresiones posiciona al indígena en el centro de la problemática de una nación. Aspira de este modo a expresar una identidad nacional, en nuestro caso, aquella andina<sup>1</sup>. Es por ello que indigenismo y nacionalismo representan dos ideo-

---

\* Este trabajo corresponde a una versión adaptada del texto original «Le proiezioni dell'indigenismo giuridico sulla proprietà andina» presentado con ocasión del segundo encuentro de estudios doctorales del programa de Doctorado en Culturas Jurídicas Europeas, Departamento de Historia y Teoría General del Derecho de la Universidad de Roma Tre, 12/09/2008. Agradezco a los miembros honorarios del Taller de Derecho Civil «José León Barandiarán» de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Álvaro Bonilla Concha y Luis Cárdenas Rodríguez por la íntegra labor de traducción. Un reconocimiento especial a la gentil disposición y deferencia del personal de la Sala de Investigaciones de la Biblioteca Central Pedro Zulen de la UNMSM. La investigación se ha llevado a cabo en el ámbito del proyecto de investigación «Terra di scontri: alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali» financiado por el programa Marie Curie EST (6.º Programa Marco). Eventuales errores deben adscribirse únicamente al autor.

<sup>1</sup> José TAMAYO HERRERA, *El Pensamiento indigenista*, Lima, Mosca Azul Editores, 1981; Gilles RIVIÈRE, «Indigénisme», en Pierre BONTE y Miché ZARD (eds.), *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, PUF, 2000, pp. 371-372.

logías íntimamente ligadas, siendo ésta última la forma privilegiada que el movimiento ha adoptado en Sudamérica<sup>2</sup>.

Pero más allá de ello, el indigenismo se propone durante los primeros decenios del siglo xx como bandera de reivindicación de la identidad sudamericana. Se trata de la reclamación de una identidad perdida a causa de la política oligarca de exclusión del indígena, actuada en base al trasplante acrítico del modelo colonial y republicano. El paso secular de las doctrinas occidentales terminaría, en efecto, por coronar la teoría de la superioridad de la raza blanca sobre una –conjeturada– decadente casta indígena<sup>3</sup>.

En los nuevos tiempos, el indígena es considerado en función a un nuevo paradigma según el cual las diferencias no son concebidas desde una perspectiva racial sino cultural, conduciéndonos con ello a una reflexión de tipo antropológico. En este ámbito, el filósofo José Bengoa destaca tres elementos inseparables del indigenismo latinoamericano: la denuncia de la opresión del indígena, la búsqueda de políticas que solucionen su estado e integración social, y la divulgación del carácter mestizo, indo-americano, del continente. Se trata, por consiguiente, del rescate de lo indígena para afirmar una identidad propia, compleja, autónoma y diferenciada de la cultura occidental<sup>4</sup>.

Una consideración muy relevante debe añadirse: las medidas adoptadas por los gobiernos republicanos cancelaron el estatus de protectorado que gozaban las comunidades indígenas durante el periodo colonial; el derecho rural indígena fue abolido y las tierras protegidas ingresaron gradualmente al sistema del mercado republicano<sup>5</sup>. Este evento, al cual se suma la creciente presión territorial ejercida por la clase aristocrática y el Estado, fue la causa desencadenante del movimiento indigenista moderno. En breve, el binomio latifundio-servidumbre asentó la cuestión agraria como argumento central del llamado «problema indígena».

El movimiento sienta sus raíces modernas hacia fines del siglo xix, desarrollándose en un heterogeneidad de campos –filantrópico, social, político, jurídico, artístico– en torno a los primeros decenios del siglo xx<sup>6</sup>. Dos países de

<sup>2</sup> Henri FAVRE, *El movimiento indigenista en América Latina*, trad. de Sandra RECARTE, Lima, Instituto Francés de Estudios Andinos, 2007, p. 10.

<sup>3</sup> Como lo revela José BENGEOA, la teoría de la decadencia, según la cual las grandes civilizaciones americanas decayeron y sus descendientes se debaten en la desesperación de la pobreza, del alcohol, de la falta de dignidad y señorío, acompañará hasta nuestros días las ideas comunes de las clases criollas latinoamericanas sobre los indios. V. José BENGEOA, *La emergencia indígena en América Latina*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 2007, p. 170.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>5</sup> Miramientos ampliamente abordados en Rodrigo MÍGUEZ NÚÑEZ, « Republikanischer Staat und indigenes Land: Die Erfahrungen in der Andenregion im 19. Jahrhundert », en *Rechtsgeschichte*, 16 (2010), pp. 190-210.

<sup>6</sup> En el escenario latinoamericano, los primeros acuerdos internacionales sobre la temática indígena florecen a partir de los debates abiertos en el seno de: *Primera Convención Internacional de Maestros*, Buenos Aires 1918; *Congreso de Economía Social*, Río de Janeiro 1923, Buenos Aires 1924; *VII Conferencia Panamericana*, Montevideo 1933; *Acta Adicional del Protocolo suscrito en Río de Janeiro* 1934; *VII Congreso Científico Americano*, México 1935; *Congreso Panamericano de Enseñanza*, México 1937; Convenios entre Perú y Bolivia, 1936; *VIII Conferencia Panamericana*, Lima, 1938; *Primer Congreso Indigenista Interamericano*, Patzcuaro, México 1940.



notoria tradición colonial y basta presencia indígena, desarrollan particularmente la corriente: México y Perú.

Concentrémonos en el indigenismo peruano<sup>7</sup>. El movimiento se desarrolla progresivamente en el arco de varios siglos a partir de la obra de cronistas coloniales como Guamán Poma de Ayala, Garcilaso de la Vega y Bartolomé de Las Casas<sup>8</sup>. En su versión moderna, el indigenismo peruano nace en los últimos decenios del siglo XIX –principalmente en Cuzco, Lima y Puno– desarrollándose como materia principal de antropología andina –influenciada particularmente por la escuela cultural norteamericana– a partir de la segunda mitad del siglo XX.

El historiador peruano José Tamayo Herrera afirma que el indigenismo asumió características diversas en las distintas regiones del país. En Cuzco desarrolló principalmente rasgos históricos y sociológicos; en Puno asumió atributos literarios, sin faltar reflexiones sociológicas o jurídicas; mientras que en Lima tomó fuerza la tradición académica y el desarrollo de ideologías políticas de tipo anárquico, marxista y socialista<sup>9</sup>. Mirko Lauer agrega una interesante distinción entre indigenismo sociopolítico e indigenismo cultural-creativo. El primero, madurado desde fines del siglo XIX hasta la década de los veinte, intenta ubicar al indígena en el centro de la historia política y cultural con programas políticos a veces radicales. El segundo, de impronta multifuncional, busca integrar el elemento indígena con el criollo a través de una serie de manifestaciones de tipo literario, gráficas, arquitectónicas y musicales<sup>10</sup>.

Un somero acercamiento a la historia del indigenismo peruano nos conduce a puntualizar las primeras obras que desde diversos enfoques contribuyeron a denunciar la frágil y abandonada situación del indígena frente al sistema lati-

<sup>7</sup> Sobre el cual véase: Luis E. VALCÁRCEL, «Indigenismo en el Perú», en *Estudios sobre la cultura actual del Perú*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1964, pp. 9 y ss.; José María ARGUEDAS, *El indigenismo en el Perú*, México D.F., Imprenta Madero [1965] 1979; José MATOS MAR, «La evolución del indigenismo en el Perú», en *Zur Integration der indianischen Bevölkerung in die moderne Gesellschaft Lateinamerikas*, Freiburg, 1968, pp. 97-105; Alberto FLORES GALINDO, *Arequipa y el sur andino, siglos XVII-XIX*, Lima, ed. Horizonte, 1977; Luis Enrique TORD, *El indio en los ensayistas peruanos, 1848-1948*, Lima, Editoriales Unidas S.A., 1978; José TAMAYO HERRERA, *El Pensamiento indigenista*, cit.; ID., *Historia social e indigenismo en el altiplano*, Lima, Ediciones Treinta y tres, 1982; ID., *Historia del indigenismo cuzqueño, siglos XVI-XX*, in *HAHR*, 62:4 (1982), pp. 674-675; José DEUSTUA y José Luis RÉNIQUE, *Intelectuales, indigenismo y descentralismo en el Perú: 1897-1931*, Cuzco, Centro de estudios rurales andinos «Bartolomé de Las casas», 1984; Manuel M. MARZAL, «La antropología indigenista. México y Perú», en ID. *Historia de la antropología*. Volumen I, 3.<sup>a</sup> ed., Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989; Efraín KRISTAL, *Una visión urbana de los Andes. Génesis desarrollo del indigenismo en el Perú: 1848-1930*, Lima, Instituto de Apoyo Agrario, 1991; Víctor PERALTA RUIZ, «Indigenismo, nacionalismo y modernidad en el Perú», en Fermín DEL PINO y Carlos LÁZARO (coords.), *Visión de los otros y visión de sí mismos*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pp. 273-292, 1995. Finalmente, un precioso testimonio sobre la génesis del indigenismo cuzqueño puede consultarse en Luis E. VALCÁRCEL, *Memorias*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1981, pp. 130 y ss.

<sup>8</sup> Sobre el desarrollo colonial del indigenismo es didáctico Manuel M. MARZAL, cit., pp. 60 y ss.

<sup>9</sup> José TAMAYO HERRERA, *El pensamiento indigenista*, cit. p. 10.

<sup>10</sup> Mirko LAUER, *Andes imaginarios: discursos de indigenismo 2*. Lima, SUR-Centro Bartolomé de Las Casas, 1997.

fundista republicano. Los precursores de la corriente fueron sustancialmente tres: Juan Bustamante, quien en *Los indios del Perú* (1867) invita a la reflexión sobre la identidad indígena peruana y la triste realidad de sus indígenas; Clorinda Matto de Turner y su denuncia sobre la explotación indígena en *Aves sin nido* (1889); y Manuel González Prada y su evocación sociológica al verdadero Perú compuesto por una mayoría indígena en *Nuestros indios* (1904).

La década de los veinte representó la época de oro del movimiento. Entre notables intelectuales, emergen figuras como José Carlos Mariátegui, Víctor Raúl Haya de la Torre, Jorge Basadre, Alejandro Peralta, Julio C. Tello, Luis E. Valcárcel y José Uriel García. En esta época se multiplican los periódicos y revistas sobre la cuestión indígena: *La tea* (1917) y *Boletín Titikaka* (1925); *Kosko* (1924), *Kuntur* (1927) y *Amauta* (1926) en Puno y Cuzco. En Lima, el grupo *Asociación Pro Indígena* de Pedro S. Zulen, Dora Mayer y Joaquín Capelo, crea la revista *El Deber Pro Indígena* (1912-1917) con «el propósito de estudiar en sus fuentes el deber que todo hombre honrado tiene de servir la justicia y la verdad, y el deber que todo peruano tiene de amparar bajo esa bandera a la raza indígena, víctima desde hace cuatro siglos casi, de la más cruel tiranía, de la más negra explotación que registra la historia del mundo»<sup>11</sup>. Con fines similares, en regiones surge el *Grupo Resurgimiento* (Cuzco, 1926) y el *Grupo Orkopata* (Puno, 1925) con Luis E. Valcárcel y Arturo Peralta como principales apoderados<sup>12</sup>.

Desde su raíz literario-social, el indigenismo asume progresivamente connotaciones de orden político (gracias al programa presidencial de Leguía y a las teorías marxistas de José Carlos Mariátegui<sup>13</sup>), de denuncia social (con Dora Mayer y Pedro Zulen en el seno de la *Asociación Pro Indígena*), de reivindicación apocalíptica (en el manifiesto indígena de Luis E. Valcárcel<sup>14</sup>), alcanzando connotaciones anti-imperialistas a nivel latinoamericano (en la doctrina de Víctor Raúl Haya de la Torre<sup>15</sup>). La diversidad de enfoques prolifera: de la perspectiva sociológica de Víctor Andrés Belaúnde, Francisco Pastor y José Frisancho, a los trabajos arqueológicos en el trabajo de Julio C. Tello. Desde los estudios etnohistóricos de Luis E. Valcárcel y Jorge Basadre, a los aportes folclóricos de Ventura García Calderón, musicales de Teodoro Valcárcel y Alomía Robles e incluso fotográficos en la valiosa obra del cuzqueño Martín Chambi. Finalmente, los primeros congresos indigenistas nacionales hacen su estreno en Cuzco (1934) y Jauja (1935) bajo la iniciativa del representante indígena Magdaleno Chira.

Los factores que permitieron el desarrollo del fenómeno ideológico que tratamos fueron varios.

<sup>11</sup> Joaquín CAPELO, *El Deber Pro-Indígena. Órgano de la Asociación Pro-Indígena*, I: 1 (octubre 1912), p. 2.

<sup>12</sup> Conviene asimismo destacar la esencial contribución de las revistas universitarias en la difusión de la ideología indigenista. Un caso notable es la Revista Universitaria de Cuzco, publicada a partir de 1911.

<sup>13</sup> En *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima, Biblioteca Amauta, 1928.

<sup>14</sup> En *Tempestad en los Andes*. Lima, Amauta, 1927.

<sup>15</sup> En «El imperialismo y el indio», *Obras Completas*, t. 1, *Teoría y táctica del Aprismo*, Lima, Librería Editorial Juan Mejía Baca, 1977, p. 188 y ss.

Ciertamente incidió la atmósfera y la coyuntura política de la época. A partir de las últimas décadas del siglo XIX explotaron numerosos levantamientos indígenas a consecuencia de las fuertes cargas tributarias y de los abusos cometidos por los hacendados<sup>16</sup>. Las voces de los intelectuales y la presión derivada de los alzamientos configuraron la cuestión indígena como una constante en los programas políticos desde Nicolás de Pierola (1895-1899) hasta Augusto Bernardino Leguía y Salcedo (1919-1930). Asimismo, las revoluciones mexicana y soviética, cuyos resultados se revelan en los textos constitucionales de corte social de 1917 y 1918, tuvieron resonancia entre los intelectuales peruanos: la revolución social debía concretizarse en la reforma agraria y en el reconocimiento de las diferencias étnicas. En el plano académico, ejerce influencia el pensamiento pro-indigenista de Waldo Frank, la voz crítica de José Ortega y Gasset en su *Revista del Occidente* y la filosofía renovada de Oswald Spengler en *La decadencia de Occidente (Der Untergang des Abendlandes, 2 vols.: Wien 1918, München 1922)*. Tales tendencias encontrarán nido en el movimiento progresista marxista de José Carlos Mariátegui y Víctor Raúl Haya de la Torre. En Europa, el evolucionismo (darwiniano y spenceriano) y los descubrimientos de la antropología inglesa y de la etnología francesa estimulan la investigación del antiguo orden jurídico. Paulatinamente, viajeros, sociólogos y arqueólogos europeos como Heinrich Cunow, Max Uhle y Clements R. Markham, enriquecen el estudio sobre la civilización Inca y sus predecesores, sentando las bases del verdadero conocimiento científico de las poblaciones tradicionales andinas.

En este brillante escenario, la ciencia jurídica peruana contribuirá con una visión renovada dando el impulso a una serie de estudios que irán más allá de la esfera netamente jurídica. La nueva perspectiva representa un breve paréntesis: se inaugura con un sucinto trabajo que abrirá al debate sobre la propiedad comunitaria en 1905, para cerrarse lentamente, hacia el fines de los años cincuenta, ofreciendo los presupuestos para el desarrollo de temáticas nunca antes afrontadas en el ámbito de los estudios andinos.

## 2. EL INDIGENISMO JURÍDICO. TEMÁTICAS

Analicemos los rasgos del movimiento en su dimensión jurídica<sup>17</sup>. Los primeros años del siglo XX testimonian el interés de la ciencia jurídica peruana por la

<sup>16</sup> Particularmente en el Departamento de Puno. Para detalles cfr. Wilfredo KAPSOLI, (ed.), *Los movimientos campesinos en el Perú: 1879-1965*, Lima, Delva Editores, 1977. Análisis histórico general y amplios renvíos bibliográficos en Alberto FLORES GALINDO, «Movimientos campesinos en el Perú: balance y esquema», reimpresso en ID., *Obras completas*, Lima, Fundación Andina – CONCYTEC, 1996, t. IV, pp. 349-370.

<sup>17</sup> La noción de indigenismo jurídico y sus implicaciones como fenómeno cultural no han encontrado aún cobijo en la ciencia jurídica andina. En el Perú, nuestro conocimiento sobre la producción jurídica indigenista nos remite al nutrido capítulo titulado *El indigenismo jurídico: de la caridad a la reivindicación* de la obra *Historia del derecho civil peruano* de Carlos RAMOS NÚÑEZ. El autor nos revela su sorpresa frente a la ausencia de análisis jurídico relativo al movimiento. Véase Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX.*, T. V: *Los signos del cambio*. Vol. 2: *Las instituciones*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universi-

problemática indígena. El punto de partida del movimiento es la denuncia de un sistema normativo que no responde a la realidad social de la zona. Se trata de una corriente que, a más de censurar la uniformidad de la legislación, se alza como voz crítica frente al empeño del derecho oficial en favorecer al gamonal<sup>18</sup>, al latifundista, a la clase oligarca, al blanco, abandonando a su suerte a un indígena pobre y analfabeto. El indígena se encuentra solo y privado de su principal recurso: la tierra, siendo esta constatación la esencia de la *denuncia jurídica*<sup>19</sup> que se abrirá a un abanico de temáticas como el derecho laboral<sup>20</sup>, la legislación tutelar<sup>21</sup>, raza<sup>22</sup>,

dad Católica del Perú, 2006, p. 210. En su análisis comparativo del derecho consuetudinario peruano y español, David Guillet nos ofrece una breve reseña sobre la producción jurídico-indigenista peruana. Cf. David GUILLET, «Customary Law and the Nationalist Project in Spain and Peru», en *HAHR*, 85:1 (2005), pp. 81-114.

<sup>18</sup> Expresión de origen poco clara referida al hombre adinerado, propietario de las tierras más rentables que, en un ámbito territorial reducido, ejerce poder político y económico sometiendo para su beneficio personal a los indígenas mediante métodos abusivos y coercitivos cuya eficacia es garantizada por el temor que suscita en ellos. El concepto es ampliamente abordado en el capítulo segundo de la obra de José TAMAYO HERRERA, *Historia social e indigenismo en el altiplano*, cit., p. 149 y ss. Para una nutrida elaboración sobre la relación entre el movimiento indígena y el sistema gamonal, cfr. Alberto FLORES GALINDO, *Buscando un inca. Identidad y utopía en los Andes*, Lima, Editorial Horizonte, 1988.

<sup>19</sup> La clásica voz de denuncia jurídica sobre la paupérrima condición del indígena puede consultarse en el informe del Agente Fiscal de Azángaro José FRISANCHO *Algunas visitas fiscales concernientes al problema indígena, del Agente Fiscal de Azángaro Dr. D. José Frisancho*. Lima, Tip. El Progreso Editorial, 1915. Desde una perspectiva no estrictamente jurídica cfr. Luis E. VALCÁRCEL «La cuestión agraria en el Cuzco», en *Revista Universitaria. Órgano de la Universidad del Cuzco*, 9 (1914), pp. 16-38. V. además los ensayos de Dora MAYER y M. A. DENEGRI en «*El Deber Pro-Indígena. Órgano de la Asociación Pro-Indígena*», I:1 (octubre 1912); I:12 (septiembre 1913); II:18 (marzo 1914).

<sup>20</sup> Alberto ULLOA SOTOMAYOR, *La organización social y legal del trabajo en el Perú*. Tesis para optar al grado de doctor en la facultad de jurisprudencia de la Universidad Mayor de S. Marcos, Lima, Oficina Tipográfica de La Opinión Nacional, 1916.

<sup>21</sup> Manuel L. DEL CARPIO, *Necesidad de una legislación especial para los indígenas*. Tesis sustentada por el bachiller Manuel L. DEL CARPIO para optar al grado de Doctor en la Facultad de Jurisprudencia y obtener el título de Abogado, Arequipa, Tip. Cuadros, 1915; José Antonio ENCINAS, *Contribución a una legislación tutelar indígena*. Tesis para optar al grado de doctor, Universidad Mayor de San Marcos de Lima, Facultad de Jurisprudencia, Lima, 1918; José Luis ABARCA, *Proyecto de Ley tutelar de la raza Indígena*, presentado por él para optar el grado de Doctor en Jurisprudencia, obtener el Título de Abogado, Universidad del G.P. San Agustín, Arequipa, 1919; Germán J. Salcedo, *Consideraciones de orden social, territorial, religioso, político y jurídico del problema indígena*. Disertación presentada para graduarse de doctor en la facultad de jurisprudencia y obtener el título de Abogado, Arequipa, 1920; Óscar Víctor MALPARTIDA, *Breves apuntes sobre problemas indígenas en relación con nuestras leyes civiles y penales*. Tesis de doctor en Jurisprudencia, Lima, Imprenta El Teatro, 1920; Erasmo ROCA, *Por la clase indígena. Exposición y proyectos, para una solución del aspecto legal del problema indígena*. Lima, Pedro Barrientos Castro Editor, 1935. Florecen asimismo proyectos de leyes presentados por congresistas y juristas. Al proyecto del diputado M. Moisés León (1914) se suman, entre 1916-1919, los de Francisco Gómez de la Torre, José M. Aranibar, José Luis Abarca y de Manuel Yarquelé. Para un análisis detallado de cfr. Atilio SIVIRICHI, *Derecho indígena peruano. Proyecto de código indígena*, Lima, Ediciones Kuntur, 1946, pp. 140 y ss.

<sup>22</sup> Modesto MÁLAGA, *El problema social de la raza indígena*. Tesis presentada por el Sr. Modesto Málaga Doctor en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, para obtener el grado de Doctor en la Facultad de Jurisprudencia y obtener el título de Abogado, Universidad del

criminalidad<sup>23</sup>, educación<sup>24</sup>, y, desde luego, al estatuto jurídico de las comunidades indígenas<sup>25</sup>.

Territorialmente, el movimiento se desarrolla a partir de la reflexión de la clase jurídico-burguesa limeña y del trabajo de los tesisistas en jurisprudencia y doctorandos de la Universidad de San Agustín de Arequipa, San Antonio Abad de Cuzco y, sobre todo, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. Los modelos teóricos utilizados provienen de la sociología europea y del creciente interés por el estudio de las sociedades primitivas en los trabajos de los precursores de la antropología.

Resulta primordial subrayar que el discurso jurídico sobre la tierra, motivado por la falta de reconocimiento oficial de la clase indígena y por la consecuente abolición de sus derechos agrarios, conduce a los juristas a reflexionar sobre la urgencia del reconocimiento jurídico de las comunidades. Bajo este perfil, los orígenes del indigenismo jurídico se encuentran ligados a la ciudad de Lima y, en particular, a la obra de dos intelectuales: Francisco Tudela y Varela y Manuel Vicente Villarán. Sus trabajos establecerán las bases de las dos temáticas que monopolizarán el debate de los juristas y estudiosos andinos durante gran parte del siglo XX: la conveniencia de la continuidad de las formas de propiedad colectiva indígena y su estatuto jurídico<sup>26</sup>.

---

Gran Padre San Agustín, Arequipa, Tip. Quiróz, 1914; Manuel CÁCERES BEDOYA, *La reforma de la legislación y la raza indígena*. Discurso presentado para obtener el grado de doctor en la facultad de jurisprudencia, Universidad del G.P.S. Agustín, Arequipa, 1918.

<sup>23</sup> José A. ENCINAS, «Causas de la criminalidad indígena en el Perú», en *Revista Universitaria. Órgano de la Universidad Mayor de San Marcos*, 14: vol. 2, 3 y 4 (1919); Juan M. MARÍN LUJÁN, *Sistema penal indígena*. Tesis para optar al grado de doctor en jurisprudencia y obtener el título de abogado. Universidad del G.P. San Agustín, Arequipa, Tipografía Medina, 1919; Luis F. AGUILAR, *Cuestiones indígenas*, Cuzco, Tip. F.M. Andía, 1922, pp. 29 y ss.

<sup>24</sup> Modesto MALAGA, cit., pp. 19 y ss.; Pedro IRIGOYEN, *El Conflicto y el problema indígena (artículos publicados en «El Comercio» de Lima, con notas complementarias)*, Lima, San Martí y cia. 1922; Francisco ALAYZA PAZ SOLDAN, *El Problema del Indio en el Perú. Su civilización e incorporación a la nacionalidad*, Lima, Imprenta Americana, 1928, pp. 39 y ss.

<sup>25</sup> Florencio LOAYZA, *Condición legal de las comunidades indígenas*. Tesis presentada a la Universidad de Arequipa para optar al grado de Doctor en a Facultad de Derecho y obtener el título de Abogado, Arequipa, Tip. Cáceres, 1911; Miguel INGUNZA DELGADO, *Condición jurídica de las comunidades indígenas*. Tesis de doctor en jurisprudencia Universidad de San Marcos, Lima, Imprenta El Progreso, 1911; Luis Antonio EGUIGUREN, *El ayllu peruano y su condición legal*, Lima, Librería, Imprenta y Encuadernación de la calle del Correo Orellana y C<sup>a</sup>., 1914; Ricardo BUSTAMANTE CISNEROS, *Condición jurídica de las comunidades de indígenas en el Perú*. Tesis para optar al grado de Bachiller en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1918; *Ibid.*, *Revista Universitaria. Órgano de la Universidad Mayor de San Marcos*, 14: Vol. I y II (1919).

<sup>26</sup> Sin embargo, debe recordarse, como lo destaca Carlos RAMOS NÚÑEZ (cit., t. V, vol. 2, p. 241), que un preliminar debate se había generado en propósito a partir de las obras de Emiliano A. CARVALLO «Las tierras de comunidad», en *El Derecho. Revista de Jurisprudencia y Legislación*, IV-116 (1889), pp. 1214-1218; José Torres LARA, *Páginas casi inéditas de un libro casi inédito, precedidas de algunas reflexiones sobre la raza indígena*, Lima, Imprenta y Litografía de G. Claus, 1903; y de Federico HILBCK, *Condición jurídica de las comunidades*, Lima, 1905.

### 3. INDIGENISMO JURÍDICO Y DERECHO DE PROPIEDAD

Hemos hasta ahora presentado los lineamientos generales del movimiento en su vertiente jurídica. Profundicemos sus caracteres al interno del derecho de propiedad<sup>27</sup>.

A objeto de graficar la importancia de la temática relativa a la tierra de las comunidades en la obra de los juristas peruanos, podemos afirmar que la mayor parte de los trabajos sobre el indigenismo citados exploran cierto aspecto concerniente a la propiedad indígena. En un primer intento de sistematizar la vasta producción sobre la materia, es posible delinear los aportes en cuatro grandes áreas: (1) la denuncia de la usurpación de la propiedad indígena perpetrada por el sistema republicano; (2) el análisis de la evolución histórica del *ayllu*<sup>28</sup> desde la época pre-Inca hasta los tiempos republicanos; (3) el delineamiento conceptual de la propiedad indígena; (4) la propuesta de soluciones legislativas destinadas a definir el destino de las comunidades.

Hemos ya señalado, si bien incidentalmente, que la autoría del debate sobre la propiedad tradicional indígena reposa en los trabajos de Francisco Tudela y Varela y Manuel Vicente Villarán. Ambos ensayos afrontan el argumento de la

<sup>27</sup> Hemos optado en esta sede por continuar con la tradición etnocéntrica que ha caracterizado a la producción jurídica sobre el uso del vocablo «propiedad» para aludir al sistema tenencia de la tierra de las comunidades andinas. En propósito, se nos permita el reenvío a una lectura crítica sobre la transposición del individualismo propietario en los Andes centrales: Rodrigo MÍGUEZ NÚÑEZ, «Per una decostruzione del concetto di proprietà nella realtà andina», en *Rivista di Diritto Civile*, 3 (2010), pp. 425-445.

<sup>28</sup> Si bien utilizamos los términos «comunidad» y «ayllu» como sinónimos, una precisión conceptual se torna necesaria. El «ayllu» es la típica forma de organización social andina basada en la identidad común de sus miembros a razón de la parentela real o ficticia. Presupone, entre otros caracteres, la tenencia comunitaria de la tierra y formas de trabajo colectivo para el beneficio de todos sus integrantes. El vocablo «comunidad», en cambio, corresponde a una expresión fundada en la noción de propiedad introducida en los Andes como consecuencia de la política colonial de reducir a los indios en poblados según el modelo peninsular. De esta forma, la «comunidad indígena» representa el fruto de la operación de trasplante jurídico de la organización comunitaria presente en la Castilla colonial, cuya recepción comportó su adaptación y mixtura con el *ayllu* prehispánico. Para detalles v.: Harald MOSSBRUKER, *Quinches: zur Diskussion über dörfliche Wirtschaft und «communidad» in den Anden*, Bonn, Holos-Verl, 1987; Karol A. YAMBERT, «Thought and Reality: Dialectics of Andean Community», en Benjamin S. ORLOVE y Glynn CUSTRED (eds.), *Land and Power in Latin America. Agrarian Economies and Social Processes in the Andes*, New York-London, Holmes & Meier Publishers, INC, 1989, pp. 55-78; Roger Neil RASNAKE, *Domination and Cultural Resistance. Authority and Power Among an Andean People*, Durham, Duke University Press, 1988, pp. 49-51. Más antecedentes sobre la voz *ayllu* en Ricardo A. GODOY, «The Fiscal Role of the Andean Ayllu», en *Man. New Series* 21:4 (1986), pp. 723-741; Herbert S. KLEIN, *Haciendas y ayllus en Bolivia*, y ss. XVIII y XIX, Lima, IEP, 1995, pp. 84 y ss.; Jehan VELLARD, *Civilisations des Andes. Evolution des populations du haut-plateau bolivien*, Paris, Gallimard, 1963, pp. 119-123. Finalmente, sobre la operación de trasplante de la comunidad española en el espacio andino son clásicas las reflexiones de Carlos VALDEZ DE LA TORRE, *Evolución de las comunidades de indígenas*, Lima, Editorial Euforión, 1921, pp. 77 y ss.; José María ARGUEDAS, *Las comunidades de España y del Perú*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1968; José MATOS MAR, «Comunidades indígenas en el área andina», en ID., *Hacienda, comunidad y campesinado en el Perú*, Lima, IEP, 1976. Más recientemente cfr. Paula ZAGALSKY, «El concepto de «comunidad» en su dimensión espacial. Una historización de su semántica en el contexto colonial andino (siglos XVI-XVII)», en *Revista Andina*, 48 (2009), pp. 57-90.

supervivencia de las comunidades indígenas como temática central. Analicemos en detalle sus contenidos.

El diplomático limeño Francisco Tudela y Varela, inaugura el debate con un artículo de impronta progresista, espeso en observaciones político-económicas. Su *Socialismo Peruano. Estudio sobre las comunidades indígenas* (Lima, 1905) tiene por objeto «el régimen colectivista a que está sujeta una gran parte de nuestra población indígena, régimen que no ha merecido hasta ahora el honor de ser contemplado por nuestros hombres de estudio». El ensayo constata dos elementos esenciales: la existencia de una no pequeña fracción de la población organizada en «comunidades, parcialidades o aylllos» y el hecho que ellas se encuentran organizadas bajo un «régimen indiscutiblemente socialista»<sup>29</sup>.

La crítica principal de Tudela y Varela contra la propiedad tradicional indígena reposa en el ataque al sistema de repartición anual de las tierras de cultivo. Según la norma ancestral, las tierras de *aynuqa*<sup>30</sup> (extensiones cultivables destinadas al uso comunitario, compuestas por una cantidad determinada de pequeñas parcelas explotadas exclusivamente por las familias designadas por la comunidad) son objeto de redistribución anual entre los miembros de la comunidad por las autoridades tradicionales en una ceremonia simbólica. La redistribución anual se realiza (aún hoy en ciertas comunidades) a favor del jefe de cada familia en función al número de sus dependientes. Con el tiempo, la práctica devino en muchas comunidades una simple confirmación de la posesión ejercida por la familia en el sector previamente conferido. Pues bien, comparando el sistema de reparto del *ayllu* peruano con otras formas de propiedad colectiva –como el *mir* ruso– Tudela y Varela sostiene que el fraccionamiento y repartición anual del suelo entre los individuos del grupo produce los peores resultados al rendimiento de la tierra. La precariedad de la posesión de la tierra percibida por el indígena (derivado del hecho de no asegurársele el mismo lote en la próxima repartición), lo induce según él a atribuir poca importancia al cultivo y cuidado de la tierra y al consiguiente mejoramiento del suelo. Concluye entonces, elogiando las bondades de la propiedad privada, que es ésta «la única que puede servir de estímulo para el desarrollo de la agricultura y para el progresivo enriquecimiento del suelo». Para sostener su posición, se apoya en las palabras discursivas del Presidente de la República, afirmando que el verdadero desafío del Perú consiste en transformar la población de la sierra en elemento «activo y conciente» proponiendo a tal fin la abolición del régimen de comunidad. Sin embargo, es cauto y añade que tal fin se alcanza con la prudencia y el buen sentido que requiere la corrección de un «vicio» profundamente arraigado, sin acudir a un proceso violento o apresurado. En

<sup>29</sup> FRANCISCO TUDELA Y VARELA, *Socialismo peruano. Estudio sobre las comunidades indígenas*, Lima, Imprenta La Industria, 1905. Una segunda edición fue publicada por la Imprenta La Revista, Lima, 1908, pp. 11 y 14.

<sup>30</sup> Denominación típica del altiplano paceño. Es también conocida como *manta* en el norte de Potosí y sur de Oruro, *laymi* en el Perú central, *muyuy* en Cuzco, o *laqui*, *qapana*, *aynoqa* en otros lugares.

Tudela y Varela, es la unión de los centros urbanos con la población indígena el factor que permitirá lograr la progresiva abolición del régimen de comunidad. El objeto se logra además declarando permanente la repartición de los lotes y confiriendo a cada individuo un título de dominio. Sólo de esta forma, afirma, aquellas regiones se incorporarán a la sociedad y comercio del país y sus ciudadanos podrán contribuir de manera activa y conciente al progreso común<sup>31</sup>.

Dos años más tarde, el constitucionalista de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos de Lima Manuel Vicente Villarán, elabora un breve trabajo titulado *Condición legal de las comunidades indígenas* (Lima, 1907). Su acercamiento a la problemática indígena es completamente diverso al de Tudela y Varela. El autor focaliza su atención en la falta de reconocimiento legal de las comunidades indígenas, remarcando la consecuencia más nefasta de tal estado: su imposibilidad de ser parte en juicio como colectividad. Para él las comunidades indígenas «no son corporaciones oficiales, ni establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, ni comunidades religiosas, ni compañías mercantiles o industriales, únicas entidades reconocidas por nuestra legislación como personas civiles»<sup>32</sup>.

En base a la primera onda legislativa republicana a favor de la instauración propiedad individual (decretos de Bolívar del 8 abril 1824 y 4 julio 1825, ley del 31 marzo 1828 y doctrina de la Corte Suprema del 20 octubre 1876<sup>33</sup>), Villarán sostiene que la propiedad en cuanto *dominio pleno* corresponde a los indígenas en su calidad de poseedores de las tierras que detentan y no a la comunidad. Ello, pues el uso colectivo de la tierra indígena no encuentra acogida en ninguna de las formas de posesión o de propiedad –pro-indiviso– de las regladas por el Código Civil de 1852, ni en la legislación especial<sup>34</sup>. No obstante, la existencia de las comunidades indígenas es una realidad que la omisión legislativa no puede callar: «las comunidades responden a un estado social que no se suprime a fuerza de decretos». Las comunidades, en breve, continúan existiendo no obstante los esfuerzos sistemáticos de los gobiernos republicanos en suprimirlas.

En cuanto concierne al destino de las comunidades, Villarán argumenta la conveniencia que representa para la clase indígena, patrocinando la tesis que defiende su continuidad: «La comunidad protege al indio contra el blanco. Las tierras de los aborígenes no han sido aún totalmente usurpadas por los ricos latifundistas, gracias a la posesión comunista [...] La disolución de esas comunidades, antes de instruir a los indios y de abrir caminos y mercados, no crearía una clase de campesinos propietarios; sería la evicción de los labradores autónomos que forman la mayoría de la población indígena en

<sup>31</sup> V. FRANCISCO TUDELA Y VARELA, *Socialismo peruano*, cit., en orden: p. 22, 23-24, 31, 33-34.

<sup>32</sup> Manuel Vicente VILLARÁN, «Condición legal de las comunidades indígenas», en *Revista Universitaria. Universidad Mayor de San Marcos*, II:14 (1907), p. 2.

<sup>33</sup> En primero de tales decretos, emanado en Trujillo, declaró a los indígenas propietarios absolutos sus posesiones, ordenando la repartición de las tierras de comunidad en propiedad individual y en forma proporcional al estado familiar de cada comunero.

<sup>34</sup> Manuel Vicente VILLARÁN, «Condición legal de las comunidades indígenas», cit., p. 6.



*provecho de unos pocos hacendados ávidos. El comunero hoy independiente gracias a la posesión de la tierra, pasaría a la condición servil del colono y del pongo»<sup>35</sup>.*

El jurista limeño opina que el subdesarrollo indígena no se enraíza en la supuesta falta de incentivos de la propiedad tradicional (derivada de su carácter colectivo) o en un pretendido «estado de barbarie» o cuanto menos de «semi-ignorancia» del indio. Para Villarán la razón del atraso indígena se encuentra en la imposibilidad de dar a sus tierras un uso lucrativo, debido a la carencia de vías de comunicación y de lugares idóneos para la venta de sus productos. Por consiguiente, concluye que abolir las comunidades y su sistema agrario no sería la vía idónea, por ahora, para asegurar una adecuada explotación de la sierra peruana<sup>36</sup>.

A la luz de lo apuntado, el discurso sobre la propiedad tradicional permanece ligado al debate sobre la desaparición o continuidad de la comunidad indígena. Sobre tal base, los estudios posteriores discurrirán sirviéndose de los recursos ofrecidos por las investigaciones y experiencias comparadas.

### 3.1 La influencia externa

A fin de comprender el ambiente metodológico y las motivaciones doctrinales de la ciencia jurídica en estudio, resulta conveniente desarrollar un breve análisis sobre las principales obras extranjeras que abordaron desde diversas perspectivas la temática del sistema agrario andino.

La antropología jurídica moderna fue precedida por los primeros trabajos de etnología jurídica del siglo XIX<sup>37</sup>. Como lo nota Nader, eran tiempos en que los juristas se encontraban entre los más afamados antropólogos, utilizando los paradigmas de la escuela histórica y evolucionista para explicar el propio mundo<sup>38</sup>. Así, en el arco de treinta años hacen su aparición una serie de obras que vienen a considerar a las sociedades humanas como un todo coherente y unitario, sujetas a leyes de transformación global y general. Según éstas, todas las sociedades humanas pasan a través de fases idénticas en contenido y sucesión. La nueva visión, aplicada al derecho, es conocida con el nombre de evolucionismo jurídico<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 7, 8.

<sup>37</sup> En 1889, el Secretario General de la Sociedad de Antropología y profesor de la Escuela de Antropología de París, Charles LETOURNEAU, afirmaba en su esfuerzo por definir y utilizar el método etnográfico que éste: «*Consistant à tenir les races inférieures de l'humanité actuelle, comme les vivants représentants de nos primitif ancêtres [...] elle est la base même de la sociologie évolutive, puisqu'elle permet d'étudier de visu la série des étapes sociales, englouties dans l'abîme du passé.*». Cf. Charles LETOURNEAU *L'évolution de la propriété*, Paris, Lecrosnier et Babé, Libraires-Éditeurs, 1889, p. VI).

<sup>38</sup> V. Laura NADER, *The Life of Law. Anthropological Projects*, Berkeley-Los Angeles-London, University of California Press, 2002, p. 77.

<sup>39</sup> V. Norbert ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1986; Alba NEGRI, *Il giurista dell'area romanista di fronte all'etnologia giuridica*. Milano, Giuffrè, 1983. A la cabeza de esta

En cuanto nos interesa, el intento de tales estudiosos en realizar historia comparada de las sociedades tradicionales y modernas comprendió también al Imperio Inca. Desde diversos ángulos, autores foráneos emprendieron proyectos relativos al Perú antiguo precediendo a los mismos científicos peruanos<sup>40</sup>.

En el campo de la literatura arqueológica, la obra del alemán Max Uhle *Die Ruinenstaette von Tiahuanaco im Hochlande des alten Perú* (Leipzig, Verlag von Karl W. Hiersemann, 1891) sienta las bases para los estudios de la antigüedad andina. Por su parte, el viajero inglés Clements Robert Markham en *The Incas of Peru* (London, 1910) centra su atención en la originalidad de la civilización Inca a razón de sus características étnicas, territoriales, mitológicas, lingüísticas y religiosas.

---

corriente se sitúan los trabajos de Henri SUMNER MAINE (*Ancient Law*, 1861; *On Early Law and Custom*, 1883) y Lewis H. MORGAN (*Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family*, 1870); del escocés John F. MACLENNAN (*Studies in Ancient History*, 1876); de la escuela alemana de la *Comparative Jurisprudence* de F. BERNHOF, G. COHN y Joseph KOHLER (aportes versados en la revista *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1878) y Albert HERMANN POST (con su jurisprudencia etnológica desarrollada y sistematizada en *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, 1890); la teoría de la etnología de parentesco matriarcal del magistrado suizo Johann BACHOFEN (*Das Mutterrecht*, 1861); la obra líder del evolucionismo del jurista neoyorquino Lewis H. MORGAN (*Ancient Society*, 1877) y los trabajos de los italianos Pietro COGLIOLO (*La teoria dell'evoluzione darwinista nel diritto privato*, 1882), Giuseppe D'AGUANO (*La genesi e l'evoluzione del diritto civile: secondo le risultanze delle scienze antropologiche e storico-sociali con applicazioni pratiche al codice vigente*, 1890) y Giuseppe MAZZARELLA (*La condizione giuridica del marito nella famiglia matriarcale: contributo alla giurisprudenza etnologica*, 1899). En Francia, Fustel de COULANGES (*La cité antique*, 1864), Charles LETOURNEAU (*L'évolution de la propriété*, 1889) y Emile de LAVELEYE (*De la propriété et des ses formes primitives*, 1874), aunque no proveen una visión estructurada y completa del evolucionismo, estudian la temática de la propiedad tradicional en clave evolucionista. Más tarde, en el plano económico, el enfoque evolucionista de Charles GIDE (*Cours d'économie politique*, 1909) nos confiere un nítido esquema sobre las seis fases de la evolución de la propiedad. Asimismo, desde diversas perspectivas destacados estudiosos como Herbert SPENCER, Edward BURNETT TYLOR y John LUBBOCK han trabajado bajo la influencia del evolucionismo darwiniano radical, según el cual los grupos de indígenas americanos se mantienen en una constante e indefinida fase primitiva conocida como «estado salvaje».

<sup>40</sup> Sobre el punto, con ironía, Víctor A. BELAÚNDE, *La Vida Universitaria*, Lima, 1917, citado por Ricardo BUSTAMANTE CISNEROS, cit., p. 19, acentúa en los siguientes términos la ausencia de estudios peruanos: «Imaginaos un extranjero que viniese al Perú y que quisiera conocer la realidad del Perú a través de la Universidad. ¿Qué institución, con más títulos, con mayores datos, con mejores conocimientos, podría dar a aquel extranjero el conocimiento de lo que es realmente el Perú? El extranjero dirá: este país reposa sobre la clase indígena. La clase indígena constituye la capa inferior de la sociedad, las dos terceras partes de su población e igual o mayor proporción de las masas obreras. ¿En qué forma vive la clase indígena? Vive bajo la forma de comunidad casi toda ella. Y bien, el extranjero irá a la universidad y le preguntará: ¿qué es la comunidad indígena? ¿cómo está constituida? ¿cuál es el proceso de su evolución? ¿qué representa desde el punto de vista de la ley y si conviene o no mantenerla en vista de la psicología económica del indio? La universidad le responderá: hay un trabajo de un alemán Uhle y una monografía de Bautista Saavedra sobre esta cuestión; más yo no he estudiado la Comunidad indígena en todos sus detalles, y de un modo especial; pero podría darte algunos datos sobre la marca teutónica o el mir ruso».

En el plano sociológico, el filósofo británico Herbert Spencer incluye en su teoría general evolucionista (*Principles of Sociology*, 1876-1896) a la cultura originaria peruana, calificándola como *sociedad doblemente compuesta y militar*. Los diversos pasajes de la obra rastrean al Perú antiguo en materias como territorio, naturaleza, clasificación social, instituciones domésticas, políticas y eclesiásticas. Charles Letourneau, cultor francés de la sociología jurídica, publica en 1889 *L'évolution de la propriété* (Paris) situando al Perú entre las antiguas civilizaciones en base a los estudios previos de William H. Prescott *History of the Conquest of Peru* (Bentley, 1854) y a la obra de Garcilaso de la Vega *Comentarios Reales de los Incas* (Lisboa, 1609). Al ocuparse del Perú antiguo, Letourneau afirma que se trata, junto a México, de una monarquía bárbara, situándola entre las tribus monárquicas y las grandes monarquías de la antigua historia europea y asiática. El sociólogo alemán Heinrich Cunow –*Das Verwandtschaftsistem und die Geschlechtsverbaende der Inka* (en *Das Ausland*, vol. 64, 1891), *Investigaciones sobre el antiguo comunismo agrario de los Incas* (Stuttgart, 1898)– luego de analizar el comunismo agrario de los pueblos alemanes aplica sus teorías al Perú. Concentrando la atención en el estudio de *ayllu* como célula comunista anterior al Imperio Inca, sostiene que el comunismo lejos de ser una modalidad impuesta por los Incas fue la consecuencia de la simple unión de los diversos *ayllus* que ocupaban colectivamente la tierra. Más tarde, Hermann Trimborn estudiará los derechos de los pueblos sudamericanos prehispánicos desde la perspectiva etnológico-jurídica, sus reflexiones serán publicadas en las revistas *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* y *Anthropos*. Por su parte, Charles Weiner en *Essai sur les institutions politiques, religieuses, économiques et sociales de l'empire des Incas* (Paris, 1874) elabora un esquema didáctico sobre aspectos territoriales y las principales instituciones Incas, introduciendo la teoría relativo al origen asiático. Finalmente, el sociólogo belga Guillaume De Greef en *L'évolution des croyances et des doctrines politiques* (Bruxelles, 1895) dedica al Perú un capítulo entero. Su teoría sobre la evolución de las sociedades encontrará múltiples puntos comunes con la doctrina de Cunow.

La veta historiográfica constituye el alma común de los trabajos que analizamos. La obra de William H. Prescott *History of the Conquest of Peru* (London, 1847) confirma la continua presencia del Estado en todos los aspectos de la organización Inca. En el monumental trabajo enciclopédico *Voyage dans l'Amérique méridionale* (1835-47) del naturalista francés Alcide D'Orbigny se describe al hombre americano (*guaraníes, araucanos, calchaquíes y quichuas*), su historia y costumbres. La originalidad de su acercamiento consiste en el haber apreciado la raza (características físicas y morales) y el territorio (flora y fauna) de la antigua civilización andina como factores fundamentales en su reconstrucción etnográfica. Tales consideraciones lo conducirán a sostener una verdad dogmática para el desarrollo de la sociología jurídica andina: los únicos centros propicios para la vida social y jurídica en América se encuentran en el altiplano y en los valles de la cordillera andina idóneos para el pastoreo y la agricultura. Bien sabemos hoy que las prácticas agrícolas andinas se modelan

en base a las condiciones ambientales y geográficas las cuales influyen notablemente en la organización del sistema de tenencia de la tierra de las comunidades<sup>41</sup>.

Otros análisis, si bien no directamente concernientes al Perú, fueron utilizados como modelos metodológicos por los estudiosos peruanos. Así, la teoría de Émile Louis Victor de Laveleye (*De la propriété et de ses formes primitives*, Paris, 1874) sobre el origen comunitario de la propiedad influyó en la reconstrucción dogmática de la propiedad andina del mismo modo que la doctrina opuesta de Fustel de Coulanges (*La cité antique*, Paris, 1864), relativa al origen individual del instituto. Otro tanto aconteció con la obra del jurista inglés Henry Sumner Maine (*Ancient Law*, London, 1861; *Villages Communities of East and West*, London, 1871; *Lectures on the Early History of Institutions*, New York, 1875) y del italiano Giuseppe D'Aguanno (*La genesi e l'evoluzione del diritto civile: secondo le risultanze delle scienze antropologiche e storico-sociali con applicazioni pratiche al codice vigente*, Torino, 1890).

Dada su influencia sobre toda la generación de estudios que comentamos, es necesario, en definitiva, mencionar la pionera obra de sociología jurídica del académico y político boliviano Bautista Saavedra *El ayllu* (La Paz, 1913).

*El ayllu* inicia con una certera afirmación acerca del estado de las investigaciones relativas a las organizaciones tradicionales andinas: «*Costumbres e instituciones primitivas de los pueblos indígenas del continente sudamericano no han sido aún debidamente exhumadas, menos sometidas a un estudio comparativo que las hiciera aptas para contribuir a ciertas conclusiones sociológicas. Las investigaciones hechas no pasan de descripciones narrativas, epidérmicas: trabajos de imaginación más que construcciones científicas. Y si se ha intentado acceder a los orígenes de las vinculaciones de los pueblos precolombinos con otras civilizaciones, con otras razas, a lo más que se ha ido es a señalar analogías arqueológicas con ramas orientales del viejo continente. El tema de vincular las civilizaciones pre-americanas con otras extracontinentales ha sido fecunda en teorías aventuradas.*»<sup>42</sup>

Basado en los estudios arqueológicos y adoptando las teorías de Sumner Maine de Cunow y De Greef, Saavedra ofrece una completa descripción evolutiva de *ayllu* sosteniendo la tesis de su precedencia, bajo la forma de asociación comunista, a la constitución del Imperio Inca. Su trabajo representa el primer intento sistemático de empleo del método histórico comparativo –en base a los trabajos previamente comentados– en sede andina. A partir de entonces, el

<sup>41</sup> Cfr. Robert M. NETTING, *Alpacas, Sheep, and Men: The Wool Export Economy and Regional Society in Southern Peru*, New York, Academic Press, 1977; David GUILLET, « Land Tenure, Ecological Zone, and Agricultural Regime in the Central Andes », in *American Ethnologist*, 8:1 (1981), pp. 139-156; Stephen B. BRUSH y David W. GUILLET, *Small Agro-Pastoral Production in the Central Andes*, in *Mountain Research and Development*, 5:1 (1985), pp. 19-30.

<sup>42</sup> Cfr. Bautista SAAVEDRA, *El ayllu. Segunda parte del proceso Mohoza*, La Paz, Librería Editorial Juventud, 1998 [1913], p. 13.

aporte descriptivo de Saavedra, junto a los estudios comparativos contenidos en su obra, serán utilizados como pilar histórico-sociológico en los estudios sobre la comunidad.

### 3.2 El enfoque antropológico

El periodo colonial nos ofrece en sudamérica tres enfoques sobre el estudio de la realidad «del otro». El primero consiste en la narración descriptiva de los cronistas y juristas españoles: a los pioneros Pedro Cieza de León (*Primera parte de la crónica del Perú*, 1553), Juan Polo de Ondegardo (*Relación acerca de los fundamentos acerca del notable daño que resulta de no guardar a los indios en sus fueros*, 1571), José de Acosta (*Historia natural y moral de las indias*, 1590) y Bernabé Cobo (*Historia del Nuevo Mundo*, 1653), se suma la voz pro-indígena de Bartolomé de Las Casas (*Historia de las Indias*, 1566) y las obras de indígenas y mestizos como Felipe Guamán Poma de Ayala (*El primer nueva corónica y buen gobierno*, 1615) y Garcilaso de la Vega (*Comentarios reales de los Incas*, 1609). Un segundo enfoque encuentra su fuente en las ordenanzas españolas referidas a los descubrimientos y conquistas. Ellas prescribían la obligación de llevar consigo un observador a efectos de compilar una descripción del entorno y de los usos y costumbres de los indígenas. Un tercer modo se observa en la llamada «crónica conventual». Ésta consiste en la narración de datos etnológicos extraídos de la observación del ambiente cultural donde las órdenes religiosas (especialmente franciscanas, dominicas y jesuitas) desarrollaban su labor<sup>43</sup>. A estas modalidades agregamos el aporte derivado del estudio de la lengua. En 1560, Domingo Santo Tomás escribe *La primera gramática Quichua*, trabajo segundado en 1608 por Diego González de Oguín en *Lexicón y vocabulario de la lengua general de los incas llamado Quichua* y por Ludovico Bertonio en *vocabulario de la lengua Aymara* de 1613<sup>44</sup>.

Hemos ya indicado que durante la segunda mitad del siglo XIX viajeros, exploradores y sobre todo juristas lideraron los estudios de antropología. A pesar de la multiplicación de las obras, el nuevo enfoque no encuentra acogida en la clase jurídica latinoamericana de fines del ochocientos. Ello se explica a la luz de diversos factores. Como era de esperarse, luego de las declaraciones de independencia el interés de los juristas españoles sobre el sistema jurídico de las ex colonias disminuye. Tal evento coincide paradójicamente con el periodo del florecimiento de los primeros ensayos de antropología basados sobre estudios de campo en colonias de países como Inglaterra y Alemania. Por su parte, en latinoamérica el periodo en análisis se caracterizó por el trasplante iusteórico del *Code civil*, y especialmente, de la técnica formalista aparejada al mismo: la exégesis. A ello viene añadido la recepción de los métodos de los romanistas y privatistas ligados al conceptualismo alemán. La combinación de

<sup>43</sup> Para todas estas modalidades véase, Manuel M. MARZAL, cit.

<sup>44</sup> V. Frank SALOMON, «The Historical Development of Andean Ethnology», en *Mountain Research and Development*, 5: 1 (1985), pp. 79-98.

ambos factores dio lugar al predominio de aquella corriente general y abstracta que monopolizará el estudio del derecho en Sudamérica durante largas décadas: el «clasicismo jurídico»<sup>45</sup>. Al interno de este marco teórico se comprende que el espacio para las experiencias jurídicas basadas en la observación de la realidad local no podía aún generarse.

El Perú de comienzos de siglo xx es testigo de uno de los primeros esfuerzos de emancipación doctrinaria al respecto. Ello acontece de la mano de los juristas interesados en la cuestión indígena, particularmente vinculada a la temática de la tierra. He aquí la importancia. Sus obras confieren un primer estímulo a una especulación ajena al código y a la estructura ligada a la tradición jurídica europea. Colocándose al origen de la reflexión antropológica al interno del derecho, dan contenido sustancial a la voz de denuncia de los precursores del movimiento indigenista nutriendo de esta forma las primeras experiencias de la antropología andina<sup>46</sup>.

Según se ha dicho, los primeros estudios sistemáticos relativos a la condición de las comunidades indígenas se presentan en los trabajos de juristas y tesis de las universidades de Lima, Cuzco, Arequipa y Puno. A partir del significativo ensayo de Manuel Vicente Villarán, emprenderán el estudio sobre el estatuto jurídico de las comunidades notables juristas como Ricardo Bustamante Cisneros (*Condición jurídica de las comunidades indígenas en el Perú*, 1918), José Antonio Encinas (*Contribución a una legislación tutelar indígena*, 1920) y Carlos Valdez de la Torre (*Evolución de las comunidades indígenas*, 1921).

En este primer momento, el jurista adopta acriticamente la metodología de las obras extranjeras que estudian las sociedades primitivas desde el prisma histórico-comparativo. Por consiguiente, la antropología jurídica andina absorbe en su nacimiento la noción del evolucionismo unilineal propio de la antropología europea de la segunda mitad del ochocientos<sup>47</sup>. Pero hay más, tales obras se producen en el Perú aún en los años cuarenta. Para entonces, el difusionismo de Elliot Smith (1918), la escuela norteamericana del relativismo cultural de Franz Boas (1911) y la antropología social de Bronislaw Malinowski (1922), habían ya sentenciado la extinción del evolucionismo al interno de la antropología. Como tantas veces ocurre en sitios de recepción doctrinaria, la noción evolutiva unilineal se desarrolló tardíamente en el seno de la naciente

<sup>45</sup> Es la expresión utilizada por Diego LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, p. 130.

<sup>46</sup> Cfr. Ramón PAJUELO, «Imágenes de la comunidad. indígenas, campesinos y antropólogos en el Perú», en Carlos Iván DEGREGORI (ed.), *No hay país más diverso*, Lima, IEP, 2000, p. 124.

<sup>47</sup> Cfr. nota n° 39. Ilustrando tal lineamiento, el doctorando arequipeño Celésforo B. VÁSQUEZ, *Algunos problemas sociales del Perú*. Discurso de orden pronunciado por Celésforo B. VÁSQUEZ para optar al grado de Doctor y el título de Abogado en la Facultad de Jurisprudencia, Arequipa: Tip. Zapata, 1913, p. 3, afirmó: «Los pueblos como los individuos están sujetos a las mismas leyes de crecimiento, desarrollo y madurez, decaimiento i desaparición: leyes eternas, universales y fecundas que renuevan constantemente los seres, dando por resultado que en esta transmutación incesante está la razón del adelanto i culturación de los individuos y de los pueblos» (sic). En esta línea véase además Víctor J. NEIRA, *La personalidad jurídica del indígena*. Tesis leída en la Universidad del G. P. San Agustín para obtener el título de abogado y de doctor en jurisprudencia, Arequipa, 1914, pp. 9, 15.

antropología jurídica andina en confornte con cuanto acontecía al interior de la antropología social (y jurídica) en la zona de producción teórica.

En fin, los juristas peruanos utilizan el evolucionismo para explicar el desarrollo de la propiedad; confrontar las sociedades y sus orígenes; y comparar, aunque sin rigor dogmático, el *ayllu* andino con el *mir* ruso, la *marka* alemana o con el sistema de propiedad colectiva presente en la Isla de Java<sup>48</sup>. A este último objeto, las obras de Maine, Letourneau y D'Aguianno son las principales referencias. Bajo tal perfil, los autores más progresistas afirman que la historia es lineal y por tanto que las sociedades más avanzadas progresan hacia la construcción de la propiedad individual<sup>49</sup>. En esta lectura los trabajos evolucionistas son elogiados pues justifican la división y destrucción de las comunidades en función del progreso social. Es sin dudas este otro impulso dogmático a favor de la propiedad individual, complemento de la base teórico-económica estatuida por la legislación republicana del siglo XIX.

Con todo, es posible observar una segunda lectura en los trabajos de los precursores de la antropología andina a partir de la interpretación de la obra del jurista británico Henry Sumner Maine. Sabemos que Maine es uno de los pioneros de la etnología evolucionista. Es también sabido que los juristas peruanos de inicios de siglo conocieron su producción<sup>50</sup>. Pues bien, de la lectura de los textos indigenistas se observa que el empleo de la obra de Maine se presta: (1) ya para sostener que las formas de uso colectivo de la tierra se encuentran en decadencia a causa de la ley natural de la evolución<sup>51</sup>; (2) ya para comparar y asimilar el *ayllu* andino a sus estudios sobre el *mir* ruso y la *marka* alema-

<sup>48</sup> Así en Francisco TUDELA Y VARELA, *Socialismo peruano...*, cit.; Víctor Andrés BELAÚNDE, *El Perú antiguo y los modernos sociólogos*. Tesis para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia de la Universidad de San Marcos. Lima: Imprenta y Librería de San Pedro, 1908. El trabajo ha sido reproducido en ID., *Obras completas. Primera serie: El proyecto nacional Víctor Andrés Belaúnde, El Perú antiguo y los modernos sociólogos y otros ensayos*, Lima, Edición de la Comisión Nacional del Centenario, 1977; Miguel INGUNZA DELGADO, *Condición jurídica de las comunidades indígenas*, cit., p. 19 y ss.; Luis Antonio EGUIGUREN, *El ayllu peruano y su condición legal*, cit., pp. 58 y ss.; Manuel A. QUIROGA, *Evolución jurídica de la propiedad rural en Puno*, Tesis para el Doctorado en Jurisprudencia, Universidad de Arequipa, Tip. Quiróz Perea, 1915, p. 95; Felix COSIO, «La propiedad colectiva del ayllu», en *Revista Universitaria. Órgano de la Universidad del Cuzco*, 5:16 (1916), p. 11; Carlos VALDEZ DE LA TORRE, *Evolución de las comunidades indígenas*, cit., p. 20; Julio M. DELGADO A., *Organización de la propiedad rural en la sierra*. Lima: Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos de Lima, 1930.

<sup>49</sup> Pues es, como sugiere Tudela y Varela: «La única que puede servir como estímulo para el desarrollo de la agricultura y el progresivo enriquecimiento del suelo». V. FRANCISCO TUDELA Y VARELA, cit., pp. 23-24. Es también la doctrina de Ricardo BUSTAMANTE CISNEROS, *Condición jurídica de las comunidades de indígenas en el Perú*, cit., p. 108: «las sociedades que prosperan, tienden naturalmente a la propiedad privada, condición necesaria de la vida civilizada».

<sup>50</sup> Si bien su difundido *Ancient Law* (London, 1861) no supo en aquellos tiempos de versión castellana, otras tres obras suyas fueron traducidas por la casa editorial *España Moderna* hacia fines del siglo XIX bajo los títulos: *El derecho antiguo y las costumbres primitivas* (1883), *Gobierno popular* (1885) y *Derecho internacional* (1887).

<sup>51</sup> V. FRANCISCO TUDELA Y VARELA, *Socialismo peruano...*, cit., pp. 23, 24; Ricardo BUSTAMANTE CISNEROS, *Condición jurídica de las comunidades de indígenas en el Perú*, cit., p. 108.

na<sup>52</sup>; (3) ya como soporte para reafirmar la teoría del origen colectivo (patriarcal) de la propiedad<sup>53</sup>; (4) ya para afirmar que todas las formas colectivas originarias atraviesan por los mismos estadios de evolución<sup>54</sup>.

Examinadas las exposiciones sobre el tema, nos parece imperioso añadir un importante elemento a propósito de la metodología de los primeros trabajos: los autores analizan las instituciones jurídicas tradicionales mediante el estudio de textos, comparando, asimilando las descripciones ya existentes; se trata de estudios «de escritorio» aún lejos del acercamiento que basa su análisis en la observación directa de la realidad.

Las descripciones etnográficas basadas en estudios de campo florecerán a partir de la original obra del tesista limeño Hildebrando Castro Pozo *Nuestra comunidad indígena* (Lima, 1924), publicada dos años antes de la conocida monografía de Bronislaw Malinowski *Crime and Custom in Savage Society* (London, 1926), trabajo que sentenciaría los viejos métodos de la antropología de escritorio.

El joven Castro Pozo realiza la primera descripción etnográfica de una comunidad (comunidad de Muquiyayuyo, sierra central, Provincia de Jauja, Departamento de Junín), basándose en notas y apuntes tomados a partir de su observación directa<sup>55</sup>. A pesar de no tratarse de una rigurosa investigación de campo<sup>56</sup>, su obra es considerada como el primer intento de análisis etnográfico andino previo al nacimiento formal de la antropología peruana<sup>57</sup>. En 1920 Castro Pozo es nombrado jefe de la Sección de Asuntos Indígenas del Ministerio

<sup>52</sup> V. FRANCISCO TUDELA Y VARELA, cit., pp. 19 y ss.; JULIO M. DELGADO, *Organización de la propiedad rural en la sierra*, cit.

<sup>53</sup> Véase LUIS ANTONIO EGUIGUREN, *El ayllu peruano y su condición legal*, cit., pp. 68 y ss.; MANUEL A. QUIROGA, *Evolución jurídica de la propiedad rural en Puno*, cit., p. 91; FELIX COSIO, *La propiedad colectiva del ayllu*, cit., p. 12.

<sup>54</sup> CARLOS VALDEZ DE LA TORRE, *Evolución de las comunidades indígenas*, cit., p. 20; PEDRO IRIGOYEN, *El conflicto y el problema indígena*, cit., p. 45.

<sup>55</sup> HILDEBRANDO CASTRO POZO, *Nuestra comunidad indígena*, Lima, Edit. «El Lucero», 1924. Una veloz mirada a los capítulos de la obra nos permitirá constatar su originalidad:

Capítulo primero: la comunidad, sus características y funciones.

Capítulo segundo: la sociedad comunal.

Capítulo tercero: estado actual de la mujer indígena, su condición social en la comunidad.

Capítulo cuarto: prácticas y sobrevivencias matrimoniales.

Capítulo quinto: régimen de los bienes conyugales.

Capítulo sexto: religión: mitos, supersticiones y creencias.

Capítulo séptimo: religión: mitos, supersticiones y creencias (continuación).

Capítulo octavo: chamanes y brujos.

Capítulo noveno: emotividad estética comunal.

Capítulo décimo: industrias comunales.

<sup>56</sup> Como lo subraya MANUEL M. MARZAL, cit., p. 447, se trata del producto de un paciente trabajo de recopilación de mitos, creencias y actividades de todo tipo que el autor realiza en calidad de profesor y funcionario público.

<sup>57</sup> Cfr. RAMÓN PAJUELO, *Imágenes de la comunidad*, cit., p. 131. La antropología peruana nace formalmente en las universidades en 1946, cuando Luis E. Valcárcel crea, en su calidad de Ministro de Educación, el Instituto de Etnología y Arqueología de la Universidad de San Marcos de Lima. Paralelamente, vienen instituidos los primeros estudios de antropología en la Universidad San Antonio Abad de Cusco.



de Fomento. El cometido, y su conocimiento personal de la realidad de la sierra y de la costa norte del Perú, le permitió acopiar los datos necesarios para una descripción completa de la comunidad indígena en sus prácticas matrimoniales, religiosas, industriales y agrícolas<sup>58</sup>.

Ciertamente, hay en Castro Pozo un retrato de la comunidad indígena muy diverso a la clásica visión del jurista de escritorio. En substancia, *Nuestra comunidad indígena* explora una nueva perspectiva del análisis antropológico: desterrando el modelo evolucionista, su trabajo discurre sobre los principios que más tarde cimentarán la corriente de la antropología cultural, esto es, la metodología del estudio de campo y la base teórica consistente en el análisis de las especificidades culturales de cada sociedad. Sus observaciones sobre el sistema de agrario lo conducen a afirmar que las comunidades «*reposan sobre las bases de la propiedad en común de las tierras en que viven y cultivan o conservan para pastos y sobre los lazos de consanguinidad que unen entre sí a las diversas familias que forman el ayllu*»<sup>59</sup>. Pero otra constatación debe ser agregada. De su análisis se desprende la pluralidad de formas tenencia a raíz de la diversidad climática y geográfica de los Andes centrales.

En lo específico, el capítulo primero de la obra explora el tema de la comunidad, sus características y funciones. Castro Pozo propone una descripción pura de los usos y costumbres de la comunidad prescindiendo de la metodología comparativa, de referencias a estudios de campo realizados en otras zonas o del empleo de categorías jurídicas extrañas a la realidad andina. La cuarta parte del capítulo es dedicada a una novedosa clasificación de las comunidades en función de la actividad principal desarrollada por éstas: comunidades agrícolas, comunidades agrícola-ganaderas, comunidades de pastoreo y aguas, comunidades de usufructuación. Sin embargo, hay en Castro una exhortación a evitar la generalización de las categorías señaladas pues «*en un país como el nuestro donde una institución adquiere diversos caracteres, según el medio en que se ha desarrollado, ningún tipo de los que en esta clasificación se presume, se encuentra en la realidad tan preciso y distinto de los otros que, por sí solo, pudiera objetivarse en un modelo*»<sup>60</sup>.

Conviene puntualizar que el esfuerzo descriptivo no es exclusivo de Castro Pozo. Ya en Tudela y Varela, si bien a título de referencia genérica, se observan algunas notas relativas al sistema de autoridades, fiestas, vicios y formas de repartición de la tierra de las comunidades. Otro tanto aconteció en 1915 con la obra del doctorando arequipeño Manuel Quiroga *Evolución jurídica de la propiedad rural en Puno*. Quiroga elabora una completa descripción geográfica del Departamento de Puno, proponiendo un didáctico panorama de la población, riquezas minerales y condiciones de trabajo indígena. El estudio es rico en consideraciones demográficas y datos antropológicos; aspectos como la

---

<sup>58</sup> V. Jorge BASADRE, *Historia de la República del Perú 1822-1933*, t. XI, 7ª ed. Lima, Editorial Universitaria, 1983, p. 199.

<sup>59</sup> Cfr. Hildebrando CASTRO POZO, *Nuestra comunidad indígena*, cit., p. 7.

<sup>60</sup> *Ibid.* pp. 16, 17.

concepción mitológica de la tierra, el idioma, la moral y la constitución social de la comunidad son abordados en detalle por el autor.

Luis Antonio Eguiguren en *El ayllu peruano y su condición legal* (Lima, 1914) nos ofrece una reconstrucción de la evolución jurídica de *ayllu* describiendo diversos aspectos de su estructura como las relaciones familiares, la modalidades de trabajo y la organización del pastoreo. Sin embargo, la novedad reside en haber elaborado el primer catastro de las comunidades indígenas peruanas<sup>61</sup>. Se trata de un mapa geográfico acerca de la distribución y estado de las comunidades diseñado a partir de las informaciones aportadas por prefectos, sub-prefectos, gobernadores, sacerdotes y alcaldes. Su objetivo consiste en confeccionar un cuadro estadístico general de las comunidades con la finalidad de estimular la atención e intervención de la administración pública.

En suma, nos parece oportuno tener presente que los estudios mencionados contribuyen a establecer los primeros lineamientos para tres disciplinas: la antropología de campo, que a partir de los años cincuenta florecerá oficialmente como ciencia, sobre todo bajo la influencia de la escuela cultural norteamericana; la etnología jurídica, que madurará en la obra de Jorge Basadre a partir de las reflexiones de Castro Pozo y la etnohistoria, que desde la tesis de Luis E. Valcárcel (1916) se nutrirá de la intensa producción de Maria Rostworowski y de John V. Murra.

### 3.3 El enfoque sociológico

Para la sociología jurídica el derecho es considerado como un fenómeno generado por la sociedad y, por lo mismo, sometido a una constante ley del cambio. En efecto, afirma Renato Treves, la sociología del derecho sigue la vía de la experiencia y tiene por objeto el estudio de un derecho relativo y variable, indisolublemente ligado al contexto social<sup>62</sup>. La constante en este ámbito consiste entonces en analizar las causas y efectos de las normas jurídicas en el contexto real.

Si bien las obras del indigenismo jurídico no contienen referencias a los trabajos de los precursores de la disciplina<sup>63</sup>, los reenvíos en esta clave se dirigen a la sociología evolucionista de Herbert Spencer, a las reflexiones de Giuseppe D'Aguanno<sup>64</sup> o al trabajo del sociólogo francés Gabriel Tarde<sup>65</sup>. En Spencer, las

<sup>61</sup> A este fin destina más de cien páginas de su trabajo. V. Luis Antonio EGUIGUREN, *El ayllu peruano y su condición legal*, cit., pp. 145 y ss.

<sup>62</sup> Renato TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi. Prefazione di Mario G. Losano*. Torino, Einaudi, 2002, p. 6.

<sup>63</sup> Pensamos a Nardi-Greco, Ehrlich, Durkheim, Petrazycki, Duguit y Pound entre otros.

<sup>64</sup> Giuseppe D'AGUANNO, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile: secondo le risultanze delle scienze antropologiche e storico-sociali con applicazioni pratiche al codice vigente*, Torino, Tratelli Bocca ed., 1890). La obra fue traducida al castellano hacia comienzos del siglo xx bajo el título *La génesis y la evolución del Derecho civil según los resultados de las ciencias antropológicas y histórico-sociales* por José D'Aguanno con una introducción de G. P. Chironi. *Obra corregida y adicionada por el autor con ocho capítulos nuevos escritos expresamente para la presente edición española*, trad. de Pedro DORADO MONTERO, Madrid, *La España Moderna*, 1893(?).

<sup>65</sup> La referencia es: *Les transformations du droit. Etude sociologique* (Paris, 1891), texto traducido al castellano por la casa editorial La España Moderna, Madrid, 1900. Entre las obras

alusiones encuentran su fundamento en la orientación individualista y liberal que caracteriza su obra. Para los juristas de tendencia progresista, el pasaje de lo homogéneo al heterogéneo, la lucha por la existencia y el proceso de selección natural, vaticinaban el cambio que debía ocurrir en la sociedad peruana. Para ellos, la clase indígena podría acceder a una nueva vida y sufrir así un nuevo estadio de evolución, sólo mediante el encuentro con una cultura superior. Tal evento permitiría introducir categorías jurídicas más avanzadas, entre las cuales, la propiedad individual<sup>66</sup>. Se observa aquí otro impulso dogmático a favor del esquema propietario individualista.

Pero esa no fue la única lectura sociológica. En forma paralela al desarrollo de la corriente en el derecho europeo, un sector no exiguo de la doctrina peruana apeló a la necesidad de despertar del profundo sueño del positivismo jurídico, propio del clasicismo post-codificación, para descubrir el derecho en su dimensión factual. Examinemos sumariamente las principales contribuciones de la ciencia peruana en esta dirección.

Como se ha dicho, el ensayo de Manuel Vicente Villarán abre el discurso sobre el estatuto jurídico de las comunidades con una crítica destinada a evidenciar el intersticio entre realidad local y normas jurídicas. Para Villarán, las comunidades representan una realidad que responde a un estado social que no se suprime a fuerza de decretos. Es necesario por consiguiente subsanar el estado de inexistencia legal en el que se encuentran en base a las consideraciones sociológicas que expone. Un año más tarde, Víctor Andrés Belaúnde profundizará el planteamiento. Su tesis de doctorado *El Perú antiguo y los modernos sociólogos* (Lima, 1908) propone un análisis histórico-contextual de las instituciones primitivas peruanas. En base a las premisas desarrolladas por la escuela histórica del derecho, Belaúnde sostiene que el fenómeno jurídico debe buscarse en la vida real, en el curso de la experiencia de los pueblos, a través de su evolución histórica, y por ello afirma: «Las leyes son eficaces cuando depuran o perfeccionan las instituciones producidas espontáneamente por la virtualidad social. Y son ineficaces, caen en desuso, cuando apartándose de la realidad, ordenan y prescriben aquello que no puede tener asiento en la vida efectiva de los pueblos. El derecho es un fenómeno que se produce naturalmente. La acción legislativa, la acción consciente de la voluntad racional, no lo crea, pero sí lo puede depurar; lo puede enaltecer»<sup>67</sup>. El tentativo de establecer los factores decisivos de la evolución jurídica de un país, agrega, es fruto de una nueva ciencia llamada sociología.

---

que nos reenvían a los citados autores véase: Víctor Andrés BELAÚNDE, *El Perú antiguo y los modernos sociólogos*, cit. pp. 82 y ss.; Manuel A. QUIROGA, *Evolución jurídica de la propiedad rural en Puno*, cit., p. 92; Felix COSIO, *La propiedad colectiva del ayllu*, cit., p. 11; Ricardo BUSTAMANTE CISNEROS, *Condición jurídica de las comunidades indígenas en el Perú*, cit. pp. 24, 28, 29; Guillermo PAREDES, *El problema del proletariado y las cuestiones obreras e indígena en el Perú*. Tesis para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia, Universidad de Arequipa, Tip. Quiróz-Perea, 1922, p. 46.

<sup>66</sup> Esta interpretación y reenvío a la obra de Giuseppe D'AGUANNO en Manuel CÁCERES BEDOYA, *La reforma de la legislación y la raza indígena*, cit., p. 6.

<sup>67</sup> Víctor Andrés BELAÚNDE, *El Perú antiguo y los modernos sociólogos*, cit., p. 51.

La obra en examen revisa el cuadro de los estudios relativos al Perú antiguo por parte de los principales sociólogos, juristas, arqueólogos e historiadores de la época, subrayándose que la percepción de éstos sobre el pasado Inca es sustancialmente diversa a la de los cronistas coloniales<sup>68</sup>. El trabajo es dirigido sobre todo a redescubrir los estudios históricos, especialmente el derecho de la civilización preincaica e Inca, a fin de proporcionar una mejor comprensión sobre la evolución del derecho colonial y de las instituciones que han sobrevivido al periodo republicano. A este propósito, señala que «*imbuidos en conceptos teóricos y abstracciones, hemos querido legislar en la República como si se tratara de un pueblo enteramente nuevo, de un pueblo que no tuviera ningún lazo con el pasado [...] de allí que nuestros marcos legislativos no abarquen toda nuestra realidad jurídica*»<sup>69</sup>.

En el análisis belaudiano, la clave para acceder al conocimiento de la *realidad* jurídica se encuentra en el estudio de la evolución de sus instituciones. No basta conocer la ley, es preciso indagar las situaciones que la generan a objeto de descifrar el derecho en otro orden de la realidad. En este profundo vínculo entre sociología e historia del derecho debe valorarse el aporte basilar del *El Perú antiguo y los modernos sociólogos*.

Desde una similar óptica, Leonidas Palomino y Salcedo en *Algunas ideas sobre nuestra legislación y su relación con los indígenas* (Arequipa, 1914) presenta un discurso crítico sobre la legislación colonial y republicana sugiriendo en cambio una legislación que abrace la identidad nacional: «*Nuestros legisladores y codificadores jamás tuvieron esa amplitud de criterio y hasta esa preparación que es indispensable para dictar y ordenar leyes. Jamás se han preocupado de estudiar nuestro medio, ni mucho menos nuestro pueblo [...] nuestras leyes están muy lejos de realizar las tendencias modernas del Derecho y la Justicia, porque la legislación que actualmente nos rige, no tiene ningún valor científico; para su creación no se ha tenido en cuenta las razas de que está poblado el país y el medio ambiente que tiene. Las leyes en vigencia parten del antiguo sistema deductivo y apriorístico, en concepciones que no están conformes con la naturaleza humana y con las nuevas adquisiciones que se han hecho en el campo de las especulaciones jurídicas del derecho*»<sup>70</sup>. El autor se pregunta si los legisladores han estudiado los usos y costumbres del Perú, sus condiciones económicas y sociales, si han considerado las características de las etnias blanca, mestiza e indígena o si han ponderado las condiciones ambientales y climáticas del país. Para él, tales factores no fueron mínimamente tomados en cuenta por los legisladores, el Estado, sentencia por consiguiente, no ha creado leyes apropiadas para el pueblo peruano. Su voz es clara: la legislación nacional es artificial. Existe una flagrante desarmonía entre ley y sociedad y por ello la urgente renovación legislativa debe mirar a «*lo que existe y lo que se*

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>69</sup> *Ibid.*, pp. 57, 61.

<sup>70</sup> Leonidas PALOMINO Y SALCEDO, *Algunas ideas sobre nuestra legislación y su relación con los indígenas*. Tesis para optar al grado de doctor en jurisprudencia, Universidad Nacional San Agustín. Arequipa, 1914, pp. 16, 17, 18.

ve, y no sobre lo que podría ser». Para Palomino y Salcedo, la legislación nacional no ha cumplido su misión frente al pueblo peruano, pues no se apoya ni en la observación, ni en la experiencia, ni en métodos científicos calificados<sup>71</sup>.

Un ulterior trabajo de Manuel del Carpio (Arequipa, 1915) propone la reflexión sobre el imperativo de una legislación especial para los indígenas. El llamado es nuevamente dirigido a la censura e interpretación crítica del trasplante de instituciones de origen europeo. En su opinión, la nueva legislación debe focalizarse en los elementos que la realidad sugiere: «*urge bajar a la realidad, que es la única base posible de las leyes*»<sup>72</sup>. En del Carpio, es necesario desterrar la uniformidad y abstracción de la legislación republicana pues ésta ha generado un estado antijurídico, en perjuicio directo del indígena: «*la ley emanada con un criterio general le ha sido aplicada sin un estudio preliminar de su psicología, ni de sus condiciones de vida que lo convierte en una entidad jurídica completamente diversa de nosotros*»<sup>73</sup>.

La apelación a la pluralidad del derecho peruano es reforzada en la introducción al célebre estudio de Ricardo Bustamante Cisneros *Condición jurídica de las comunidades indígenas en el Perú* (Lima, 1918). En ella, se afirma que el moderno concepto del derecho no es formal, abstracto, inmóvil, sino, al contrario, «*es vida, es la realidad, es la historia; que aunque uno en su esencia, como una es la naturaleza humana, es variado en su forma y en su contenido, como variadas son las situaciones en que esa naturaleza se desarrolla y se desenvuelve*»<sup>74</sup>. No sólo eso, en Bustamante Cisneros hay además una crítica permanente a la legislación peruana de raíz romanista. Para él, la ley peruana no traduce los ideales de su raza, ni los elementos del territorio. Las leyes civiles, casi en su totalidad, siguen los principios absolutos del Derecho romano, consignados en manos de la autoridad española y republicana, sin considerar la fisonomía local: «*Los legisladores nuestros, al querer legislarnos civilmente no se repartieron, por cierto, en las variadas zonas de nuestro territorio para estudiar las distintas manifestaciones que en ellas había de tener el derecho, sino que amontonando códigos acometieron la lectura de ellos llevando los prejuicios de un derecho ideal, y engendraron así, fórmulas civiles que no respiraron al nacer la rica variedad de nuestro climas ni vieron la diversidad de nuestra flora, sino que bebieron la tibia atmósfera del gabinete: leyes fueron éstas de vitalidad puramente teórica, creadas sólo para la estrecha franja de la costa, y fuera de las cuales quedaba la parte más rica de nuestra vida*»<sup>75</sup>. El derecho que nos gobierna, agrega Bustamante, citando al intelectual limeño Oscar Miro Quezada, no es el fruto de una evolución jurídica espontánea y endógena, lo es más bien de un proceso artificial y racional de rápida adaptación de derechos extranjeros. Nuestro derecho, dirá, es exógeno, se trata de un

<sup>71</sup> Cfr., en el orden comentado, *Ibid.*, pp. 20, 24, 27.

<sup>72</sup> Manuel L. DEL CARPIO, *Necesidad de una legislación especial para los indígenas*, cit. p. 4.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>74</sup> Son las palabras de P. OLIVIERA en *La enseñanza universitaria*, Lima, 1910. Cfr. Ricardo BUSTAMANTE CISNEROS, *Condición jurídica de las comunidades indígenas en el Perú* cit., pp. 14, 15.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 16.

derecho adoptado y mal adaptado, que no refleja las aspiraciones, las tendencias y las necesidades generales del país <sup>76</sup>.

La crítica aguda al trasplante de instituciones jurídicas ajenas al contexto local representa la esencia del trabajo de la activista pro-indígena Dora Mayer de Zulen titulado *El indígena y su derecho* (Lima, 1929). Por entonces, el proyecto del título *De las Comunidades Indígenas* de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852 había acogido la tesis abolicionista de Francisco Tudela y Varela. De hecho, para el presidente de la Comisión, el civilista Juan José Calle, la solución apta para conceder legalidad efectiva a la comunidad consistía en transformar al indígena en propietario particular, único medio idóneo para elevarlo a la categoría *sui iuris* <sup>77</sup>. En respuesta, Mayer exhorta al civilista a renunciar al mero trasplante del derecho de raíz romanista. Para ella, los juristas de Lima se encuentran impregnados de la psicología romanista y ello a pesar de encontrarse tal derecho fuera de su contexto en una América libre. De este modo, la reforma del Código civil a la sombra de la autoridad del derecho romano no es viable, pues derecho romano e indígena representan sistemas antagónicos, arquetipos diversos: el primero de orden patriarcal, el segundo imperial <sup>78</sup>.

Conviene en fin puntualizar que el paisaje jurídico ofrecido por las obras estudiadas confluyen en la crítica al trasplante del sistema romanista, en el ataque a la uniformidad de la legislación y en el llamado al encuentro del derecho con la realidad local.

### 3.4 Otros enfoques

La contribución del indigenismo jurídico no se agota en las proyecciones abordadas. Es necesario ponderar otros dos enfoques relacionados al sistema agrario: el económico y el historiográfico-jurídico.

Las obras de los economistas franceses Pierre Paul Leroy-Beaulieu (*Le collectivisme*, Paris, 1891), Charles Gide (*Cours d'économie politique*, Paris, 1909) y del trevisano Giuseppe Toniolo (*Sulla distribuzione de la ricchezza*, Verona-Padova, 1878; *Economía social*, Madrid, 1904) han influido notablemente el análisis de los estudiosos peruanos. Una vez más, el modelo seguido por éstos fue el evolucionismo unilineal para afirmar que las sociedades, en todo espacio y tiempo, caminan hacia el individualismo posesivo.

En lo específico, la doctrina liberal calificó la repartición anual de las tierras al interior del *ayllu* como nociva para el rendimiento económico agrario: la propiedad en común fomenta la ociosidad a causa de la precariedad de la tenencia, pues el indígena no la mejora, ni cultiva científicamente, ante la eventualidad de serle arrebatada en el próximo reparto anual. Desde este perfil, se ataca

<sup>76</sup> *Ibid.*, pp. 16, 17.

<sup>77</sup> Cfr. *Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano*, Lima, 1915, Fasc. 1, p. 215; Fasc. 3, p. 25 y ss.

<sup>78</sup> Dora MAYER DE ZULEN, *El indígena y su derecho*, Lima, Impr. J.E. Chenyck, 1929, p. 7.

el sistema tradicional de repartición anual de las tierras y se aboga por su conversión en propiedad individual.

En Tudela y Varela la propiedad privada emerge como «la única que puede servir de estímulo para el desarrollo de la agricultura y al progresivo enriquecimiento del suelo»<sup>79</sup>. Su hipótesis se apoya en las críticas que Leroy-Beaulieu y el Conde Serguei Witte, ministro ruso de transportes y finanzas, hicieron al sistema de tenencia colectivo del *mir* indoeuropeo<sup>80</sup>. El colectivismo agrario, afirma citando a Leroy-Beaulieu, crea una especie de esclavitud, porque el individuo está constreñido a la gleba, en la eventualidad de perder todas sus ventajas económicas y las de sus antepasados<sup>81</sup>. Por otro lado, la carencia absoluta de incentivo es empleado como argumento recurrente contra las formas de colectivismo, pues en éstas *nadie se preocupa en incrementar la producción más allá de lo estrictamente necesario*<sup>82</sup>. En fin, para esta posición, el sistema de propiedad colectiva indígena conduce a la pérdida de la movilidad del suelo y al menoscabo económico<sup>83</sup>.

Con lo dicho se torna necesaria una breve reflexión. En línea de máxima así como los argumentos de tipo sociológico encuentran su refugio en la doctrina tutelar de las comunidades indígenas, el recurso a observaciones de tipo económico se inserta en el núcleo del discurso liberal de los adeptos al individualismo propietario. La reflexión abierta en estos dos frentes constituirá la base del debate económico-social sobre la conveniencia del reconocimiento y continuidad de la propiedad colectiva tradicional.

Desde el perfil historiográfico, el interés de los juristas en reconstruir la propiedad indígena conducirá el análisis a cuatro estadios de evolución bien

<sup>79</sup> Véase FRANCISCO TUDELA Y VARELA, *Socialismo peruano...*, cit., p. 21.

<sup>80</sup> *Ibid.* p. 28. El argumento se repetirá en otras obras. Cfr. LINO CORNEJO, *Las comunidades indígenas en el Perú*, en diario «La Prensa» de Lima, 28 de Julio de 1917, reimpresso en *Id.*, *Estudios jurídicos*, Lima, San Martín y C<sup>a</sup> s/f, p. 34; RICARDO BUSTAMANTE CISNEROS, *Condición jurídica de las comunidades indígenas en el Perú*, cit., pp. 91 y ss.

<sup>81</sup> FRANCISCO TUDELA Y VARELA, *Socialismo peruano...*, cit., pp. 30, 31.

<sup>82</sup> El tema será objeto de discusión en el seno del *Congreso Constituyente* de 1931. Véase *Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1931*, t. 7, n° 119, 43ª sesión permanente. Debate Constitucional, viernes 2 de septiembre de 1932, intervención del representante Parodi.

<sup>83</sup> Otros autores como Manuel QUIROGA, *Evolución jurídica de la propiedad rural en Puno*, cit., p. 92 y Ricardo BUSTAMANTE CISNEROS, *Condición jurídica de las comunidades indígenas en el Perú*, cit., p. 24, se basaron en la obra de Charles GUIDE *Cours d'économie politique* para reconstruir la evolución de la propiedad rural peruana según su esquema de seis fases. Para ellos, la primera época de Gide coincide con la era pre-Inca: el cultivo es común y por ende predomina el dominio comunista de la tribu. En la segunda y tercera fase se presentan las reparticiones periódicas de los lotes de tierra asignados a cada familia. El pasaje a la propiedad familiar (tercera fase en el esquema de GUIDE) se genera durante la época del Imperio Inca, abriéndose el camino para la conformación de la propiedad individual. Durante la época del colonialismo español se verifica la cuarta etapa conocida como «régimen feudal». El último estadio del esquema evolucionista de GUIDE se presenta para el Perú en la época republicana: propiedad individual plena como estímulo al progreso, reflejo de las sociedades más desarrolladas.

definidos: pre-Inca, Inca, colonial y republicano<sup>84</sup>. Conozcamos los aportes más interesantes en esta dirección.

Metodológicamente, hemos anticipado que el recurso a la historiografía, como instrumento para comprender el fenómeno jurídico en su contexto, se atribuye la obra de Víctor Andrés Belaúnde<sup>85</sup>. La invitación consiste en analizar los estudios sobre las instituciones jurídicas del Perú antiguo utilizando la base conceptual de la escuela histórica del derecho. La reflexión en tal clave abierta permitiría explorar temáticas relativas al origen de la familia, la propiedad y Estado confrontándolas con otras civilizaciones. Para Belaúnde, el dato etnológico es un complemento ineludible en el análisis histórico<sup>86</sup>.

La exhortación belaundiana hallará eco en la obra de Carlos Valdez de la Torre *Evolución de las comunidades indígenas* (Lima, 1921). En ella, el jurista cuzqueño ofrece un panorama histórico sobre el desarrollo de las comunidades durante los períodos precolombino, colonial y republicano. La obra inicia con una descripción del *ayllu* en época pre-Inca e Inca. La estructura y evolución primitiva *ayllu* es trazada gracias a su extraordinario dominio de las obras de los cronistas y de los estudios modernos de Maine, De Greef, Saavedra y Cunow. En el estadio colonial, Valdez examina las diversas instituciones de la época (autoridad, Iglesia, encomiendas, modalidades de trabajo) en su relación con la comunidad indígena. Con la misma precisión analiza el recorrido de la legislación estatal en materia agraria sistematizando las fuentes y proponiendo ingeniosas soluciones ante la omisión legislativa del derecho de propiedad tradicional<sup>87</sup>. Ya regresaremos sobre el punto.

Hildebrando Castro Pozo publica en 1936 su segunda monografía titulada *Del ayllu al cooperativismo socialista*<sup>88</sup>. La obra, colmada de elementos histórico etnológicos, tiene por objeto exponer una particular teoría sobre destino de las comunidades indígenas: su transformación en cooperativas socialistas de producción. Entre tanto, un joven historiador del derecho, Jorge Basadre, insistía en sus primeras publicaciones sobre la novedad etnográfica de la obra castriana. Su obra, dirá Basadre, «tiene la vibrante agilidad de lo vivo»<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> V. Félix COSIO, *La propiedad colectiva del ayllu*, cit.; Ricardo BUSTAMANTE CISNEROS, *Condición jurídica de las comunidades indígenas en el Perú*, cit.; Abelardo SOLÍS, *Ante el problema agrario peruano*. Lima, Imp. y Enc. Perú, 1928.

<sup>85</sup> Evidenciando la carencia de estudios históricos en sede peruana BELAÚNDE confiesa: «son sabios alemanes, ingleses, franceses y norteamericanos los que conocen nuestra antigua vida. Pero hay algo más doloroso que eso: y es que todavía ignoramos lo que esos autores han escrito sobre la civilización del Perú.» Cfr. Víctor Andrés BELAÚNDE, *El Perú antiguo y los modernos sociólogos*, cit., p. 60.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>87</sup> Carlos VALDEZ DE LA TORRE, *Evolución de las comunidades indígenas*, cit., pp. 143 y ss.

<sup>88</sup> Hildebrando CASTRO POZO, *Del ayllu al cooperativismo socialista* Lima, Ediciones Peisa, 1973 [1936].

<sup>89</sup> Jorge BASADRE, «Ayllu, estado, familia», en *Revista de Economía y Finanzas*, 46 (1936); ID., «Hacia una historia realista de la propiedad en el Perú», en *Revista de Economía y Finanzas*, 47 (1936).



El historiador limeño, encontrará en Castro Pozo la inspiración para su clásico *Historia del derecho peruano* (Lima, 1937)<sup>90</sup>. La obra se apoya en el recorrido cultural de prominentes historiadores como Brunner, Solmi, Rianza y García-Gallo para justificar el encuentro con la época más antigua en la conceptología del derecho. Su objeto primordial es entonces la historia de las instituciones primitivas del antiguo Perú, espacio donde aborda la evolución del *ayllu* precolombino. La época prehispánica y el sistema de las fuentes del derecho colonial son temáticas medulares de su examen, a lo que cabe agregar, dada la naciente existencia de la historia del derecho peruano, un breve estudio introductorio sobre la teoría y método histórico-jurídico. Con Basadre, en fin, la reconstrucción historiográfica indigenista halla una ordenación general.

### 3.5 Temáticas

Analicemos en detalle dos grandes temáticas profundizadas por el indigenismo en materia de propiedad tradicional. Nos referimos a la precisión conceptual de la estructura agraria de las comunidades y a la propuesta de soluciones legislativas sobre su destino.

En cuanto concierne a la primera temática es posible esquematizar las contribuciones en tres áreas: estructura de la organización tradicional, conceptos, categorías y estatuto de *propiedad* agraria indígena, y diseño etnográfico de las comunidades.

#### *La estructura de la organización tradicional andina*

Si bien el grueso de la doctrina indigenista utiliza los términos «*comunidad*», «*ayllu*» y «*parcialidad*» de manera indiferente<sup>91</sup>, es conveniente notar algunos iniciales tentativos destinados a precisar científicamente la estructura general de la organización tradicional andina. Así, en Felix Cosío el *ayllu* representa un conjunto de individuos emparentados que reconocen una misma ascendencia y son poseedores en común de una misma tierra<sup>92</sup>. En términos similares, para José Antonio Encinas el vocablo responde a una extensión de territorio, compuesta por un número mayor o menor de habitantes que comparten un vínculo sanguíneo. Por su parte, el historiador Jorge Basadre lo califica como un «*conjunto de personas que se consideran descendientes de una misma rama*

<sup>90</sup> Jorge BASADRE, *Historia del derecho peruano*, Lima, Editores Edigraf S.A. 2ª ed. 1985 [1937. Editorial Antena S.A.].

<sup>91</sup> Cfr. nota n° 28. La voz «parcialidad» (*suyu* en quechua) corresponde a un término utilizado desde tiempos coloniales para denotar la idea de una parte dentro del todo en la organización tradicional andina. Su equivalente en lengua tradicional (*saya*) refiere a la división por mitad (en quechua, *aransaya*: mitad de arriba y *urinsaya*: mitad de abajo) que caracteriza el orden socio-político de los varios *ayllus* agrupados. Más antecedentes sobre la noción colonial del vocablo en ROSTWOROWSKI DE DÍEZ CANSECO, María, «La voz parcialidad en su contexto en los siglos XVI y XVII», en Amalia CASTELLI, María KOTH DE PAREDES, Mariana MOULD DE PEASE (eds), *Etnohistoria y antropología andina*, Lima, IEP, 1981, pp. 35 y ss. V. asimismo Franklin PEASE G. Y., *Ayllu y parcialidad, reflexiones sobre el caso de Collaguas*, en Id. pp. 20-45.

<sup>92</sup> En *La propiedad colectiva del ayllu*, cit., p. 19.

familiar y que trabajan la tierra colectivamente». Agrega que además de los vínculos de parentela y de religión, el trabajo común de las tierras confiere a sus miembros un nexo de tipo económico y territorial. De relevancia mayor es su demarcación conceptual de los términos *ayllu* y *marka*. Apoyándose en los trabajos de Cunow, Basadre define la *marka* como el «área de asentamiento de una comunidad o el conjunto de los habitantes de la región»<sup>93</sup>. Sabemos hoy que para muchas estructuras tradicionales andinas un conjunto de *ayllus* constituyen una *parcialidad* (saya) y que ambas parcialidades conforman la *marka*<sup>94</sup>.

En Hildebrando Castro Pozo, al interior del *ayllu* se presentan dos grandes factores: patrimonio y propiedad rural colectiva por un lado, y trabajo asociado para el bienestar de todos sus componentes por el otro<sup>95</sup>.

Las precisiones de Basadre y Castro Pozo revelan la presencia de elementos más complejos que la simple posesión colectiva de la tierra. Para la organización tradicional andina, la colaboración mutua, basada en el cumplimiento de una serie de acuerdos recíprocos y el bien común de los componentes del *ayllu* constituyen factores decisivos para determinar el derecho a la tierra de las familias.

El delineamiento conceptual no escapa a la obra de Carlos Valdez de la Torre. En su reconstrucción, los cronistas españoles designaron bajo el nombre genérico de «comunidad» a los habitantes de una «reducción» (esto es, a los pueblos de indígenas creados por la autoridad española bajo el modelo peninsular con el fin de asegurar y facilitar el pago del tributo)<sup>96</sup>. Puntualiza además que el vocablo «parcialidad» (que define como grandes barrios al interior de las reducciones) fue utilizado como sinónimo del *ayllu* por los cronistas y autoridades españolas<sup>97</sup>.

Las precisiones por entonces anotadas esclarecen el panorama del lector. La organización tradicional andina más que una simple *tenencia común* de tierra, es una forma de *vida asociada*, de organización social y económica, basada originariamente en vínculos sanguíneos que proyecta su naturaleza colectiva en el uso y trabajo común de la tierra. Al interior del espacio geográfico poseído por cada organización tradicional se establecen diversos tipos de uso agrario que serán objeto de precisión ulterior en las obras indigenistas.

### *Conceptos, categorías y estatuto de la propiedad agraria tradicional*

Bajo el perfil jurídico, la doctrina indigenista delineó las categorías de la *propiedad* tradicional y conjeturó sobre su estatuto jurídico. Veamos cuáles fueron las contribuciones en propósito.

<sup>93</sup> Jorge BASADRE, *Historia del derecho peruano*, cit., pp. 90, 91; 94, 95.

<sup>94</sup> Este esquema en Jehan VELLARD, *Civilisations des Andes*, cit., p. 128 y ss. Más recientemente v. Gilles RIVIÈRE, « Amat Jan Amtata...Caciques et « mallku » dans les communautés aymaras du carangas (Bolivie) », en Anath Ariel DE VIDAS (coord.), *Pour une histoire souterraine des Amériques. Jeux de mémoires-Enjeux d'identités. Mélanges offerts à Nathan Wachtel*, Paris, L'Harmattan, Paris, 2008, p. 73 [71-97].

<sup>95</sup> Hildebrando CASTRO POZO, *Nuestra comunidad indígena*, cit., p. 211.

<sup>96</sup> Cfr. Nota nº 28.

<sup>97</sup> Carlos VALDEZ DE LA TORRE, *Evolución de las comunidades indígenas*, cit., p. 100.

Calos Valdez de la Torre, luego de constatar la heterogeneidad de las formas de organización comunitaria en los diversos departamentos peruanos, concluye la necesidad de reconocer seis categorías de *propiedad* al interno del *ayllu*: (1) *propiedad absolutamente privada*, cuyo carácter es la libre transmisión de su tierra del titular (jefe de familia); (2) *especie de propiedad colectiva*, sujeta a repartos periódicos, con tendencia a la individualización en tierras cultivables pero de escasa productividad agrícola. Se trata de una modalidad inalienable, pero que concede derecho de sucesión en el usufructo del lote conferido. En ciertos casos, la individualización es casi absoluta, el poseedor es reputado propietario pero con la limitación de no poder enajenar su lote a terceros extraños a la comunidad; (3) *propiedad colectiva de las tierras aún no cultivadas* sea por no ser necesario o por falta de medios que permitan su explotación; (4) *propiedad colectiva ejercida por las cofradías* de los terrenos laborables dedicados a la celebración de las fiestas. Esta forma se ha fusionado con los terrenos asignados originariamente a las parroquias; (5) *propiedad colectiva de las tierras cultivables arrendadas* para obtener rentas destinadas a las *cajas de comunidad*<sup>98</sup>; (6) *propiedad colectiva de terrenos de pastoreo* no parcelados<sup>99</sup>.

Para Víctor Guevara, en su ensayo *Derecho consuetudinario de los indios del Perú y su adaptación al derecho moderno* (Cuzco, 1924), las tierras, los pastos, las aguas y los montes constituyen propiedades comunes, mientras que el ganado, las herramientas y los productos, propiedad individual o familiar. Según él, la comunidad existe exclusivamente para la defensa del *ayllu* o para las cuestiones externas a él, pero internamente resulta lotizada al fin de usufructuar sus tierras agrícolas. En cuanto a los terrenos que circundan las moradas (tierras de cultivo o *aynuqas*), la propiedad es individual o familiar en vista a la continuidad de las reparticiones anuales. Concluye de este modo que la propiedad del *ayllu* posee, al mismo tiempo, las características de colectiva, lotizada, familiar e individual<sup>100</sup>.

Hemos subrayado que el trabajo de Manuel Vicente Villarán, *Condición legal de las comunidades indígenas*, representó el primer esfuerzo destinado a establecer el estado de la cuestión sobre el estatuto jurídico de la comunidad. Según Villarán, las comunidades no existen ya que no se insertan en ninguna de las fórmulas legales establecidas por el derecho oficial, de ahí su incapacidad de comparecer en juicio como colectividad<sup>101</sup>. Sobre tal base, afirma que el sistema de tenencia agrario de las comunidades no corresponde a la posesión «en común» del derecho civil. En efecto, en la posesión pro-indiviso del derecho civil la propiedad de cada participante se basa en una parte alícuota de la

<sup>98</sup> Creadas por la autoridad colonial, eran grandes arcas de madera en las que se depositaban los impuestos recaudados y las entradas de la comunidad.

<sup>99</sup> Carlos VALDEZ DE LA TORRE, *Evolución de las comunidades indígenas*, cit., p. 164.

<sup>100</sup> Víctor J. GUEVARA «Derecho consuetudinario de los indios del Perú y su adaptación al derecho moderno», en *Revista Universitaria. Órgano de la Universidad del Cuzco*, VIII: 44-45 (1924), p. 123.

<sup>101</sup> Su hipótesis encontrará eco en gran parte de la doctrina de la época. Véase, por ejemplo, Florencio LOAYZA, *Condición legal de las comunidades indígenas*, cit.

cosa común y la división material tiene lugar sólo respecto a los frutos. Esto, a su juicio, no ocurre en las comunidades indígenas. En ellas, cada individuo posee una porción material de la tierra y los productos no son objeto de repartición. Así, para Villarán el indígena comunitario no puede hacer valer sus derechos como poseedor pro-indiviso de una cosa común, sino como pleno propietario de la parte material que posee. Todo esto ocurre, agrega, porque las comunidades no existen como personas jurídicas<sup>102</sup>.

Algunos estudiosos procurarán colmar el vacío legal por él denunciado. Los esfuerzos son entonces destinados a adecuar los tipos de uso de la tierra al interior del *ayllu* a alguna de las categorías jurídicas de la ley civil.

Ingunza Delgado señala que en el *ayllu* coexisten dos tipos de propiedad: una, bajo el régimen individualista, se compone de las parcelas de tierra labradas por cada indígena. La finalidad de éstos es apropiarse de las mismas. La otra, prevalentemente colectiva, se presenta en las más extensas llanuras, en los terrenos de altura y en las zonas abandonadas para pastoreo. Ella es identificada con la posesión pro-indiviso del derecho civil. Por consiguiente, para Ingunza la solución sobre el estatuto jurídico de la tenencia tradicional varía según el tipo de tierra en cuestión: el indígena puede ejercer todos los derechos que la legislación le concede como propietario individual de la parte que actualmente posee y puede también hacer valer sus derechos sobre la parte alícuota de los terrenos incultos, abandonados y destinados al pastoreo, como poseedor pro-indiviso<sup>103</sup>.

Para Felix Cosío los lotes poseídos por las familias de las comunidades se encuentran en una condición jurídica particular. Sus facultades de pleno dominio sobre los lotes se someten al poder del grupo. Se trata, por lo tanto, de la imposición de un orden puramente moral al interior de la comunidad que limita la libre disposición de los bienes. Este sistema, que denomina semi-comunitario, presenta en su imaginario un aspecto diverso frente a la ley y frente a la realidad: es propiedad individual según las formulaciones de la ley republicana (en referencia a los decretos de Simón Bolívar que declararon al indígena propietario del terreno que posee), pero, de hecho, se trata de una co-propiedad de grupo débilmente sostenida por la moral del *ayllu*. Este estado propietario, que define como «indeciso», lo lleva a afirmar que la propiedad del *ayllu* se encuentra en una fase de *transición* de colectivismo a individualismo. En Cosío, durante la época republicana la propiedad colectiva se mantiene únicamente en las tierras de escasa fertilidad, en los montes y en las zonas de pastoreo. En las otras áreas, cada familia siembra en el mismo lote que le fue asignado en el período precedente. Esta posesión tiende a la persistencia y, por ello, a generar propiedad individual<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> Manuel Vicente VILLARÁN, *Condición legal de las comunidades indígenas*, cit., p. 6.

<sup>103</sup> Véase Miguel INGUNZA DELGADO, *Condición jurídica de las comunidades indígenas*, cit., pp. 16, 17.

<sup>104</sup> Cfr. Felix COSÍO, «La propiedad colectiva del ayllu», cit., pp. 36, 32, 37.

Otros, como José Antonio Encinas<sup>105</sup>, consideran a los indígenas simples usufructuarios. Dada la existencia permanentemente de la comunidad como ente garante del uso y de la explotación de la tierra, la propiedad plena y absoluta pertenece a la colectividad toda, correspondiendo a cada comunero (o familia) un mero usufructo de la superficie por él explotada. Es esta la tesis vivamente sostenida por Castro Pozo en el debate sobre el texto constitucional de 1933<sup>106</sup>.

Una interpretación diversa al diseño hasta ahora planteado es presentada por Carlos Valdez de la Torre. Su tesis aborda los rastros legislativos que permitan sostener el reconocimiento legal de la personalidad jurídica de las comunidades no obstante la omisión de la ley. Para ello, ingeniosamente se apoya en los siguientes argumentos: (1) una ley de 1846 que asimila las comunidades indígenas a las comunidades religiosas y a entes públicos de instrucción o de beneficencia; (2) la resolución legislativa de 1893 que declara a los componentes de las comunidades propietarios de las tierras poseídas sin distinguir el tipo de tierras –es decir de comunidades, individuales o familiares–; (3) leyes que reconocen implícitamente a las comunidades, como el art. 235 del Código de aguas de 1902 que equipara las comunidades a las municipalidades, o la Ley vial de 1916, arts. 19 y 21, que (incidentalmente) menciona a las comunidades indígenas; (4) la jurisprudencia que ha aceptado la comparecencia de las comunidades en juicio; (5) las resoluciones administrativas que reconocen la personalidad de las comunidades, citando dos en particular: una que distingue entre bienes municipales y de comunidad, y otra que reconoce a una comunidad como propietaria de los terrenos poseídos desde tiempo inmemorial<sup>107</sup>.

En suma, para Valdez de la Torre, el reconocimiento constitucional de las comunidades plasmado en los artículos 58 y 41 de la Constitución de 1920 (que menciona, dado la fecha de su monografía, 1921), es sólo la coronación del espíritu de la legislación republicana y del trabajo desarrollado por los órganos públicos a partir de la segunda mitad del siglo XIX.

Los trabajos referidos nos conducen a una inicial reflexión. Ciertamente, sistema agrario andino no es sinónimo de *propiedad colectiva*; al interior de las comunidades se presentan diversas formas de tenencia que escapan al habitual binomio «individual-colectivo». Pero hay más, el acceso a la tierra se encuentra condicionado al cumplimiento de una serie obligaciones recíprocas de matriz tradicional (sistema de trabajo mutuo, cargos, etc), razón por la que no es permitido objetivizar la relación entre el sujeto y la tierra en los términos presentados por la doctrina occidental. En definitiva, anunciemos que a partir de la reflexión indigenista resulta evidente la incapacidad de las categorías occiden-

<sup>105</sup> En *Contribución a una legislación tutelar indígena*, cit.

<sup>106</sup> Véase *Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1931*, t. VI, n° 113, 39.ª sesión permanente, Debate Constitucional, viernes 26 de agosto 1932.

<sup>107</sup> Así, Carlos VALDEZ DE LA TORRE, *Evolución de las comunidades indígenas*, cit., pp. 158 y ss.

tales de abrazar el sistema andino tradicional, pues éste responde a una cosmovisión diversa al esquema propietario del jurista etnocéntrico <sup>108</sup>.

### *El diseño etnográfico de las comunidades*

Hemos anunciado que en base a los datos recogidos de la realidad (observación directa, entrevistas, referencias estadísticas, informes de visitadores fiscales, etc.) destacados juristas propusieron diversas clasificaciones de las comunidades desde un enfoque atípico. Tales aportes, junto a los estudios liderados por estudiosos extranjeros, cimientan la bases del diseño etnográfico de la comunidad andina que será más tarde desarrollado por la antropología en sede peruana.

Apoyándose en la observación directa, Ingunza Delgado <sup>109</sup> clasifica las tierras al interior del *ayllu* según el criterio del *cultivo*: (1) tierras de carácter individual. Formadas por las extensiones de cultivo que han sido repartidas y confirmadas desde años reconociendo dominio exclusivo (para el autor se trata de una propiedad individual relativa ya que admiten enajenación sólo entre los indígenas de la comunidad); (2) tierras no irrigadas destinadas al cultivo de papas y trigo. Se encuentran en terrenos próximos a la comunidad, son dejadas en reposo durante uno o dos años antes de continuar con su explotación; (3) tierras sin cultivo, pastizales y bosques. Pertenecientes a todos los habitantes de la comunidad, son explotados en forma mancomunada para el pastoreo o recolección de leña.

Atendiendo al tipo de *propiedad* preeminente al interior del *ayllu*, Carlos Valdez de la Torre ordena las comunidades en cinco categorías: (1) comunidad agraria absoluta, que considera de existencia dudosa; (2) comunidad mixta, compuesta por propiedad privada (en los terrenos con mejores condiciones agrícolas) y propiedad comunal con tendencia a la individualización (en los terrenos de inferior calidad) –Cuzco, Cajamarca, Piura, Ayacucho, Huánuco, Junín–; (3) comunidad casi nominal, donde permanecen colectivos sólo los terrenos de pastoreo –Puno, parte de Junín, Piura–; (4) comunidad para la explotación de las aguas de regadío, donde el vínculo agrario se traduce en la imposibilidad de enajenar los lotes a forasteros –Ticaco–; (5) comunidad nominal, destinada a la reunión de sus componentes exclusivamente para la ejecución de obras de interés común –costa de Ancash y algunos departamentos del norte–. Agrega que muchas de las comunidades que poseían terrenos de pastoreo entraron en esta categoría a causa de la usurpación de sus terrenos por parte de los hacendados <sup>110</sup>.

Considerando la *actividad productiva* principalmente desarrollada, Hildebrando Castro Pozo en *Nuestra comunidad indígena* clasifica las comunidades en agrícolas, agrícolas de crianza, de pastoreo y aguas, y de explotación, subrayando que ninguna de ellas puede tener un carácter en forma absoluta. En su relato, presenta una realista descripción de la comunidad de pastoreo: «*está compuesta de tres o cuatro familias, de menos de cuatro miembros cada*

<sup>108</sup> Son las reflexiones desarrolladas en un reciente trabajo. V. nota n° 27.

<sup>109</sup> En *Organización de la propiedad rural en la sierra*, cit. pp. 14, 15.

<sup>110</sup> Cfr. Carlos VALDEZ DE LA TORRE, *Evolución de las comunidades indígenas*, cit., p. 165.

una y radicadas a corta distancia en pequeñas, redondas y muy bajas chozas de piedra o champones de paja, con una puertecilla a raz del suelo que sirve a dar de entrada a la sola pieza donde cocina y duerme toda la familia y donde guarda todo lo que es necesario para alimentarse, a lo más durante quince días»<sup>111</sup>.

La obra de Castro Pozo se nutre de datos etnográficos, su reconstrucción se enriquece gracias a una descripción detallada de los diversos aspectos de la vida comunitaria (ganado, alimento, estado moral, fiestas, bailes, sistema de gobierno, formas de trabajo, etc.), ambiente tan extraño al jurista de escritorio de entonces. Se trata entonces de un esquema que intenta desplazar el clásico enfoque de los estudios jurídicos mediante el recurso a elementos recabados de la realidad y a fuentes lejanas al código y a la dogmática jurídica<sup>112</sup>.

El esquema etnográfico de Castro Pozo continúa su maduración, con un mejor matiz historiográfico, en su monografía *Del ayllu al cooperativismo socialista*. Datos estadísticos y demográficos, el análisis de experiencias cotidianas relativas a la crianza, ganado, industrias agrícolas y zootécnicas, y una descripción de la dimensión agrícola-económica del *ayllu*, son los apuntes que sostienen su teoría sobre la viabilidad y vigencia económica de la comunidad, auspiciando la evolución de ésta al modelo del cooperativismo socialista de producción<sup>113</sup>.

Finalmente, una vez establecido el esquema evolutivo-cultural de las formas tradicionales de tenencia y los problemas derivados de su omisión legislativa, la doctrina se aboca al desafío de instituir una legislación agraria tutelar para el indígena, tema de alcance no menor, pues relacionado intrínsecamente con la disyunción sobre el reconocimiento jurídico o disolución de la comunidad.

Una primera propuesta invita a la *supresión radical* de la *comunidad*. Declarada extinta, los indígenas serían considerados propietarios individuales de las tierras que detentan. Se trata de la posición «progresista-liberal», alentada por los sostenedores de la decadencia de la raza indígena y de la preeminencia económica de las formas de apropiación individual, en cuanto sistema civilizador y estimulante del progreso de los pueblos<sup>114</sup>.

La segunda postura aboga por la *supresión gradual* de la *propiedad* colectiva. Se trata de la «posición moderada» sostenida por la mayoría del movimiento<sup>115</sup>. Para ésta, el desarrollo socio-cultural de los pueblos conducirá

<sup>111</sup> Hildebrando CASTRO POZO, *Nuestra comunidad indígena*, cit., p. 22.

<sup>112</sup> *Ibid.* pp. 38, 43, 49 y ss.

<sup>113</sup> Hildebrando CASTRO POZO, *Del ayllu al cooperativismo socialista*, cit., pp. 177 y ss.

<sup>114</sup> Véase, por ejemplo, Alejandro SOTELO, *La existencia de las comunidades de indígenas en el Perú es perjudicial al progreso industrial y al adelanto de los pueblos*, Lima, Lib. e Imp. de E. Moreno, 1911; Felipe S. ZIRENA, *El problema social de la raza indígena en relación con el régimen fiscal sobre el dominio de la propiedad rural*. Tesis para obtener el grado de Doctor en Jurisprudencia, Universidad del G.P.S. Agustín, Arequipa: Tip. Gutemberg, 1920, p. 48.

<sup>115</sup> Véanse obras citadas de VILLARIÁN, INGUNZA DELGADO, DENEGRI, VALDEZ DE LA TORRE, COSIO y BELAÜNDE (sobre este último en: *La realidad nacional*, Tercera Edición [1ª 1930] Lima, Talleres Gráficos P. L. Villanueva, S. A., 1964, pp. 189 y ss.). A fin de determinar la

gradualmente a la transformación de las prácticas agrarias colectivas de la comunidad en propiedad individual o, cuando menos, en una institución similar al *homestead* anglosajón.

Una tercera y última propuesta consiste en el ya anticipado planteamiento de Hildebrando Castro Pozo<sup>116</sup>. La moción, conocida como «socialista reformista» (o tutelar), sugiere la continuidad de la comunidad bajo la modalidad de *cooperativa de consumo socialista*. Para sus sostenedores, dicho régimen mantendría al campesino indígena como usufructuario de la tierra al interior del régimen colectivo de la comunidad, no consintiendo el crecimiento de la propiedad individual, la cual conduciría, a largo plazo, a su disolución.

Las diversas propuestas serán objeto de discusión en la Asamblea Nacional de 1919 y particularmente en el seno del Congreso Constituyente de 1931. Las sesiones de este último coinciden con la época más floreciente del indigenismo jurídico. Como afirma Jorge Basadre, la creciente importancia del indígena en la conciencia nacional se refleja en los largos discursos pronunciados durante el Congreso Constituyente. Fue de esta forma que el salón de sesiones se convirtió en una aula donde tuvieron lugar verdaderas conferencias sobre derecho indígena<sup>117</sup>. En definitiva, la voz tutelar encontrará una sucinta pero significativa recepción en los textos constitucionales de 1920 y 1933, y en el Código Civil de 1936<sup>118</sup>. La comunidad y sus prácticas tradicionales gozan de un primer estatuto jurídico asegurándose ahora su subsistencia formal.

---

suerte jurídica de las formas de propiedad al interno del *ayllu*, resultan interesantes los esfuerzos de ordenación de Felix COSIO y Ricardo BUSTAMANTE CISNEROS. Frente a los tres tipos de tierras presentados por Felix Cosio (tierras de propiedad individual en zonas de posesión continua, tierras comunitarias en zonas distribuíbles periódicamente, tierras indivisas en zonas de pastoreo y montes), el autor afirma que la ley debe considerar al *ayllu* como una *persona jurídica* capaz de derechos colectivos respecto a las tierras comunes de pastoreo y montes. COSIO presagia que el régimen colectivista desaparecerá paulatinamente, siendo tal proceso preferible a una reforma radical contra la propiedad indígena. V. Felix COSIO, *La propiedad colectiva del ayllu*, cit., p. 98. En la misma línea, Ricardo BUSTAMANTE CISNEROS propone tres soluciones según el tipo de terreno que se trate: (1) para las tierras incultas o abandonadas (pastizales, montes y otras tierras indivisas) la medida más acertada es su reconocimiento y protección por parte del Estado. Deben ser declaradas *propiedades colectivas de la comunidad* y a ellas el Estado debe reconocerle *personalidad jurídica*; (2) para las tierras de escasa fertilidad, donde la explotación se realiza en base al sistema tradicional de rotación periódica, propone que la tierra sea poseída y trabajada continuamente sin reposo de modo tal que con el tiempo el indígena devenga *propietario individual*; (3) para las tierras de posesión individual sostiene que deben cumplirse las normas republicanas, esto es, perfeccionar la legislación bolivariana que declaró a las comunidades propietarias de los terrenos que cultivan, debiendo precisarse quienes son los titulares y cómo proceder a la división de las tierras. Cfr. Ricardo BUSTAMANTE CISNEROS, *Condición jurídica de las comunidades de indígenas en el Perú*, cit., pp. 112 y ss.

<sup>116</sup> En *Del ayllu al cooperativismo socialista*, cit. La tesis había sido expuesta en el Congreso Constituyente de 1931. V. *Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1931*, t. VI, n.º 113, 39.ª sesión permanente, Debate Constitucional, viernes 26 de agosto de 1932.

<sup>117</sup> Cfr. Jorge, BASADRE, *Historia de la República del Perú 1822-1933*, 7.ª ed., Lima, Editorial Universitaria, 1983, t. X, p. 263.

<sup>118</sup> Se trató de los primeros reconocimientos legislativos de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas. Véanse arts. 41 y 58 de la Constitución Política de 1920; 207 y ss. de la Constitución Política de 1933; 70 y ss. del Código civil de 1936.



#### 4. NOTAS CONCLUSIVAS

Las coordinadas trazadas en estas páginas nos permiten indicar algunas breves reflexiones conclusivas sobre la trascendencia del movimiento en su dimensión agraria.

– El indigenismo moderno representa un movimiento ideológico intersectorial de denuncia social sobre la precaria situación del indígena. La ausencia de una legislación tutelar y de un estatuto jurídico relativo a la propiedad rural tradicional fueron las premisas a partir de las cuales la corriente extiende sus consideraciones en su perfil jurídico.

– En su nacimiento, el indigenismo jurídico se nutre de la antropología y sociología evolucionista. Si bien prevalecen los estudios «de escritorio», el recurso a la técnica etnográfica y etnológica presente en ciertas obras permite una primaria fotografía de la condición y contexto de la comunidad indígena de entonces. En este panorama, el indigenismo jurídico comportó un precoz contacto entre juristas y ciencia antropológica. Las proyecciones del movimiento conducirán, en torno a los años cincuenta, al mecanismo inverso, o sea, al acercamiento de los antropólogos a la arena jurídica en su análisis de temáticas concernientes a la familia, la propiedad y al sistema de autoridades tradicionales.

– El indigenismo jurídico anuncia temáticas que, no siendo el objeto principal de su reflexión, se proyectarán en áreas como la antropología, sociología, historia y economía. Entre éstas: el concepto de comunidad, sus orígenes, sistemas de trabajo, la reciprocidad, formas de producción comunitaria, etc.

– El indigenismo jurídico representa una inicial respuesta de la clase intelectual peruana al clasicismo jurídico del siglo XIX. El esfuerzo en comprender el derecho en su contexto operativo, la crítica a la ley emanada con criterio general y abstracto, y la consiguiente denuncia del abismo entre realidad y legislación, sitúan al movimiento en la base del racionamiento jurídico de tipo sociológico.

– En el eje agrario, la continuidad de la propiedad colectiva indígena, las formas de tenencia tradicionales y las propuestas de un estatuto jurídico idóneo, fueron los principales temas desarrollados por la corriente. Asimismo, las informaciones etnográficas permitieron delinear el sistema rural tradicional desde nuevas y actualizadas perspectivas consintiendo reflexiones libres del convencionalismo colonial-republicano.

– El vano esfuerzo de los juristas en adecuar el sistema de tenencia tradicional al esquema de la propiedad ligada al código evidencia el carácter híbrido del derecho a tierra en los Andes frente a la dogmática de la propiedad importada en la zona.

– El indigenismo jurídico refuerza la base teórica de otras formas de indigenismo (cultural, político y literario). En cuanto voz de denuncia del sistema gamonalista, el movimiento estimuló la narrativa sobre la usurpación de las tierras de comunidad. Las obras de Ciro Alegría (*El mundo es ancho y ajeno*, 1941), José María Arguedas (*Yawar fiesta*, 1941) y Manuel Scorza (*Redoble por Rancas*, 1970) son ejemplos de primer orden. La constante presencia del dato jurídi-

co y el recurso al subterfugio legal para justificar el engrandecimiento de la hacienda a costa de las tierras de comunidad, simbolizan en ellas un trascendente vínculo entre derecho y narrativa moderna andina.

– Las proyecciones del movimiento van más allá de la dimensión jurídica. Sin embargo, al interior de ésta es preciso enfatizar una reflexión final. Fijando su atención en las problemáticas locales, la ciencia jurídica peruana supo cancelar implícitamente la visión etnocéntrica que ha tradicionalmente caracterizado el examen del derecho local en Latinoamérica. Creemos que la experiencia peruana de principios de siglo debe ser revalorizada, pues enseña al jurista la potencialidad del análisis interdisciplinario al fin de abrazar el rico tesoro que representa la cultura jurídica alternativa andina.

RODRIGO MÍGUEZ NÚÑEZ

## BIBLIOGRAFÍA



**AGUILERA BARCHET, Bruno. (coord.): *El Derecho en la época del Quijote*. Thomson–Aranzadi, Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales y la Facultad de Droit Paris 12. Madrid 2006, 258 pp. ISBN: 84-8355-103-9.**

Este libro es el resultado de un trabajo de conjunto en el que se han recogido las colaboraciones de los más eminentes expertos en la época del Quijote desde el punto de vista jurídico. Con motivo de la celebración en 2005 del Centenario de la publicación del Quijote fueron muchos los trabajos individuales y colectivos que vieron la luz, pero no se había enfocado desde el punto de vista jurídico, y este trabajo viene a cubrir este importante vacío. El profesor Aguilera Barchet no solo ha llenado con solvencia una laguna historiográfica, sino que además ha desbrozado el camino a futuros investigadores gracias a las importantes reflexiones de los nueve trabajos de grandes expertos en la materia de los que se compone el libro: D. José Antonio Escudero; Dña. Marta Lorente; D. Gonzalo Martínez; D. Gian Paolo Massetto; D. Tomas Montagut; D. Gonzalo Santonja; D. Eric Gilardeau; D. Ignacio Ruiz Rodríguez, además del propio Coordinador D. Bruno Aguilera Barchet.

La transformación del Derecho fue uno de los elementos más destacados en el siglo XVI, y por supuesto en una obra de tanto sabor social es muy importante el análisis jurídico para comprender el ambiente en que Miguel de Cervantes escribió su famosa obra. Los artículos, que son en realidad capítulos de un libro, recuperan a lo largo de sus líneas la importancia de una obra literaria para conocer un mundo jurídico, tan lejano y tan próximo al mismo tiempo, lo que se ha venido en llamar el Siglo de Oro español, un mundo jurídico e institucional tan familiar para el «manco de Lepanto».

El Libro comienza por un capítulo realizado por el propio coordinador en el que pone de relieve con claridad y maestría cómo el Quijote es una fuente jurídica de gran interés para comprender el Derecho cotidiano de aquellas décadas, un Derecho alejado en muchos casos del que se enseñaba en las aulas universitarias, y de las que el propio Cervantes tenía noticia pues el abuelo de Miguel de Cervantes se licenció en leyes en Salamanca. Se trata en suma de un análisis en la línea de lo que la historiografía ha presentado hasta ahora como novela jurídica. Le sigue un estudio de D. José Antonio Escudero, seguramente el mayor experto en Inquisición y maestro de una extensa escuela a la que me honro en pertenecer, quien dedica su capítulo a esta cuestión, la Inquisición en tiempos del Quijote, que fueron además los tiempos de mayor esplendor de esta Institución y que tanto reflejo tiene en la reacción de los personajes de la obra literaria. Por su parte el trabajo de la Profesora Marta Lorente trata sobre un aspecto poco conocido de las relaciones entre la Corona y las Cortes en esta época. Ciertamente las Cortes

Castellanas en los reinados de Carlos I y Felipe II perdieron su papel de representantes del Reino, pasando a ejercer esta función las oligarquías municipales, utilizando el subterfugio del contrato de millones para mantener de alguna forma el tradicional pactismo medieval castellano. La profesora Lorente contradice sabiamente a la historiografía tradicional que negaba la existencia de tal modelo de relación política, y defiende con enorme inteligencia la reaparición subrepticia de este nuevo pactismo.

El capítulo de D. Gonzalo Martínez Díez, es un ejemplo de maestría, de sabiduría dilatada en el tiempo que utiliza para situar la historia del territorio manchego, por donde deambula el Quijote, en el espacio-tiempo de la historia de Castilla, desde los tiempos remotos de la reconquista hasta el advenimiento del Estado liberal, consolidado en 1833 con la División provincial de Javier de Burgos que dotó de identidad propia a las tierras de La Mancha. El mismo tenor sigue el trabajo del profesor Gian Paolo Masetto comparando la situación peninsular con la de Italia en aquellos tiempos y en concreto en el ámbito de la administración de justicia. Italia en tiempos del Quijote, no lo olvidemos, formaba parte de la Monarquía Católica y por eso contaba con su propio Consejo en la corte española, para poder conocer y gobernar los territorios de Milán, Nápoles o Sicilia. Cervantes conocía bien Italia porque en su juventud tuvo que huir a Roma como consecuencia de una reyerta, y sin duda influyó en su forma de ver el mundo del Quijote.

Por su parte el profesor Montagut se centra en la figura de un eminente jurista catalán Lluís de Peguera, que fue contemporáneo de Cervantes, y que sirve de excusa para explicar las complejas relaciones entre la Corona de Aragón y la Monarquía Católica. Por su parte el Profesor Eric Gilardeu de la Universidad de París XII utiliza el episodio de los molinos de viento para compararlo con un episodio de la historia jurisprudencial del Parlamento de Toulouse, el principal órgano judicial de la región en Francia, y explicar el interés jurídico de la novela picaresca que fue continuadora de la preocupación social del Quijote.

Esta obra se enriquece notablemente con la participación de especialistas en otras disciplinas no jurídicas, como el profesor Gonzalo Santonja director del Instituto castellano y leonés de la Lengua, y quien dedica su aportación a este trabajo a las relaciones entre Cervantes y el Duque de Béjar, D. Alonso, un Grande de España a quien el autor del Quijote dedico su obra aunque con un mensaje subliminal para el lector avezado.

Por último destaca el interesantísimo trabajo del profesor Ignacio Ruiz Rodríguez, experto conocedor de la historia de Alcalá de Henares, en cuyo trabajo nos retrotrae los tiempos del Quijote, cuando ésta fue la ciudad natal de su autor, analizando la vida de la ciudad universitaria, la enseñanza de Derecho, el contraste entre lo académico y el mundo popular que conoció Cervantes.

No quiero concluir sin destacar la magnífica edición de este trabajo, cuidada y con la reproducción ilustrativos grabados que ambientan al lector, lo que ya no es frecuente entre los trabajos de contenido científico como es el que nos ocupa.

El profesor Aguilera Barchet, con su sabiduría y buen hacer, ha logrado reunir un ramillete de personalidades en un trabajo de conjunto que mantiene el nivel exigente y la unidad de contenido, abriendo además por su originalidad, nuevas miras al mundo de la historia jurídica.

FERNANDO SUÁREZ BILBAO

**ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio (coord.). *Estudios jurídicos sobre el Franquismo. La familia ideal y otras cuestiones*. Prólogo de Enrique Gacto Fernández. Editorial Dykinson, Madrid, 2009. 373 pp. ISBN 978-84-984-767-0.**

Una vez adquirida cierta madurez temporal, pasados los años como una suerte de remedio que trata de evitar tanto el miedo como la ira, aquellas dos pasiones que, de acuerdo con Tácito, podían nublar el quehacer de todo historiador, una vez que se ha consolidado un nuevo sistema político constitucional y democrático, dotado de una aparente estabilidad a prueba de cataclismos, bombas, revoluciones y demás, el Franquismo ha dejado aparentemente de ser objeto de confrontación (*garzonadas* al margen) y ha pasado a ser objeto historiográfico, objeto de la Historia, objeto de la reflexión crítica que desde diferentes puntos de vista se puede efectuar respecto a aquel amplio periodo de la reciente Historia de España, un periodo no uniforme, sino variado en su desarrollo, con diversas etapas que apenas guardan parecido más que en la conservación de unos protagonistas comunes, también ellos en estado de evolución continuada. El Franquismo ha de ser patrimonio de los historiadores y no de los políticos (mucho menos de los jueces mesiánicos). Desde la muerte del dictador en 1975, han sido abundantes los estudios que han tratado de explicar qué fue el Franquismo y cómo fue el Franquismo, recurriendo a muchos enfoques y plurales perspectivas, desde las más vinculadas a la larga duración del fenómeno político en su conjunto y de los otros fenómenos que lo acompañan (la estructura social, su economía, su cultura, sus manifestaciones artísticas, sus relaciones internacionales, etc.), pasando por instituciones concretas indispensables para conocer el proceso de construcción y de consolidación del régimen (Falange, el Movimiento, la Iglesia), hasta aquellas otras ligadas a acciones constantes a lo largo de toda su existencia, pero puntuales en cuanto a su ejecución efectiva (la represión, la persecución enconada de toda forma de oposición, la obsesión por el orden público). Con todos esos mimbres, ha llegado ya el momento de que el Franquismo pase también al territorio de la Historia del Derecho por un simple motivo: la edificación del régimen político no podría haberse realizado sin la participación destacada del Derecho, como mecanismo instaurado precisamente para solidificar todo lo que la confusa ideología que inspiraba al Movimiento Nacional tenía en su base. Por ese papel decisivo otorgado al Derecho como orden institucional y por esa labor indispensable que el Derecho desarrolló para afianzar el régimen, el Franquismo fue también protagonista de una cultura jurídica, de un conglomerado de ideas que tuvo en el Derecho aquella fórmula magistral con la cual convertir sus propósitos utópicos en realidades tangibles, con mayor o menor fortuna, que hizo del Derecho el depósito final donde se volcaban sus idearios. Se le puede achacar así un déficit de legitimidad, cuestión discutible y sometida a interpretaciones diversas, pero no de legalidad, formalmente hablando, puesto que el Derecho se incorporó desde los primeros momentos germinales del régimen a esa obra de elaboración de un nuevo Estado, en el que se combinaban tradicionalismo, carlismo, catolicismo, sindicalismo y falangismo en diversas dosis, en una no muy coherente, ni unificada síntesis que explica ese crisol de sensibilidades políticas que coexistieron en los aledaños del régimen a lo largo de toda su existencia. El Franquismo ha pasado a ser objeto de debates desde el punto de vista científico y también se ha producido ese acercamiento polémico desde el campo de la Historia del Derecho. Ésta reclamaba su lugar y su lógica proyección sobre ese período que va desde 1936 a 1975. Se ha procedido en sucesivas oleadas a desentrañar el espíritu de ese antiguo régimen a partir de muchos de sus componentes, tanto sociales como políticos, tanto militares como literarios o cultu-

rales. En todos ellos, hallamos posturas enfrentadas, acaso porque la Historia no se puede trazar con la simplicidad de un blanco o de un negro, olvidando la cantidad de matices grises intermedios, sus gradaciones diversas y las corrupciones metodológicas de partida en muchos supuestos, los prejuicios, las ideas preconcebidas, las fobias y también las filias que pueden acabar por anular todo trabajo histórico bien planteado. Hoy, gracias a ese tiempo sanador transcurrido, a ese nuevo sistema político que nos rige, a los impulsos oficiales para recuperar esa «memoria histórica» (término que es en sí mismo una contradicción, pero nadie ha exigido a la patética clase política que nos gobierna que sepa hablar y, mucho menos, que sepa leer o escribir), el Derecho se ha incorporado a las materias que puedan ser estudiadas en relación con aquel periodo histórico. El Derecho del Franquismo ha adquirido la condición de material digno de ser historiado por cuanto que pertenece a un pasado inmediato, sin perjuicio de que muchas de las normas actuales procedan, directa o indirectamente, de aquel tiempo: o bien tuvieron su origen inmediato en tiempos de Franco o bien fueron transmitidas hasta nuestros días como parte del ordenamiento jurídico de esa época. El Franquismo mantuvo en esencia el conjunto de Códigos heredados del liberal siglo XIX, sin perjuicio de especializarse, como toda dictadura, en el ámbito penal represivo, acaso porque los sistemas autoritarios y totalitarios, que carecen de Constituciones en sentido normativo, quieren ver en el Código Penal lo más parecido a una Constitución en su forma negativa (si la Constitución marca lo que puede hacerse, el Código sancionaría lo que no puede hacerse), escondiendo en una variada normativa criminal que castigaba cualquier disidencia, por nimia que ésta fuese, su ideal diseño del Estado, de sus valores, de sus ideas, de sus fines y de sus poderes. Hay que buscar, pues, el específico Derecho franquista, no el heredado de periodos anteriores, aunque modificado en algunos aspectos puntuales, y luego trasladado a nuestro presente, sino el que lo singulariza como régimen político. Hay que buscar el Derecho que define el Franquismo y, por extensión, la cultura jurídica que aquél alumbra. El Derecho interesa cada vez más por todo lo que trae consigo. No sólo el análisis de las normas, frío e impersonal si se queda en la sola enumeración de preceptos, sino la conformación paulatina de toda una cultura centrada en la ideología del momento y en la expresión normativa de esa ideología, con sus aditamentos indispensables constituidos por la labor del poder en sus variadas manifestaciones (tribunales administración, policía, ejército) y por el callado trabajo de los juristas, teóricos y prácticos, universitarios y ajenos a la universidad, que, otra vez más en la Historia, fueron servidores probos de los designios del poder sin mucho espíritu crítico y con no poca complacencia (y autocomplacencia). Ese conglomerado muestra una experiencia jurídica al servicio de un ideario. En esto el Franquismo, no fue excepción. Todo orden político emplea los instrumentos vinculados a la realidad estatal para trazar su proyecto social, su diseño de la sociedad que quiere y que inspira su ideología. Por medio del Derecho, conjunto de normas vinculantes, imperativas, coactivas, se esboza y se acaba por plasmar el conjunto de principios, de conceptos, de valores, de categorías, que introduce un pensamiento y que quieren convertirse en realidades efectivas. Nada más sencillo en una dictadura además, donde la ausencia de cualquier forma de oposición política, impide el juego de una opinión pública no oficial, impide cualquier resistencia y hace que la voluntad del líder, comoquiera que la misma se haya podido formar, sea la depositaria de la esencia del Derecho en su integridad. A través del Derecho del Franquismo podemos encontrar explicaciones de la ideología que sustentaba el régimen, de esa amalgama mal ensamblada que tomaba elementos de aquí y de allá. Muchas veces sin mucha coherencia mental, pero siempre con simplicidad y con afán de propaganda. Y podemos ver las ensoñaciones, deseos, utopías, sueños o pesadillas, propósitos e intenciones que guiaban a los gobernantes, sus mitos, tanto los que se querían materia-



lizar (ligados a las más inmortales tradiciones donde, se decía, se podía hallar encarnado el ser hispánico, aquella Hispanidad, teorizada por Ramiro de Maeztu) como aquellos otros que se querían combatir con dureza sancionadora, eliminación física, *damnatio memoriae* y castigo de conductas, todo ello para recuperar esplendores de antaño (conductas reprimidas que aparecían vinculadas, en su mayor parte, de modo indefectible, a la Segunda República como periodo en el que se sepultan de modo consciente los valores sempiternos de esa tradición de siglos de Historia que en ese momento felizmente parecían recuperarse). El Derecho nos permite acceder a la ideología que está en su base, ideología concebida como cosmovisión que abarca todo el espectro social; la lectura de las normas y su realización nos aportan datos acerca del calado de esa ideología, acerca de su modo específico de resolverse en la vida cotidiana, acerca de la asimilación cultural en su conjunto de ese legado jurídico. El Derecho permite, pues, conocer más y mejor aquel sistema político. Es una radiografía casi perfecta de su espíritu inspirador.

La presente obra que brevemente pasamos a comentar es una muestra de cómo la historiografía puede adaptarse a esos nuevos campos de investigación sin que se produzcan cambios traumáticos, sino, antes bien, procurando búsquedas de nuevos caminos e inquietudes, dirigidos a esos nuevos frentes abiertos. Hay que saludar, pues, esta publicación que nos va a trazar algunas de las claves y de los perfiles del Derecho franquista, sobre todo, del perteneciente a sus primeros años de existencia, esos primeros años de la Victoria, con camisas azules y correaes, cara al sol y racionamiento, años dolorosos, hambrientos, complejos, convulsos, de consolidación deseada, de incertidumbre percibida, de numerosos ensayos, exitosos unos y culminados con estrepitosos fracasos otros, en un proceso conducente a dar al régimen toda la legalidad de la que precisaba, todo el armazón jurídico necesario para que ese Estado pudiese comportarse, al menos formalmente, como un Estado de Derecho, regido por el Derecho, dirigido por el Derecho, ordenado por él, aunque, como bien se puede entender, apenas limitado por ese mismo ordenamiento que lo fundaba, debido a la subsistencia de ciertos resortes voluntaristas que impedían la materialización de esa fórmula jurídica superior que es el Estado de Derecho en sentido material. Un Estado, el nuevo, que se comportó con respeto reverencial a la tradición, pero que tampoco renegó totalmente del presente, que no tuvo Constitución, pero sí unas Leyes Fundamentales (que se plegaban mejor a la Historia de nuestros textos constitucionales y a la nomenclatura ideada por nuestro escritores políticos del pasado), que no fue una democracia al modo occidental contemporáneo, sino una democracia orgánica, en la cual el individuo, casi como en el Antiguo Régimen, veía condicionada su posición civil por la pertenencia a alguna de las instituciones básicas que vertebraban la vida política (familia, municipio, sindicato), con proclamaciones formales y retóricas de derechos y libertades de todo signo que luego la dinámica vital se encargaba de desmentir, todo presidido por ese Caudillo, dignatario por la gracia de Dios, y por ese Movimiento, ideológicamente formado por retales del conservadurismo, la ortodoxia y el pensamiento reaccionario patrios, adornado con coros y danzas, sindicalismo vertical, corporativismo al estilo italiano, autarquía, ambigüedad y aislamiento (durante, al menos, sus primeros años de vida), es decir, una dictadura singular, en ningún caso totalitaria, sino autoritaria, muy autoritaria, al estilo latino, alejado con mucho de los delirios, abusos y excesos de otros modelos coetáneos como el alemán, el soviético o el chino.

El Profesor Gacto Fernández inaugura la obra con un Prólogo (pp. 13-16) en el cual elabora una presentación formal de la obra. Franquismo y Derecho son realidades conexas, fuertemente conectadas porque el primero imprime al segundo el sello de su ideología, pero ésta, a su vez, precisa de ese conjunto de preceptos para conformar un

entramado normativo llamado a convertirse en realidad tangible. Toda sociedad, incluso la más ínfima, requiere del Derecho para constituirse y requiere, por ende, de la legalidad en potencia y en acto. Singulariza ese primer Franquismo normativo, como se pondrá de manifiesto al glosar cada trabajo concreto, una proliferación normativa de diverso nombre y plural jerarquía (leyes, decretos, órdenes, reglamentos, etc.), confusamente planteadas e imbricadas entre sí, dictadas sin mucho orden, ni tampoco mucho concierto, que aspiraban a consolidar la legalidad formal como vía para la obtención de una legitimidad moral, cuando menos cuestionable para con el nuevo Estado. Eran años duros y difíciles los que siguieron a la Guerra Civil y ello puede explicar el desorden, el desconcierto, la premura con que se usaba el Derecho para acelerar la consecución de objetivos inmediatos, los ensayos, la sensación de pendencia y de provisionalidad, la ausencia de un mínimo de calidad en la normativa planteada debido a la falta de preparación técnica de los redactores, la falta quizás de un Estado fuerte y planificador detrás de todos estos ensayos (dado que el Derecho era el encargado de dar forma a ese nuevo Estado que no se había formado plenamente). A pesar de ser trabajos, los aquí agrupados, referidos a esos primeros años del Franquismo y a pesar de todos los defectos técnico-jurídicos avanzados, sin embargo, el estudio de esa masa normativa es muy importante porque en ella hallamos en fase de cristalización muchos de los idearios que el régimen quería llevar a la práctica, muchas de las ideas que tenía en la recámara para diseñar la sociedad, la familia, la moralidad, el Estado, el mundo, para ser esa reserva espiritual de Occidente, esa unidad de destino en lo universal, como el propio régimen se encargaría de afirmar en multitud de ocasiones. En esas primeras normas, están los elementos ideológicos más puros, si podemos llamarlos así, los que reproducirían de un modo perfecto el esqueleto conceptual que el Franquismo traía consigo: sus proclamas, sus discursos, sus tópicos manidos, su retórica, convertidos, con el paso del tiempo y el desvanecimiento de la utopía primera al entrar en contacto con la realidad, en recuerdos evanescentes que se mantendrían como tópicos insustanciales por largo tiempo, como acierta a señalar el prologuista en p. 16, difíciles de erradicar, pero absolutamente inocuos.

Y, ¿cuáles son esas bases? ¿Cuáles son esos elementos fundadores de la confusa ideología del Franquismo, de su diseño arquetípico de la nueva sociedad, del nuevo Estado, plasmados en normas concretas? ¿Sobre qué frentes específicos se proyecta ese caudal normativo? Pues, por ejemplo, en la configuración de la perfecta casada como modelo femenino por antonomasia, estudiado a partir de la legislación educativa por María José Muñoz García («Único destino: perfecta mujer casada», pp. 17-64), donde se examina la visión tradicional, sepultada por la República y recuperada por el Franquismo, acerca de la familia y del rol que corresponde a cada uno de sus componentes, donde la madre, esposa, ama de casa, dependiente de otros seres, por tanto, es vista como mujer al servicio de algo (el hogar) o de alguien (el esposo, la descendencia), no como fin en sí misma, sino como un medio para que otros seres lleguen a desarrollarse o a realizarse (el marido, los hijos), únicos a los que está permitido esa evolución gradual. Esa mujer perfecta, a la que se educa para tales funciones, es la clave para reforzar la familia, célula básica, institución natural, pieza moral clave del Estado. Por medio del examen de la legislación educativa, la familia patriarcal se consolida y a la mujer, a toda mujer, se le pide y se le inculcan los valores del sacrificio, de la obediencia y de la abnegación, sellando un destino familiar que excluía cualquier otra acción más allá de la educativa. Ésta se diseñaba precisamente para que ese estereotipo se perpetuase y en su sucesiva normativa (1938, 1945, 1949, 1953) se ve con claridad cómo se busca inculcar ese modelo en exclusiva, impidiendo otros desarrollos más allá del hogar. Allí donde la escuela no llegaba, la Sección Femenina y el Frente de Juventudes hacían el resto y cumplían el cometido educativo al margen de escuelas, institutos y universidades. El

Servicio Social, instaurado por vez primera en 1937, consolidaba esa faceta de servicio al Estado, valga la redundancia, con actividades varias, extendiéndolo al conjunto de la sociedad, por encima de la simple y primigenia familia. Las lecturas recomendadas a las mujeres cierran el círculo de un modo perfecto porque alimentan el tópico desde la órbita literaria. A la familia no se la protege solamente formando a sus mujeres para ese destino: en esos años precarios de penuria, hay que darle sustento económico, protección material, ventajas de todo signo, con arreglo a varios títulos, para que se realice a sí misma, para que se consolide, pero siempre con el objetivo de que aquélla, vista como uno de los pilares esenciales de la nueva sociedad, no se derrumbe. A ello van específicamente dirigidos los trabajos de María José Collantes de Terán de la Hera («La política social en el nuevo Estado franquista: protección a las familias numerosas», pp. 65-99; y «Las medidas de protección a la familia en el primer Franquismo: el subsidio familiar», pp. 101-151), porque sólo con el sustento asegurado y sin complicaciones económicas, cada miembro de la familia podría desempeñar el rol que tenía asignado, sobre todo, la mujer, sin desvíos al margen del hogar (como, por ejemplo, el trabajo, algo imposible de aceptar desde las altas jerarquías por contener en sí la posibilidad de disolución de la familia y, con ella, de la sociedad en su totalidad), junto a otros fines secundarios, pero no menos importantes, como era la repoblación de un país que había sufrido un conflicto bélico y sus consecuencias. Una política social en varios frentes, tomando como referencia siempre a la familia, con un marcado acento católico, se encargó de articular beneficios, salarios, subsidios, seguridades, protecciones, etc., con tales propósitos reparadores y (re)constructores de la nueva sociedad que se quería. En cierta forma, la parcialidad imperante, el subjetivismo maximizado del régimen, marca el destino de los recursos que distribuye el Estado. Protección y represión se alternan. Se protege a quien ha defendido, por activa o por pasiva, al régimen, a quien ha sufrido por esa acción heroica; se castiga a todo potencial enemigo que no comulgue con el ideario de la nueva España Nacional. La ideología también se muestra en el tratamiento dispensado a los vencedores y en el instante mismo de proceder a definir la condición de víctima. La propaganda ha creado al enemigo; el Estado acoge a sus víctimas de acuerdo con el principio de solidaridad nacional, como nos muestra Juan Antonio Alejandre García en su completo trabajo («La protección social en el primer franquismo: régimen jurídico de las pensiones y prestaciones extraordinarias originadas por la Guerra Civil», pp. 153-188), por donde desfilan familiares de militares desaparecidos o muertos en acción de guerra y funcionarios estatales afectos en idénticas circunstancias (los dos grupos de beneficiarios iniciales), pero, a los que se suman tiempo después, los sublevados en 1932, los que reprimieron la revolución de 1934 o los voluntarios del frente ruso, los desaparecidos, los tripulantes de buques mercantes para servicios oficiales, militares muertos en circunstancias extraordinarias, otra serie de funcionarios en situación de excedencia forzosa, notarios, agentes de información muertos en acto de servicio, funcionarios muertos en campaña o muertos por su afección al Movimiento Nacional, indígenas marroquíes y sacerdotes, entre otros muchos. Forman el elenco de mártires a cuyas familias el Estado dispensa esa ayuda económica también necesaria. La ideología se cuantifica, se dota presupuestariamente y se hace pensión para premiar a los fieles que han sufrido los ataques de aquel enemigo que buscaba la disolución de la patria. De sendas instituciones militares, se ocupan los dos trabajos que presenta en este volumen Antonio García-Molina Riquelme («El matrimonio de militares y marinos», pp. 189-210, y «El abandono de buque y la deserción en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955», pp. 289-316), donde se glosan ambas normas de referencia y se explican tanto en su origen histórico como en su evolución posterior los dos institutos aludidos. Más enjundia y mayor elaboración, por ser materia

penal y penitenciaria, es decir, campo abonado para la legislación de esta dictadura y para una aplicación generalizada por la abundante población reclusa que existe en esos momentos inmediatos a la confrontación civil, muestra el trabajo de Enrique Álvarez Cora [«La técnica normativa en el nuevo Estado: la libertad condicional (1936-1955)», pp. 211-287], donde se examina la figura de la libertad condicionada y su vinculación con la redención de penas por trabajo, medida que en cierto modo complementa a la anterior, en un ejercicio minucioso de reconstrucción de la confusa normativa generada, abundante, contradictoria, abusivamente casuística en muchas ocasiones, dependiente del caso particular, inspirada por principios metajurídicos tomados del Cristianismo, además de oscilante por la cantidad de concesiones, revocaciones y modificaciones que se iban planteando a medida que el sistema penitenciario se consolidaba. Y es trabajo de enjundia porque el autor busca la realidad del Derecho aplicado, su plasmación práctica y la regularidad de su ejecución y cumplimiento, lo que hace que su colaboración tenga una especial viveza que se ve en la ardua labor de rastreo normativo realizada a partir de la consulta del Boletín Oficial del Estado de aquellos años grises. Finalmente, para completar esta rápida visión de la obra, restan dos trabajos sobre aspectos institucionales. Nos los brindan, por un lado, Miguel Pino Abad y Manuel Torres Aguiar [«El Alto Tribunal de Justicia Militar (1936-1939)», pp. 317-347], sobre esa institución nacida para culminar el precario diseño de un Estado en formación como órgano ante el que se recurrían, bajo ciertas condiciones, los Consejos de Guerra, y también diseñada para deslindar las competencias de los órganos jurisdiccionales inferiores, que no llega a cumplir tres años de vida cuando lo reemplaza el Consejo Supremo de Justicia Militar, y, por otro, Miguel Pino Abad, en solitario, para ambientes republicanos («El Consejo Nacional de Seguridad durante la Guerra Civil», pp. 349-373), institución que aparece en tiempos de Largo Caballero, presidida por el Ministro de la Gobernación, con amplia participación de cargos sindicales y políticos, lo que explica su discreto papel y su inoperancia lastrada por el debate y por la politización, revitalizada en cierta forma por el gobierno de Negrín que le dio más empaque técnico que ideológico y otorgó voz a los sujetos directamente interesados, es decir, a los propios cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado republicano.

En suma, se trata de una selecta compilación de trabajos sobre temas variados, unificados por el hecho de referirse a los momentos fundacionales del Franquismo, acerca de aquellos primeros tiempos inciertos e inseguros también para un Derecho que no acababa de encontrar su encaje en el régimen naciente, trabajos preocupados en exceso por las normas, las cuales constituyen una parte indispensable del orden jurídico emergente, pero no la única pieza. Es la única nota que empaña estos magníficos ensayos de reconstrucción: un exceso desmedido de formalismo normativo, que examina la norma, pero se detiene en ella, sin avanzar más allá de sus palabras, sin incidir en el sentido innato, en el destino y en la suerte de cada pieza de ese complejo entramado legal, sin aventurar cuál fue su grado de realización. Echamos en falta en su conjunto una mayor vertiente práctica (que sí aporta, por ejemplo, Álvarez Cora en su trabajo), una mejor imbricación del Derecho con la ideología imperante que sustenta todo el edificio jurídico, y, sobre todo, a los juristas, no solamente creadores de ese nuevo Derecho, sino, en la mayor parte de los casos, aplicadores del mismo. Observaciones, estas últimas, que no son obstáculo para valorar de un modo muy positivo la labor realizada por todos estos investigadores, coordinados por el Prof. Alejandro García, gracias a la cual tenemos hoy en día una buena cantidad de nuevos datos histórico-jurídicos con los que trabajar, datos que criticar o revisar, con los que construir, con los que valorar esa época, con los que avanzar en el conocimiento del Franquismo y de su Derecho sin miedo y sin ira.

**ÁLVAREZ CORA, Enrique.** *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid, Fundación Beneficiencia et Peritia Iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, 590 pp. ISBN 84-96347-31-1. Y del mismo autor, *La codificación de los contratos de compraventa y permuta*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2008, 229 pp. ISBN 978-84-8481-097-1.

*La teoría de los contratos en Castilla* es una muy densa exposición del derecho contractual castellano a partir de la regulación contenida en las Partidas, sólida y profusamente apuntalada después a base de la reflexión doctrinal, consecuencia de un conocimiento y manejo amplios y cuidadosos por parte del A. de la obra de los juristas. Se ha prescindido deliberadamente del tratamiento de la práctica jurídica, esto es, del examen de los documentos de aplicación y se ha prescindido, también deliberadamente, de lo que el A. llama *derecho contractual local*, esto es, de las distintas redacciones de derecho especial (p. 15). Con la legislación de carácter general –el Fuero Real y fundamentalmente las Partidas y la aparecida con posterioridad a las Partidas– más la explicación que de la misma ha brotado de la reflexión científica de los juristas, fundamentalmente de los del siglo XVI y XVII, el A. aborda propiamente el *examen de las distintas figuras contractuales* (p. 15). Efectivamente, no hay en la fuente alfonsina una teoría del contrato, como reconoce el A., ni probablemente, en plural, una teoría de los contratos, de aquí que sea del todo inútil plantearse el sometimiento a las estructuras institucionales derivadas de la actual dogmática (p. 19). Un intento clasificatorio de las distintas figuras contractuales contenidas en Partidas a base de las clasificaciones y sistematizaciones hechas desde el siglo XIX también está llamado al fracaso (p. 16), salvo que dicho intento sea pedisecu del propio texto alfonsino. La ordenación del libro sigue la *propia precisamente de las Partidas*, aunque el A. declara no encontrar un orden nítido ni misterioso en dichas ordenación (p. 16). Con nitidez o no, misteriosamente o no, es el texto alfonsino, sin embargo, el que suministra las claves para entender por qué un contrato está colocado donde está o por qué los contratos aparecen donde aparecen. ¿Por qué excluir el matrimonio, a pesar de su naturaleza contractual, de una teoría de los contratos o de un examen de las figuras contractuales, como se excluye en este libro? Siempre se puede acudir a la consideración autónoma del derecho matrimonial (p. 17) pero los argumentos para dicha exclusión están suministrados en la obra de Alfonso X. El planteamiento sistemático alfonsino no es improvisado. A la *suma de las razones* le sigue siempre un esquema que aunque técnicamente *exordium, proemium o principium*, funciona como *propositio y argumentatio* de las leyes, al objeto de facilitar la *transitio* de una tema a otro, de una disciplina a otra. Ubicadas, por razones que ahora no vienen al caso, la propiedad y algunas figuras básicas de lo que hoy llamamos derechos sobre las cosas ajenas en la tercera Partida, en sede de justicia, por tanto, la transición a la materia de las «obligaciones» y contratos se produce a partir de los argumentos suministrados en la cuarta Partida, que funciona como clave de bóveda del edificio de las Partidas. Resulta entonces que, abandonado el *debdo* derivado del linaje, parentesco, señorío –no el señorío del que se habla en la tercera partida, sino el señorío derivado del feudo– y amistad, esto es, abandonado el *debdo* derivado de aquellas relaciones cuya disciplina está en la cuarta Partida, hay un tipo de *debdo* cuyo fundamento es la *postura*, más exactamente los *pleytos e posturas, aque llaman en latin contractos*. El *debdo* derivado del matrimonio es distinto y requiere distinto tratamiento, por tanto, del *debdo* derivado de lo que en latín

llaman contratos (quinta Partida)<sup>1</sup> y una teoría de los contratos en Castilla, desde la obra de Alfonso X, es, entonces, una teoría de los pleitos y posturas, en el entendido, además, de que pleitos y posturas son los contratos pero también, en la terminología alfonsina, los pactos que acompañan o pueden acompañar a cualquier contrato y en el entendido de que las leyes de los títulos de la quinta partida no agotan el tratamiento de la materia contractual en la obra alfonsina.

El A. ha tenido que optar por decisiones difíciles o, en su propia terminología, discutibles. Me refiero ahora, por ejemplo, a la desaparición del tratamiento de la prenda o de la hipoteca (p. 17). Veamos la misma forma que no existe una teoría del contrato en los textos de los que se parte, tampoco existe una teoría de las obligaciones (p. 15). Ésta se comenzó a edificar tardíamente a base de abstraer de las reglas de Partidas relativas a la *fiadura*, esto es, a base de las reglas relativas al problema de la garantía del cumplimiento de los *debdos* derivados de las *posturas*, de los contratos, y a base de abstraer de las reglas contenidas en el tratamiento de las *promisiones*, forma castellana de recordar las antiguas *stipulationes*. Pues bien: inmediatamente después de la fianza, de la *fiadura que los omes fazen entre si* para garantizar el cumplimiento de las promisiones, pleitos y posturas, aparece el *peño*, cuya función también es la garantía, esto es, en la terminología alfonsina, el instrumento a través del cual se asegura que *les sea mas guardado, o pagado lo que les promenten de dar, o de fazer*. La garantía pivota ahora sobre una cosa, el peño mismo, que unas veces –si es mueble– se entrega a otro como garantía del cumplimiento y otras, cuando es inmueble, no es objeto de apoderamiento por parte de aquel a quien se asegura el cumplimiento de una obligación, pero que según el largo entendimiento de la ley también entra en la categoría de peño, porque, como se decía desde antiguo, entre prenda e hipoteca no hay más diferencia que la que deriva del nombre. Aunque se hable, entonces, de contratos de garantía, el A. ha preferido tomar en consideración el carácter real del derecho surgido y no el origen exquistamente contractual de las condiciones bajo las cuales el deudor asegura a su acreedor el cumplimiento de sus obligaciones, desterrando la prenda y la hipoteca de su consideración (pp. 17-18). Se trata, indudablemente de un criterio por el que el A. opta, pero de un criterio que si se hace funcionar a pleno rendimiento también llegaría afectar a otras materias dichas contractuales porque si lo que hemos de hacer es fijarnos en la naturaleza final de la relación, problemas de ubicación y, por lo tanto, dudas en torno a su tratamiento también los encontraríamos a propósito de los derechos (reales, se dicen) de adquisición preferente (tanteo, retracto) nacidos como consecuencia del desarrollo de determinados contratos.

Dejando al margen otras renunciaciones, por ejemplo la que se refiere a la transacción (p. 17) o la que se refiere a los contratos desenvueltos en ámbito mercantil (p. 18) el A. ha tenido que optar por una sistemática en la que no interfiriesen las dudas y los titubeos clasificatorios de la doctrina (cualquiera, por otra parte, que haya manejado, por poner un ejemplo, los *Elementos* de Gómez de la Serna y de Montalbán, sabrá en qué quedaban algunas clasificaciones a la vista de la ley única del título 16 del Ordenamiento de Alcalá). Antes dije que cualquier intento clasificatorio que no se desprendiese del texto está llamado al fracaso y, muy probablemente, falsearía el propio planteamiento de las fuentes. Salvo que esté equivocado, en Partidas y a propósito de los pleitos y posturas,

<sup>1</sup> PACHECO CABALLERO, FRANCISCO LUIS, «Elaboración dogmática y depuración técnica: particiones sistemáticas, *departimientos* y definiciones en la obra de Alfonso X», en IGLESIA FERREIRÓS, A. (ed.), *El Dret comú i Catalunya Actes del X Simposi Internacional Barcelona, 2-3 de juny de 2000. La superació d'una sistemàtica: el Dret patrimonial*, Barcelona, Associació Catalana d'Història del Dret Jaume de Montjuïc, 2001, pp. 41 y 51 y ss.

los contratos, sólo hay dos intentos –uno más claro que otro– clasificatorios que desembocan en sendas dicotomías, que son, por otra parte, las que acaban recogiendo la *Instituciones* de De Asso y De Manuel. Existe, en primer lugar, una distinción clara entre los pleitos y posturas *de gracia, e de amor, que se fazen los unos a los otros* y los pleitos y posturas que se hacen *por razon de su pro, de amas las partes*. En la categoría de los primeros ingresan el préstamo que en latín llaman *mutuum*, el comodato, el *condesijo* –el depósito, siempre que no se realice por precio– y la donación. A esta serie consecutiva hay que añadir el mandato, ubicado entre la *fiadura* y el *peño* por sus similitudes con la primera, según el plantemiento de Partidas, que también se realiza por *facer gracia e amor a aquel que gelo manda*, aunque su gratuidad es cada vez más problemática. En la categoría de los segundos, los contratos que se hacen *a pro de amas las partes*, ingresan todos los demás: la compraventa, la permuta, el arrendamiento en todas sus variedades (el *loguero*, el arrendamiento propiamente dicho, según *el lenguaje de España*, arrendamiento de heredamientos por renta cierta y el afletamiento o *loguero* de navíos) el contrato enfiteutico (que comparte naturaleza con el *loguero* y con la venta) y la compañía (la antigua *societas*). Con menos nitidez aparece, en segundo lugar, la distinción entre contratos nominados e innominados, en función de la presencia o ausencia de un nombre *señalado* que los identifique. Con menos nitidez, digo, porque el *loguero* por el que no se reciben dineros contados es un contrato innominado cuya disciplina se remite al cambio y porque entre la primera de las *maneras* de contrato innominado se incluye el consistente en que uno dé su cosa por otra, estos es, la permuta o el cambio. El denso libro de Álvarez Cora se ocupa, evidentemente, de todos estos contratos, aunque de acuerdo a otro orden: préstamo en sus dos variedades, depósito, donación, compraventa, innominados, locación, enfiteusis, sociedad, fianza y mandato (pp. 29-549), después de cuyo tratamiento se añaden dos capítulos: uno referente a los contratos aleatorios (seguro, juego y apuesta, pp. 551-563) y otro referente a los cuasicontratos (pp. 565-582). La fundamental tarea de elaboración y construcción doctrinal, ante la ausencia de una inicial regulación específica, después remediada por intervenciones legislativas *ad hoc*, a base de otras figuras contractuales conexas, debe destacarse de los primeros. De los segundos, el A. se ha limitado a dos de las cinco *maneras* que tardíamente se señalan como cuasicontratos: la gestión de negocios ajenos, que se construye básicamente desde las reglas del mandato, y el pago de lo indebido, que se construye a propósito de las reglas del pago como forma en que se *desatan* –se extinguen– las *promisiones, los pleytos y posturas, y los obligamientos de los peños*.

El libro de Álvarez Cora, que principia por un preceptivo elenco de las fuentes legales y un más importante, por razones obvias, elenco de las fuentes doctrinales tenidas en consideración (pp. 21-27), del que sin embargo podrían echarse a faltar, como en todo elenco, algunos nombres (Díaz de Montalvo, por ejemplo), termina con un apéndice bibliográfico de tipo selectivo (pp. 583-590). Como decíamos al principio, el A., con los necesarios e imprescindibles apoyos en la legislación, y partiendo del discurso de carácter tópico y problemático de la jurisprudencia, un discurso cuya única sistemática, en muchas ocasiones –aunque no siempre– es la derivada de las *sedes materiae* vinculadas al texto que en cada caso se tiene en consideración, ha identificado en la elaboración doctrinal a propósito de cada una de las diferentes figuras contractuales una teoría de los contratos en Castilla o una teoría castellana de los contratos, aunque habría que determinar si esa elaboración doctrinal es, a su vez, dependiente de elaboraciones doctrinales anteriores o se enmarca en el contexto de una jurisprudencia desarrollada más allá de los límites castellanos, pero esta cuestión nos llevaría muy lejos.

Pero ¿existe una teoría castellana de los contratos que haya podido ser elevada después a una dogmática de la contratación? A esto es a lo que el A. ha tratado de responder

más tarde, a propósito de los contratos de compraventa y permuta, en *La codificación de los contratos de compraventa y permuta*. Se trata ahora de comprobar, en el trance de la Codificación, qué y cuánto de la «vieja y gloriosa regulación legal y reflexión doctrinal se transfiguró en un discurso bajo lenguaje codificadorio» (p. 19). Con el fin, además, de estudiar la influencia de la codificación civil francesa en la española (p. 19), el A. lleva a cabo un estudio exegético –son sus palabras– de interpretación literal o gramatical y de interpretación sistemática del articulado del Código Civil en donde está la regulación de la compraventa y de la permuta (p. 19). Sus materiales de trabajo son ahora preferentemente aunque no exclusivamente materiales preparatorios, prelegislativos (proyectos, anteproyectos, Diarios de sesiones, papeles de la Comisión General de Codificación) y doctrinales del momento, sin olvidar la legislación allí donde ha sido necesario tenerla en cuenta. El manejo profuso de estos materiales y la exégesis exhaustiva del articulado del Código civil le han llevado así a identificar tres bloques en el mismo: artículos que plasman la teoría castellana de la compraventa (pp. 23-55), artículos, por la tanto, cuya tradición jurídica –el hecho de que quien esto escribe lo haga desde Cataluña acaba pasando factura– debe poder identificarse en la regulación y elaboración doctrinal estudiada a propósito del contrato en el primero de los libros de que aquí se habla; artículos, en segundo lugar, semiacordes con la teoría castella de la compraventa (pp. 57-137) y artículos, finalmente, que innovan en la teoría castellana de la compraventa, apartándose, entiendo, de ella (pp. 139-197). La codificación del contrato de permuta es objeto, dada la supletoriedad de las reglas de la compraventa, de una segunda parte más breve (pp. 201-208) y el libro cierra con un apéndice documental en el que se transcribe, de los legajos de la sección del Código Civil de la Comisión General de Codificación, el informe de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Salamanca sobre el proyecto de 1851 (209-229).

La documentación manejada y aportada hábil y rugosamente por el A. constituye, sin duda, un instrumento de primer orden para el conocimiento de la elaboración del Código Civil y un instrumento de conocimiento de la forma en que el lenguaje codificadorio, desde planteamientos radicalmente nuevos, ha dado vida nueva a las instituciones. Pero los empeños por establecer filiaciones –o por rechazarlas– son siempre peligrosos y, en tal sentido, alguna discusión ulterior quizá pueda plantear la rigidez de la tripartición según la cual hay artículos en el Código Civil que recogen la teoría castellana de los contratos, artículos que la recogen parcialmente y artículos que la innovan. El reparo, si se quiere, es prueba de las dificultades con las que debe contar quien se enfrenta a los textos. Ilustraré lo que acabo de decir con un ejemplo. De entre los artículos que el A. identifica como innovadores está el artículo 1462 párrafo 2.º del CC (p. 142), según el cual el otorgamiento de escritura, en el contrato de compraventa, equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato; estaríamos, por tanto, ante uno de esos artículos cuya dicción no es resultado de haber sometido a lenguaje codificadorio la tradición legal y doctrinal castellana. Pero ¿es tan innovador este planteamiento respecto de la disciplina de P. 3.30.8 y del entendimiento preliminar que Gregorio López hacía de ella: *Per traditionem literae emptionis vel donationis rei, vel faciendo literam novam et tradendo talem literam emptori, vel donatario quaeritur possessio literam recipienti, cuya glosa (b) o faziendo otra de nuevo remite a las leyes 17 y 44 de las de Toro en las que se alude a la eficacia de la entrega de la escritura?*

FRANCISCO L. PACHECO CABALLERO



**BARRIOS PINTADO, Feliciano. *España 1808. El gobierno de la Monarquía*. Madrid: Real Academia de la Historia, 2009, 170 pp. ISBN 978-84-96849-51-8.**

El tema elegido por el Prof. Feliciano Barrios para su discurso de ingreso en la Real Academia de la Historia (véase en este AHDE, 78-79, 2008-2009, pp. 634-638) no puede sorprender a quienes mínimamente hayan seguido su producción histórico-jurídica. Porque, en efecto, desde hace ya varios lustros el estudio de los órganos de la administración central de la Monarquía hispana ha constituido la más destacada línea de investigación del joven académico. De dicha línea, y de su temática, proceden sus dos principales producciones monográficas<sup>1</sup>, un buen número de artículos publicados en revistas científicas, ponencias presentadas a congresos, colaboraciones en obras colectivas, e incluso varios proyectos de investigación.

Ahora bien, si desde este punto de vista la nueva obra de Feliciano Barrios no es novedosa en cuanto a su temática, si lo es, por el contrario, en cuanto al original planteamiento de circunscribir el tema a un específico año de la historia hispana. Un año, 1808, crucial e importantísimo, porque el mismo implica (según un tópico mil veces repetido por todos) el principio del fin del Antiguo Régimen. De aquí que el autor haya escogido dicho año para realizar con él una exhaustiva radiografía de la administración central hispana y ofrecérsela al lector tal y como la misma se encontraba inmediatamente antes de que los convulsos años venideros la modificasen y, a la larga, terminaran extinguiéndola.

Para conseguir este propósito, la obra comienza conduciendo al lector a través del espacio físico madrileño donde los altos órganos de poder tenían su sede (*II. El universo de la administración en la villa y corte*). Primero, el propio Palacio Real, en cuyos bajos estaban instaladas las dependencias de las Secretarías de Estado y del Despacho. En segundo término el Palacio de los Reales y Supremos Consejos, sede donde todas estas altas instituciones tenían sus dependencias. Incluso, en último lugar, se precisan las concretas residencias particulares de cada uno de los altos dignatarios, empezando por la del propio Godoy. Pero debe advertirse que toda esta inicial descripción del espacio físico no obedece a un mero prurito de erudición del autor sino a una intencionada *mise en valeur* del mismo. Y es que en el entorno de este espacio físico se movían a diario importantes intereses y centenares de personas. De entre éstas, cabe mencionar a los «pretendientes», que instalados en la Villa y Corte deambulaban por estos espacios a la caza y captura del anhelado empleo. Tampoco deben olvidarse a los famosos «agentes en la Corte», quienes gestionaban ante estos altos organismos los engorrosos trámites burocráticos de la más variopinta tipología previo encargo recibido de particulares u organismos ubicados en el resto del territorio de la Monarquía.

Presentado, pues, este escenario, el autor traza una rápida panorámica informativa sobre la estructura general de los órganos de la administración central de los que se va a ocupar (*III. El gobierno de la Monarquía a fines del XVIII*), concretamente los Reales y Supremos Consejos, las Secretarías de Estado y del Despacho, y toda una serie de específicas Juntas.

A los Consejos (*IV. Los Consejos Reales*) se les dedica el más amplio apartado del trabajo, referenciándose particularizadamente cada uno de los existentes en Madrid a la altura de 1808: Estado, Castilla, Cámara de Castilla, Indias, Cámara de Indias, Hacienda,

<sup>1</sup> *El Consejo de Estado de la Monarquía española 1521-1812*, Madrid: Consejo de Estado, 1984. *Los Reales Consejos. El gobierno central de la Monarquía en los escritores sobre Madrid del siglo XVII*, Madrid: Universidad Complutense, 1988.

Órdenes, Guerra e Inquisición. El análisis de cada uno de ellos se sujeta a una estructura informativa bastante uniforme centrada en el análisis de sus competencias más destacadas, presidentes, miembros integrantes (tanto titulares como honoríficos), y algunos datos de su funcionamiento. Esta uniformidad descriptiva, que no es en modo alguno rígida, se enriquece con la referencia ocasional a peculiaridades o características de cada Consejo.

Tras los Consejos, las Secretarías: Estado, Gracia y Justicia, Hacienda, Marina, y Guerra (*V. Las cinco Secretarías de Estado y del Despacho*). Su exposición pormenoriza sucintamente sus correspondientes competencias, titular, y plantilla del personal subalterno y auxiliar adscrito al servicio de las mismas.

En cuanto a las Reales Juntas, éstas complementaban el frondoso laberinto institucional de las altas instancias de poder radicadas en la Corte (*VI. Las Juntas Reales*). De ellas se desciende al detalle de la *Junta General de Comercio, Minas y Dependencias de Extranjeros, Juntas de Hacienda, Juntas de los Montepíos de los Agentes de la Administración Pública, Junta de Facultades de Viudedad, Junta Apostólica y Junta de Correos y Postas, Junta de la Inmaculada, y la Junta de la Real Orden de Carlos III*. Sobre cada una de éstas instituciones se especifican detalles de sus competencias, tratamiento y miembros componentes.

Por último, la exposición de esta panorámica institucional termina con unas breves páginas dedicadas a los órganos encargados de la administración de las rentas de origen religioso, concretamente la *Comisaría de la Cruzada, el Tribunal Apostólico y Real de la Gracia del Excusado, y la Colecturía General de Espolios y Vacantes. (VII Órganos dedicados a la administración de las rentas de origen eclesiástico)*.

Pero toda esta exposición de la compleja urdimbre institucional de la administración central hispana de 1808 no agota el conjunto de aportaciones que ofrece la obra sino que, por el contrario, constituye tan sólo una parte de la misma. Hay una segunda lectura a la que el lector accede gracias a la intención del autor de trascender el mero aparato u organigrama administrativo para presentarnos a los hombres que estaban al frente de estas altas instituciones, a las que sirvieron y de las que se sirvieron. Se trata del elemento humano, del «quién es quién» de la más alta élite burocrática del momento. Es una jugosa prosopografía centrada, sobre todo, en los presidentes de los Consejos y en los Secretarios de Estado y del Despacho.

Desde esta otra perspectiva el lector puede comprobar la detentación de una alta alcurnia social por muchos de los altos cargos de estos órganos. Tal es el caso, en cuanto a los presidentes de Reales, Consejos, del Duque del Infantado (Castilla), el I Marqués de Bajamar (Indias), el I Conde de Fuenteblanca (Hacienda), el IX Duque de Híjar, de Aliaga y de Lécera (Órdenes) o el III Marqués de las Amarilas (Guerra). También puede constatar el lector el dilatado currículo de servicios prestados por todos estos altos oficiales a la Monarquía durante décadas de su vida burocrática. Incluso en algún caso pueden intuirse los vericuetos que permitieron su acceso al poder. Así, D. Manuel Cándido Moreno Aguilar I Conde de Fuenteblanca (Presidente del Consejo de Hacienda) estaba casado con D.<sup>a</sup> María Ramona Godoy, hermana del Príncipe de la Paz; la caída de éste le supuso también el ostracismo y a la larga el destierro. Por su parte, D. Pedro Félix Ceballos, Secretario de Estado, estaba casado con una prima de Godoy, si bien las relaciones entre ambos personajes evolucionaron con el tiempo hacia una clara hostilidad. Asimismo en algunos de los perfiles burocráticos de estos altos dignatarios de 1808 se puede vislumbrar su apego al poder, en cuanto que no tuvieron empacho, cuando llegó la ocasión, de jurar fidelidad y colaborar con José I, recibiendo a cambio los consiguientes honores y prebendas. Así lo hacen, entre otros, el Marqués de Bajamar (Presidente del Consejo de Indias), D. José de Arce (Presidente del Consejo de la Inquisición),

D. Pedro Félix Ceballos (Secretario de Estado), D. José Antonio Caballero (Secretario de Justicia) o D. Francisco Gil de Taboada (Secretario de Marina).

En cuanto a la confección de toda esta dúplice panorámica institucional y personal, el autor no ha hecho concesión alguna a la tipología de discurso académico a la que, en principio, pertenece su obra. Ello se evidencia, sobre todo, en el aparato crítico que acompaña su exposición, y que no es otro que el propio del más exigente y riguroso trabajo de investigación. Así lo prueban las más de quinientas citas a pie de página en las que se recoge una bibliografía fundamental y actualizada sobre las instituciones y los altos oficiales mencionados.

Tema de indudable interés, bien planteado y bien resuelto, el de esta nueva monografía del nuevo académico Prof. Feliciano Barrios.

AGUSTÍN BERMÚDEZ

**CANET APARISI, Teresa. *Vivir y pensar la política en una monarquía plural. Tomás Cerdán de Tallada, Valencia: Universitat, 2009, 289 pp. ISBN 978-84-370-7208-1.***

Ya en el 2008, en su magnífica edición de la *Visita de la cárcel y de los presos*, la profesora Canet Aparisi había anunciado su propósito de publicar una amplia monografía sobre Cerdán de Tallada (véase en este AHDE, 78-79, 2008-2009, pp. 553-556). Y ahora, tan sólo un año después, dicho proyecto ha quedado materializado en este riguroso estudio sobre la vida y la obra del ilustre jurista valenciano.

Como advierte Emilia Salvador en el *Prólogo* a la obra, el lector no está ante una mera biografía al uso sino ante un planteamiento más amplio que intenta ubicar al personaje en su contexto histórico y a partir de él explicar y analizar su trayectoria vital profesional y de producción doctrinal.

La primera, la trayectoria vital (*I Aproximación biográfica a la figura de Tomás Cerdán de Tallada*), le ha resultado a Canet de difícil reconstrucción debido a la escasez de documentación existente. Aun así, la autora ha extraído de procesos, expedientes y noticias del propio Cerdán los datos más reveladores de su ascendencia, formación, familia y patrimonio. El cuadro resultante nos aproxima sobradamente a la vida cotidiana del jurista y magistrado valenciano, ofreciéndonos jugosos datos de su círculo familiar y social así como de aspectos tan interesantes (y por lo general todavía tan poco estudiados) como era la formación de su patrimonio, el patrimonio de un magistrado de la Valencia del siglo XVI.

En cuanto a su trayectoria profesional (*II. La carrera profesional de Cerdán de Tallada: de brillante abogado a oficial cuestionado*), el inicial ejercicio profesional de Cerdán fue compatibilizado pronto con su carrera al servicio de la administración. Ésta se inicia con el desempeño de las funciones de abogado de pobres y miserables de la ciudad y reino de Valencia durante 1568-1581. De ella fue promovido a la abogacía fiscal, que desempeña entre 1581 a 1586, para pasar poco después a la magistratura como juez de corte (1586-1590) y como juez de la Sala Civil de la Real Audiencia de Valencia hasta su jubilación. En este capítulo, Canet nos aproxima a ciertos rasgos psicológicos del jurista y del oficial que contribuyen a explicar muchas de sus peripecias y conflictos. Por un lado estamos ante un jurista brillante, riguroso, dotado de incuestionables dotes intelectuales que se traducían en una cierta soberbia intelectual. Por otro lado, se trata de

un oficial real rigorista, escrupuloso en el cumplimiento de la legalidad vigente. Estos rasgos de su carácter llegaron a ocasionarle problemas de relación tanto con colegas como con superiores jerárquicos. A este último respecto fueron paradigmáticos los fuertes enfrentamientos protagonizados con los virreyes valencianos Aitona (1581-1595), primero, y Benavente, después (1598-1602). Incluso el sostenido con este último llegó a costarle la suspensión temporal de su cargo entre los años 1600 y 1602.

Pues bien toda esta vivencia profesional tuvo en el caso de Cerdán de Tallada una paralela proyección en su pensamiento y producción doctrinal (*III. El legado doctrinal de Cerdán de Tallada*), dualidad ésta que conforma su personalidad y que ha utilizado la autora como título de su libro.

En cuanto a la consideración de Cerdán como autor, Canet subraya varias de sus características individualizadoras. Tal, por ejemplo, lo infrecuente de este tipo de producciones por parte de magistrados, normalmente centrados en la mera aplicación del Derecho. Pero es que, aun en este caso, también era infrecuente que los magistrados realizasen obras de reflexión jurídica o política ya que lo normal era que acometiesen tareas recopiladoras de la normativa vigente. Igualmente resulta llamativa la contradicción existente entre la labor desarrollada por Cerdán dentro de los estrechos límites del reino valenciano frente a su amplia perspectiva sobre el conjunto de problemas de la Monarquía española. Por último resulta bastante original su metodología comparativista, sobre todo con las instituciones y la doctrina de Castilla.

La obra de Cerdán nos ha llegado de forma incompleta ya que, según se sabe, muchos de sus escritos han desaparecido. Pero ello no impide a Canet adentrarse en sus especulaciones doctrinales utilizando fundamentalmente tres de sus más conocidas y elaboradas monografías.

La primera es la *Visita de cárcel y de los presos*, obra importante que Canet ya había tenido ocasión de estudiar y comentar con motivo de su edición de la misma. En la *Visita* Cerdán trata de formular unos principios generales a los que someter la práctica carcelaria ya como medida cautelar ya como auténtica pena. Y lo hace desde varias perspectivas. Desde una perspectiva física, arquitectónica, propugnando un espacio cerrado al exterior pero abierto al interior para conseguir un habitáculo lo mas luminoso y confortable posible. Desde una perspectiva ética cristiana, propugnando la mejora de la situación carcelaria de los presos, y muy especialmente de los presos pobres. Desde una mera perspectiva de administración de justicia, enfatizando sobre la necesidad de la reducción del arbitrio judicial para alcanzar una más recta administración de justicia y unas mayores garantías judiciales. Dichas garantías vendrían dadas también por el obligado sometimiento de todos los agentes del sistema carcelario al control periódico de sus actuaciones.

La segunda importante obra de Cerdán es el *Verdadero gobierno desta Monarquía*. Se trata de una obra destinada a servir de primera parte de otra más amplia, el *Veriloquium*, y que se editó veintitrés años después. En ella Cerdán reflexiona sobre el gobierno de la Monarquía y sobre el peligro que a tal propósito representa la alteración de la paz tanto a nivel social como internacional. En cuanto a la alteración de la paz social su manifestación más elocuente es la alta litigiosidad existente, por lo que la administración de justicia deviene un instrumento esencial para aquietar la sociedad. El gobierno, pues, debe estar encaminado a la consecución de la paz y la justicia, y en su ejecución el rey, pieza fundamental del sistema, debe ayudarse de consejeros preparados y cualificados, auténticos profesionales.

Todos estos planteamientos sobre el recto gobierno de la Monarquía guardan relación y tienen continuidad en la tercera importante obra de Cerdán, su *Veriloquium en reglas de Estado*. En ella se diseña una arquitectura política de gobierno a partir de la

figura del rey, quien debe ejercer un absolutismo moderado, basado en el mutuo respeto entre él y sus súbditos, según queda recogido en las leyes pactadas en Cortes. Para su gestión el rey se ayudará de profesionales de la política y del Derecho y su intervención se deberá centrar, entre otras materias, en la religión, la jurisdicción y el patrimonio. En el plano de la religión Cerdán preconiza la vuelta a la moderación del número de religiosos y la mayor intensificación de su espiritualidad, lo que ocasionará su alejamiento de las preocupaciones por los bienes temporales. En cuanto a la jurisdicción, Cerdán la considera en cierta medida coartada por el poder señorial, propugnando la drástica reducción de vínculos y mayorazgos, y mostrándose asimismo muy crítico con la actuación nobiliaria en el plano de la gestión burocrática. Respecto al patrimonio, este es el tema que le permite a Cerdán la exposición de su arbitrista económico, preconizando al efecto toda una serie de estrategias financieras y mercantiles.

Canet finaliza la obra con la inclusión de un *Apéndice Documental* en el que se inserta un interesante informe jurídico de Cerdán negando la posesión del mero imperio por parte de los señores de vasallos del Reino de Valencia. También se incluye para facilitar la consulta del conjunto de la obra un completo *Índice Onomástico*.

Obra densa, bien escrita, bien cimentada tanto a nivel documental como bibliográfico, que se convierte desde ahora en monografía de obligada referencia sobre el tema. Definitivamente, Canet ha rescatado de su injusto olvido al gran jurista valenciano.

AGUSTÍN BERMÚDEZ

**CARONI, Pío. *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*. Presentación de Italo Birocchi. Traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Editorial Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca del Instituto Antonio de Nebrija, núm. 20, Madrid, 2010. 225 pp. ISBN 978-84-9849-820-2.**

Es éste un libro de libros y un libro entre libros: integrado por varios elementos autónomos y superior entre sus iguales, un libro que se forma por la suma de pequeños tratados de gran calado, de hondo impacto, que invitan a pensar, un libro (¿por qué no decirlo desde el arranque?) complejo, muy complejo, si tomamos como referencia la mayoritaria producción literaria actual, liviana y prescindible, una obra de ardua lectura, pero de elegante estilo, que, como sucede con los buenos ensayos, dice más de lo que aparentemente parece decir, deja la palabra apartada y se embarca en la idea. Conformar un tiempo conclusivo, que culmina –sólo por el momento– una impecable carrera académica, pero también representa un tiempo inicial, el que aquí se inaugura, por la inquietud que dejan sus páginas, por una cierta zozobra mental que provocan sus ideas, por sacudir cimientos, mitos y prejuicios, y por su descarada incitación a pensar la Historia del Derecho desde la soledad de quien la compone (la ha compuesto y la seguirá componiendo) de una forma ejemplar, única, magnífica y magistral, con el serio convencimiento de que se puede hacer algo diferente (de hecho, ya lo ha efectuado con sólo plantear los interrogantes que el libro rezuma), de hacer algo distinto a lo que hasta ahora se ha venido haciendo, sin parar mientes en una crítica razonada y ponderada de las tradiciones doctrinales enfrentadas y confrontadas. Así reza su expresivo título en castellano: soledad del historiador y conveniencia de una disciplina diferente (en la ver-

sión alemana, se habla de disciplina problemática; en la italiana, se proclama la *inerencia* de otra disciplina). El origen y el destino: la soledad y el cambio. La soledad que se comparte con los eremitas a los que van dedicadas esas páginas de madurez; el cambio que esas páginas suponen para esbozar una nueva forma de Historia jurídica. Es una obra construida desde la experiencia, desde la atalaya que suministran muchos años de ejercicio de la docencia y de la investigación. Por tanto, es ella misma una composición hecha desde la Historia, desde la Historia personal y profesional en este caso. Una pieza final que es suma de muchas piezas orientadas a un mismo fin, un mosaico con múltiples téseras, una sinfonía que contiene un *Leit-Motiv* conjunto y común por el que se conduce cada fragmento, cada compás, cada nota, como si de un imperativo movimiento musical se tratase, sin descanso y sin renegar de sus raíces, hacia una final apariencia de solidez, de armonía y de belleza, que deviene carne y realidad, para transformarse, de repente, en explosión de inteligencia, valores, intimidades y confesiones, mitad profesionales, mitad personales, si es que es posible poner una frontera que separe ambos campos. Un libro de libros, donde habla el historiador del Derecho, pero también habla la persona que se halla detrás de esa máscara, en ocasiones tan poco gratificante, una persona siempre presta a enarbolar la bandera de la sinceridad, que es el reverso o el trasunto de la verdad. Un libro aristocrático, para minorías, para no legos, escrito por un profesor sencillo, apacible, polémico, mas nunca polemista gratuito.

Pocas veces la lucidez más amplia y depurada se pone al servicio de una causa intelectual, que no política, ni ideológica, ni simplemente científica; algo situado por encima de esas dos dimensiones, en un ámbito que podemos llamar con propiedad humanístico: preguntarse a uno mismo, siempre y en todo momento, por la raíz de lo que uno hace, de lo que uno investiga, de lo que uno escribe, de lo que uno aspira a saber y de lo que uno realmente alcanza a saber; cuestionarse los alcances, efectos y límites de una disciplina que se ha profesado a lo largo de muchos años, lo que es casi tanto como cuestionarse la propia vida. Es obra donde se formula la temida pregunta de eso que se denomina por los pedantes el «estatuto epistemológico» de una determinada área del saber, con su cascada de consecuencias lógicas: ¿Qué hago? ¿Por qué lo hago? ¿Cómo lo hago? ¿Para qué lo hago?, donde entra en juego no sólo el aspecto profesional, sino también el existencial y el esencial. Esa duda que va implícita en la pregunta proyecta su sombra sobre todas las dimensiones de la persona. Al final, es una radiografía de uno mismo lo que se acaba diseñando. Es cuestión, por ende, temida porque su formulación implica preguntarse por la existencia misma del saber profesado, vinculada a esa sabiduría parcelada de nuestras épocas convulsas, en ocasiones un saber aislado y único, un saber que ha sido en muchos casos la razón de vivir, el motor último de la existencia, el único reclamo o impulso vital. La pregunta es agonal y las respuestas pueden ser inquietantes. Además, en contadas ocasiones, se acompaña un ensayo sugestivo de una presentación igualmente sugestiva que traza a la perfección las coordenadas en las que se mueve el A., lo que demuestra que ha sido leído, devorado, digerido y comprendido. En muy pocos casos, el historiador del Derecho es capaz de mirar su imagen sola delante de un espejo metodológico sobre el que proyecta su rostro cansado y su desnudez más completa, su absoluta indefensión, porque en esa habitación cerrada se halla él solo sin instrumentos textuales, ni bibliográficos, ni referencias, ni apoyos, ni ayudas de ninguna clase, sin fuentes que lo acompañen, sin aditamentos: él enfrentado a la esencia de su quehacer. Ahí percibe como le van siendo devueltas inquietudes, certezas, dudas, seguridades, acechanzas, soledades, diálogos y monólogos, amigos y enemigos, perspectivas claras y sutiles, pero también deformaciones, excesos, abusos, distorsiones. Pocas veces, afirmamos, la Historia del Derecho ha estado tan cerca de sí misma, de su esencia, de su verdad radical, como acontece con esta sucesión de excelentes ensayos del profesor

suizo (mejor dicho: tesinés) Pío Caroni, ahora traducidos al castellano gracias a los desvelos y pericia de los profesores Adela Mora y Manuel Martínez Neira, a quien nunca agradeceremos lo suficiente esa labor de traslación de ese rico mundo conceptual europeo a nuestra lengua, de lo que el presente texto no es más que un último y excelente resultado. Los ensayos ahora presentados son la tangible manifestación de ese deseo de crear una suerte de comunidad cultural (una cultura establecida alrededor de la Historia del Derecho como pasado jurídico unitario), una cultura compartida y común, uniforme dentro de la pluralidad, en la línea de la mejor tradición jurídica medieval, trasladada a nuestros tiempos cibernéticos, dominados por Internet, la celeridad legislativa, el triunfo de la imagen y de la apariencia, el olvido de lo esencial, la exaltación del *fenómeno* en detrimento del *noúmeno*, la falta de reflexión y la aceptación acrítica de todo cuanto el Derecho comporta o de todo cuanto el Derecho proclama, manda o impone. Pío Caroni plantea preguntas que van a la médula espinal de nuestros conocimientos porque no se detiene en lo superfluo, en lo vago, en lo singular, en lo que distingue, en lo nacional que diferencia, separa y aísla; su encuesta va dirigida a lo común, a lo que unifica y fortalece los lazos culturales, a aquello que aproxima modos de trabajo diversificados, a lo que tiene en cuenta los aspectos externos, formales y universales de una disciplina que se nos antoja indispensable para la formación de los futuros juristas, aunque sólo sea para vacunarlos contra los excesos derivados de las mitologías jurídicas de la Modernidad, contra los excesos del positivismo más cerril, más reaccionario y más peligroso en todos sus sentidos. Caroni busca un interlocutor de proyección europea, con ansias de universalidad, con todo lo que ello comporta (saber, compartir, comunicar, difundir, debatir), no un localista aburrido, ni un historicista recalcitrante, ni un creador de mundos futuros a partir del pasado, ni un captador de subvenciones con la excusa de la Historia: ni eruditos provinciales, ni neopandectistas, ni arqueólogos, ni jueces, ni meros compiladores de testimonios. Busca un lector audaz, activo, que pregunte y se pregunte sobre el sentido de una disciplina que no parece atravesar sus mejores momentos en Europa y en el resto del mundo, no obstante su valor intrínseco aquí planteado y defendido. Alguien que inquiete, que proponga preguntas y que busque respuestas. Un lector leído, valga la reiteración, que maneje con soltura los textos jurídicos y doctrinales, pero que no se escandalice cuando aparezcan citados R. Carver, P. Neruda o R. Sánchez-Ferlosio, por poner tres ejemplos. Porque se defiende una visión global y totalizante del Derecho y de su Historia como parte de lo social, de suerte que todo aquello que ayude a comprender la sociedad, como puede ser la novela, la poesía o el ensayo, sirve para nuestros propósitos de exploradores del mundo social en su conjunto, en su inmensidad, en sus múltiples interrelaciones, una de cuyas derivadas es el Derecho. Conociendo la obra de Caroni y su magisterio, no es sorprendente el papel capital que se ha reservado en este libro al que ha sido un objeto principal de sus investigaciones: el Código y la Codificación (objetopreciado y nuclear, pero no único: sus estudios sobre Savigny, sobre la Historia del Derecho mercantil y del Derecho privado, sobre el Derecho suizo, sobre la cultura jurídica de la Modernidad y de la Contemporaneidad, también merecen una breve mención en estas líneas). Alrededor del Código, de su pasado, de su presente, de su futuro, de sus fundamentos, de su impacto, de sus efectos, de su aceptación y de su rechazo, surgen los principales argumentos de estos ensayos ahora agrupados y traducidos. El Código es la excusa para plantear el papel que corresponde al historiador del Derecho y a la disciplina en la que milita. Es el hilo conductor. Pero no cuenta la elección del objeto, sino, sobre todo y ahí es donde el A. se vuelve maestro, la justificación de la materia elegida para situarla en su debido contexto científico. Dejemos que poco a poco la obra se vaya desgranando.

Se abre la misma con una presentación de Italo Birocchi (pp. 11-43), que es algo más que presentación: es testimonio que acierta a situarnos al A. en sus lugares más frecuentados, en sus tópicos, en los ambientes donde aquel se siente cómodo y en aquellos otros donde cunde la desazón y, en respuesta a la misma, la crítica educada y razonada, el enfrentamiento doctrinal, la polémica deliberada y congruente. Suministra el presentador las claves más atinadas de aquello que el preocupado y atento lector va a encontrarse en las páginas sucesivas. Birocchi ha buceado en la obra de Caroni y la ha desnudado de forma magistral. Da las claves más acertadas; pulsa las teclas correctas; da muestras de haber leído al A. y de haberlo comprendido perfectamente, cosa que no es sencilla de hacer debido a la densidad conceptual que se halla detrás de sus escritos. El punto de partida es la reflexión sobre el papel de la Historia del Derecho en los planes de estudios universitarios y su contribución a la formación del jurista coetáneo. El por qué y el cómo aparecen desde el primer momento como los argumentos centrales. Al margen de las decisiones tomadas por las autoridades académicas, por los gobiernos y por los legisladores, ¿por qué hay que estudiar Historia del Derecho? ¿Cómo hay que estudiarla? ¿De acuerdo con qué principios y con qué expectativas debe ser trazado su estudio? ¿Para qué destinos finales? ¿Para qué juristas? Y de allí emanan las primeras respuestas y los primeros problemas: ¿qué hacer ante los vecinos, en lo científico y en lo didáctico, romanistas? ¿Son una ayuda, un estorbo, un elemento distorsionador o corruptor del mensaje histórico? ¿Qué es esencialmente y cómo se debe hacer Historia del Derecho en el campo docente y en el campo de la investigación? ¿Qué postura adoptar ante la construcción europea y ante el Derecho que viene tras de ella? ¿Se debe preocupar el historiador por estas cuestiones o debe abandonarlas a su suerte? ¿Hasta qué punto y en qué medida? Como remedio y presupuesto de trabajo, Pío Caroni propone la soledad, concebida como aquella capacidad de quien piensa de forma autónoma y es responsable de sus propias ideas. La soledad es el método, una soledad que aporta pureza, ausencia de contaminación, virginidad mental, inocencia, precaución. Sus respuestas nos conducen a replantear la disciplina, a eliminar nocivas tradiciones presentistas y futuristas, a criticar aquellas perspectivas observadoras y reconstructoras que quieren, con ánimo pragmático, centralizar todo pensamiento de, sobre y por el Derecho, que se dedican en cuerpo y alma a la Historia del Derecho privado, de la tradición romanística y de las Recepciones, que quieren fundamentarlo todo en un pasado que ya se ha ido y que no se puede recuperar (rechaza así nuestro A. la instrumentalización del Derecho, las continuidades y/o rupturas abusivamente concebidas o el replanteamiento de dogmas obsoletos). De aquí se pasa a preguntar por el sentido de las continuidades en el campo jurídico, por el papel de la doctrina y de la Ciencia del Derecho, por el rol que corresponde al Estado, por los silencios expresivos e interesados de aquellos autores que fuerzan los materiales históricos en aras de sus propios fines parciales (por ejemplo, aquellos romanistas contemporáneos que, al estilo de los juristas del Medioevo, no admiten más Derecho que el romano justiniano y su recreación por los glosadores y comentaristas en aulas y libros, sin preocuparse por la existencia pasada del Derecho de la práctica, por las cuestiones económicas o políticas y su incidencia en la formulación del orden jurídico pretérito, o sin prestar la más mínima atención al Derecho Canónico, al Derecho Internacional, al Constitucionalismo, a la Teología, a la Filosofía o al Iusnaturalismo –que también son piezas de la Historia– porque no entran en sus estrechos enfoques metodológicos, en sus restringidos puntos de vista totalmente dominados por la romanidad jurídica rediviva). Para Birocchi, el discurso renovador de Caroni se centrará en varios presupuestos: en una nueva forma de concebir la historicidad integral del Derecho (la Historia es la vida y la estructura misma del Derecho, se dirá en varios instantes por nuestro A.), una historicidad que va mucho más allá de los planteamientos



tradicionales, al estilo, por ejemplo, de Calasso; en una nueva función atribuida a la Ciencia Jurídica y al historiador (que es, sobre todo, un intérprete, un descubridor del sentido de los textos, un lector que se mueve en diversos contextos, con diferentes fuentes, con variados órdenes normativos coexistentes, en muchos mundos jurídicos que simplemente identificamos como el Derecho del pasado, el Derecho premoderno, pero un lector que lee y que además ha de captar, comprender y explicar todo aquello que ha leído sobre el pasado para hacerlo comprensible de cara al presente; el historiador es un lector que busca de forma incansable: desconfiado, insatisfecho, hipercrítico); en una mayor permeabilidad y apertura de la disciplina, implicando en una diálogo constante a ésta con las disciplinas afines y colindantes, pero también afirmando una mayor presencia de la Historia en todo momento y en todo lugar; con una delicada atención hacia el Derecho que no pudo llegar a existir, al Derecho proyectado, propuesto, pero finalmente no formulado, donde se pueden encontrar interesantes argumentos que expliquen aquel Derecho que sí fue efectivamente impuesto, entre otras cosas reseñables. La Historia del Derecho debe buscar las explicaciones que permitan saber cómo nace el Derecho y cómo actúa el Derecho en la sociedad, cómo aquella comunidad es juridificada y cómo ese mundo jurídico es socializado, sin erudiciones, ni cultismos, sino con sencillez, para participar finalmente en el propio fenómeno jurídico. Somos observadores, pero no somos solamente eso: somos participantes y somos responsables directos del desarrollo del Derecho en su Historia y en su actualidad. Ello no implica que se deba hacer borrón y cuenta nueva de todo cuanto se ha investigado hasta la fecha. Las rupturas nunca son drásticas, ni traumáticas en el mundo histórico, ni tampoco recomendables. Se tiene que aceptar la noción de una sucesión, enfrentada o integrada, de las fuentes del Derecho, de los métodos de estudio y de las instituciones en que consiste la Historia jurídica, pero hay que avanzar más allá de los formalismos, las obediencias, los éxitos y los fracasos, ir más allá de la norma por medio de todas aquellas fuentes que nos permitan conocer la trayectoria vital de aquella primera pieza. Hay que apropiarse de un hábito histórico que implica rechazar orígenes fantasmales, precursores más o menos míticos, raíces presuntas, mitologías antiguas, modernas y actuales, leyendas, pretensiones de superioridad o de hegemonía, discursos políticos ajenos a lo científico, existencia de sistemas como un todo completo que comportaba jerarquía de fuentes y catálogo de valores, etc. La soledad implica rechazar todo esto. Volver al comienzo de todo, tornar a lo primitivo, a los orígenes. Enfrentarse como la primera vez al pasado en su globalidad y en su complejidad. Hay que contemplar lo cotidiano, lo plural, lo complejo, también lo simple y plano, siempre con amplitud de testimonios y amplitud de miras, lo agradable y lo menos agradable. La Historia es radiografía del ser humano en toda su extensión y, por ello, nos muestra aquello de lo que es capaz ese ser contradictorio, animal y racional, en toda su grandeza y en toda su miseria. El historiador es un vagabundo que busca continuamente en el seno del pasado, sin rechazar nada de lo que contempla, por muy desagradable o contraproducente que sea. Porque solamente con estos requisitos se podrá captar la esencia del tiempo puro y profundo en el que está situado el Derecho. Italo Biocchi ha preparado el aperitivo que permite conocer por indicios al A., un preámbulo que deja un buen sabor de boca, que anima a continuar leyendo para verificar lo que esquemáticamente, de modo resumido, se ha presentado desde la amistad, el respeto y la admiración que desbordan esas primeras páginas del libro.

Un «Prólogo» del propio Caroni, en pp. 45-53, traza ya de primera mano y en primera persona, las coordenadas de acción, con esa Historia del Derecho a la que considera dotada de un valor exclusivo puesto que ésta desemboca imperativamente en el presente y además accede a ese presente de un modo diferente al que articula cualquier

jurista positivo. Doble condición que conviene no olvidar en ningún instante, ya puestos a reclamar cierta superioridad moral de la disciplina que viene dada por ese dominio y/o comprensión del tiempo y de los tiempos inherentes al Derecho. En esa coyuntura, la acción del historiador se nos antoja como peculiar, libre, ilimitada, sin fronteras, ni en lo cronológico, ni en lo espacial. Aparecen sus protagonistas queridos después de tantos años de estudio (los Códigos), las reacciones que los mismos generan, la aparición de la Historia del Derecho como disciplina científica, como saber reconocido, como parte de la Ciencia Jurídica, su ubicación en la docencia universitaria, su utilidad, el empleo de la Historia jurídica en sentido pretérito o en sentido actual, sus rechazos y sus deseos, los puentes tendidos, la libertad del jurista historiador que se traduce en su autonomía de criterio (que confirma la temporalidad o provisionalidad de toda experiencia jurídica, de toda solución propuesta por el Derecho y que determina la labor de reconstrucción siempre parcial de esa realidad jurídica pasada por parte de aquél), en posición diversa a la del jurista positivo, que opera de un modo, en cierto punto, soberbio. El historiador examina el pasado, lo explora, lo parcela, lo cuida, hasta hacerlo presente, pero es un presente diferente al que se percibe por los sentidos. Vive en el presente y trae hacia su presente aquel pasado sobre el cual trabaja de modo incansable. Confunde ambas dimensiones temporales, sin confundirse él mismo. El nexo central es el modo de trabajo que esa soledad alumbra donde no tiene cabida ni el presente, ni el futuro, sino solamente el pasado: el papel de la Historia del Derecho no es mirar hacia atrás para justificar el presente, ni efectuar un uso partidario para legitimar el Derecho de la actualidad, apuntalarlo para darle una sólida justificación, ser instrumento político de otras aspiraciones recónditas, ni nada de eso. Su papel es otro distinto: sumergir al estudioso en el Derecho en su plena existencia, hacer que el mundo jurídico cale hasta los huesos a quien quiera estudiarlo para comprenderlo, devorarlo en suma, conocer el pasado como una utilidad en sí mismo considerada. Porque si no se percibe esa historicidad consustancial, podemos afirmar que cualquier estudio del Derecho será vano, será algo muerto al faltar el componente esencial del mundo jurídico que es esa especial forma de percibir el tiempo. Lo primero parece ser el pasado; lo demás viene por añadidura y es secundario. El historiador ha de ocuparse de la Historia y la Historia implica lo pretérito.

Tras ese breve preámbulo aparecen los trabajos que integran la final sinfonía, publicados entre los años 1992 y 2009, compilados previamente en versión alemana y en versión italiana (*Una Nota de Edición*, en pp. 251-216, nos indica la ubicación original de los mismos para quien tenga curiosidad sobre este punto). Las fechas no prueban más que la coherencia de nuestro A. y su fidelidad al propio pensamiento. Pasemos a describir y valorar la propuesta concreta, siguiendo el orden proporcionado por la obra. Comencemos por el primer movimiento: «La otra evidencia de la Historia jurídica», pp. 55-87, parte de la inquietante pregunta referida a por qué hay que estudiar Historia del Derecho. El significado de la Historia jurídica adquiere un valor de mayor rango: deviene misión. ¿Por qué ese estudio y por qué ese empeño por situar esa disciplina en las Facultades de Derecho? ¿Qué misión le corresponde? La respuesta está en que el Derecho mismo es Historia, pero esta contestación tiene lugar desde una perspectiva nueva. La verdad del Derecho solamente se puede hacer desde su historicación, es decir, desde su perfecta ubicación en el tiempo existencial. La historicidad, el tiempo, es algo inherente a la estructura del Derecho y, por tal razón, solamente lo podemos percibir en su completa temporalidad. El único modo de conocer el Derecho es el histórico, tal y como afirmaban Hegel (todo conocimiento, del tipo que sea, es siempre conocimiento histórico) y Ortega (el hombre no tiene naturaleza; tiene Historia). Ahora bien, no se puede llegar por esta vía a la completa refacción del pasado jurídico, a su exacta

reproducción, a su recuperación continuada en el presente, a vivir siempre en el pasado y a que ese pasado sea el que retrospectivamente marque las pautas de acción (recuérdese a Funes, el inolvidable personaje de Borges, cuya insondable memoria le permitía rememorar todo cuanto había vivido y, por tanto, le impedía vivir el presente). Ni el pasado puede volver a ser exactamente como aconteció, ni nosotros podemos acceder a un conocimiento completo del mismo. Entra en juego la Historia, pero una Historia que debe usarse con prudencia. No podemos abandonarnos en manos de la tradición, ni tampoco omitir referencia alguna a la trascendental cesura histórica que implican los Códigos, textos que cancelan el Derecho del pasado y marcan una nueva dinámica del saber histórico-jurídico, que crean debido a ese efecto cancelador (con sus lógicos efectos: instituciones que son suprimidas; una Historia que pasa a operar, de cara al futuro, como maestra de vida y de experiencia para el legislador, en lo bueno y en lo malo; o bien recurso solitario a la Historia como cauce interpretativo o como valor cultural por sí mismo). Tampoco nos podemos abandonar en brazos de la simple legislación y sus estancias colaterales. Ni se puede recurrir a la Historia para todo, ni tampoco concebir el Derecho como algo ahistórico. La solución se halla en el redescubrimiento de una historicidad que es el único camino por medio del cual el Derecho puede ser verdaderamente aprehendido, captado, percibido, usado. Es el sutil y complejo modo por medio del cual el tiempo penetra e impregna el mundo jurídico. Hay que mirar con nuevos ojos al Derecho. Si quitamos esa piel temporal a lo jurídico, éste se destruye porque, como nuestro A. señalada atinadamente, vivir es recordar (somos nuestra memoria y nada más que nuestra memoria), y el Derecho está encuadrado desde el instante de su nacimiento en una dimensión temporal que lo marca de forma indefectible, con una escritura que es instrumento de conocimiento y, al mismo tiempo, constatación parcial del mensaje último que el Derecho quiere trasladar. Ofrece Caroni una crítica aguda a la escritura por cuanto que solidifica el pensamiento jurídico y deja a la posteridad solamente una pequeña imagen, una pequeña huella, un reducido testimonio de lo que fue un acontecimiento pretérito, pero lo cierto es que ésta es la forma lógica en que actúa la Historia (creando testimonios nunca completos, para después hacer recolección y seleccionar materiales) y a partir de la cual se puede activar la labor de los historiadores. Sin la escritura no seríamos nada, a pesar de todas las limitaciones que dicha escritura presenta y de todas las omisiones que esa escritura implica. Y a la escritura sigue inexorable la interpretación, elemento necesario tanto para el jurista como para el historiador. Finalmente, la abstracción es el último mecanismo que aparece para golpear y cuestionar la forma histórica del Derecho puesto que aquélla, ligada, cómo no, al Código, rompe la Historia, reniega y libera del pasado, forja un Derecho nuevo en oposición a lo pretérito, un Derecho general y para iguales. Cambia el universo jurídico de un modo radical. Historicidad hasta sus últimas consecuencias: determina el carácter del Derecho, le da una estructura que permite percibirlo de forma consciente (p. 72). La historicidad implica movilidad (el Derecho nunca se para), implica esencia misma de la positividad de todo Derecho y vivificación de la Historia, implica conocer contextos, en el Derecho histórico y en el vigente, por medio de los cuales se perciben orígenes, evoluciones y fallecimientos de institutos jurídicos varios. Caroni concluye drásticamente: no hay separación, ni oposición entre Derecho e Historia, ni mucho menos. El tiempo es algo inherente a lo jurídico. El Derecho sólo se percibe en, por y gracias a su temporalidad; se define en función de la misma y sin ella no es posible conocimiento alguno, ni construcción científica de ninguna manera. Si estas posturas maximalistas, que reivindican efectivamente la presencia absoluta del Derecho histórico en cualquier momento y situación, son admitidas, se concluye de modo claro que la posición de la Historia del Derecho aparece como algo incuestionable, indiscutible y exclusivo. Porque Derecho e

Historia tendrían la misma naturaleza. Porque serían elementos inescindibles. Porque no cabría llegar al primero obviando a la segunda y viceversa. Porque solamente con esas lentes que permiten contemplar el Derecho desde esa recóndita posición suministrada por la Historia, es posible percibir su nacimiento, sus cambios y sus mudanzas, sus desarrollos posteriores y sus extinciones, así como la ingente cascada de fenómenos varios que inciden en cada una de esas etapas de su evolución. Lo demás es puro positivismo descarnado, mero recurso a la norma fría e impersonal: es presentar las normas sin conexión de ninguna clase, es exponerlas de modo aislado en un panel sin interrelaciones, es enumerar categorías y conceptos; es describir, pero nunca llegar a la raíz de lo jurídico, nunca comprender lo que supone el Derecho en toda su extensión y en todos sus contextos. La Historia debe entrar en la vida del Derecho pues es ésta exclusivamente la que marca sus tiempos, la que orienta sus direcciones, la que estructura su estrategia. No podemos esperar otra cosa de esa interdependencia y no podemos, pues, proceder a enseñar otra cosa distinta, dice el A. en p. 87, que esa unión hipostática que nos describe la vinculación entre ambos elementos hasta propugnar abiertamente su fusión. La historicidad ha sido recuperada y llevada a su máxima potencia. Tenemos ya un importante elemento de partida con el cual definir el Derecho unido para siempre a la Historia.

Ahora bien, ¿cómo hacer lo anterior? ¿Cómo penetrar en esa historicidad? Aquí comienzan los problemas, los riesgos, las desviaciones. Surgen por doquier los posibles enemigos que, en el caso de Caroni, tiene un nombre específico: el neopandectismo. Así aparece el segundo movimiento: «El naufragio de la historicidad. Reflexiones sobre el neopandectismo», pp. 89-112, donde fustiga esta corriente doctrinal sin conmiseración, de modo agudo e inteligente, denunciando los errores y excesos en los que incurren sus teóricos (sobre todo, R. Zimmerman). El modelo de actuación de los neopandectistas no convence a nuestro A. Es más: son sus grandes rivales a batir dialécticamente. Caroni se sitúa de parte de la Codificación; los neopandectistas, de parte del Derecho Común que consideran aún vivo, aplicable, vigente sin restricción alguna, negando cualquier suerte de virtualidad al Código que, en su opinión, nada innova y nada nuevo trae al mundo jurídico del siglo XIX. Son recuperadores de la tradición romanista y defensores de su funcionalidad con la vista puesta en el horizonte (interesado) de un Derecho de la Unión Europea que beba de aquellas fuentes y en el que ellos tengan protagonismo decisivo. Son los nuevos juristas al estilo romano y medieval, colaboradores necesarios del poder, intelectuales orgánicos. El neopandectista es, en cierta forma, alguien que actúa de forma análoga a Savigny y compañía, capaces de ver en el Derecho romano algo actual y capaces de elaborar un sistema para ese Derecho romano moribundo con la finalidad de recuperar su aplicación y proyectarlo en todos los ámbitos, negando peso específico a cualquier otra alternativa jurídica. Recuérdese la obra de madurez del jurista prusiano: un sistema de Derecho romano actual, que combinaba racionalismo (que hacía el sistema), Historia (que aportaba el caudal romano) y positivismo histórico (que convertía ese material histórico-jurídico en algo que podía ser aplicado, que podía ser Derecho vigente, que podía ser invocado en la vida práctica). Con todo esto, se conseguía mostrar que ese Derecho romano nunca había muerto, nunca moriría y nunca debería morir. Los sucesores de Savigny hicieron el resto: resucitar a un cadáver de un modo ampuloso y anacrónico. Ihering, el último Ihering, lo vio a la perfección cuando planteó su jurisprudencia en broma y en serio. Es así el neopandectismo una suerte de enfermedad que propugna dosis de dogmatismo, dosis lógico-formales, recuperación de principios antiguos en el seno de un Derecho presente que se avienen a criticar o a estimular, incluso a situarse en la posición de indispensables consultores para la creación de un Derecho multinacional y ecléctico, que exige la idea de sistema, la cual solamente ellos pueden

proporcionar. Son o parecen seres superiores. Todo ello es, en opinión de nuestro A., rotundamente falso y equivocado. Si se parte del valor esencial, único y exclusivo del Derecho Común, que los neopandectistas avalan hasta la canonización de ese postulado, habría que diseñar un plan alternativo para los excluidos, para los excomulgados o silenciados por esa dictadura romanística, para los herejes, esto es, para todos aquellos territorios que no participaron de esa cultura jurídica y que, no obstante lo anterior, codificaron su Derecho sin tener en cuenta esa huella romana; para todos aquellos Derechos que no formaron parte del tronco del Derecho Común, como el estamental, el feudal, el mercantil, etc., y que lograron una supervivencia duradera; para todo aquellos Derechos locales que combatieron y sobrevivieron al Derecho Común milagrosamente. Pero el error más grave del neopandectismo es la crítica acerada e injustificada del proceso codificador que no ven como renovador del Derecho, sino como continuidad del tronco romano-canónico. Supone esta visión tanto como ignorar el pensamiento filosófico y jurídico que está en su base, gestado desde el siglo XVI en adelante, sus realizaciones específicas, sus primeros logros, etc. Supone ignorar la Historia y tachar de inútiles los dos últimos siglos, concebirlas como fracasos jurídicos y entregarse a una sucesión de fantasías de tipo mortuorio con la vista puesta en el pasado, como manantial de donde arranca el cauce, y en el futuro, como destino al que dirige esas aguas, pero sin prestar atención de ningún tipo al presente, al momento intermedio que es el que realmente interesa. He aquí un primer posicionamiento crítico sobre el que se volverá más adelante.

La soledad del historiador no implica la soledad de la Historia. Para ello, para vencer esa soledad, compone Caroni su tercer movimiento: «Espionando al vecino. Sobre la relación entre la historia jurídica y las otras historias», pp. 113-149, con la finalidad de tender vías de comunicación entre el mundo del Derecho y otros mundos históricos parecidos, análogos, próximos, territorios comunes donde es imperativa la cooperación antes que el enfrentamiento, la separación o el aislamiento. La historicidad del Derecho, inherente a otras manifestaciones del saber y de la cultura humanas (el Derecho no tiene Historia porque es Historia), implica concebir a aquélla como la vida misma y la estructura del Derecho en su integridad. Sin esa temporalidad consustancial, no nos vamos a encontrar un Derecho incompleto, insuficiente, fuerte o débil, convincente, riguroso; no es eso. Sin esa temporalidad, el Derecho simplemente desaparece, no es, no existe, no comparece ante nosotros. Y esto es predicable de todo Derecho, el histórico y el positivo, el que está vigente y el que no está vigente, puesto que todos ellos son orden jurídico en cierta forma y en cierta medida. Si se tiene esto presente y se añaden unos gramos de pragmatismo, se podrá hacer ver a todos los juristas que todo Derecho, toda norma, cualquiera que sea, presenta una estructura temporal indiscutible y que esa temporalidad condiciona de modo determinante su actividad diaria, su plasmación práctica. Junto a la historicidad, aparece el otro elemento esencial que tipifica al Derecho: la sociabilidad, pues es la sociedad su contexto natural. Sin sociedad, no hay ningún Derecho imaginable. De aquí, infiere Caroni una serie de presupuestos necesarios para la docencia de la Historia del Derecho, que la hacen atractiva *per se*, sin aditamentos pedagógicos de ninguna clase, ni palabras obtusas, ni actividades complementarias ridículas, vergonzantes o infantiles: que se mueva en el ámbito de la actualidad; que se privilegie la uniformidad y la cohesión de todos los elementos que conforman la experiencia jurídica; que la historicidad aglutine en su seno a todo lo jurídico y a todo lo extrajurídico, sin limitarse a dar vagas referencias sobre estos últimos factores. La Historia del Derecho debe instalarse en el núcleo de lo social, debe tomar en consideración ese mundo social, sin por ello devenir Sociología. Tras reflexionar de nuevo sobre la sociabilidad inherente al fenómeno jurídico, es ésta la que proporciona a nuestro A. la

clave para ir palpando otras disciplinas que también han definido estrategias para ordenar esa sociedad. El Derecho es social porque es humano. El Derecho es ordenador, pero no es el único instrumento ordenador. El Derecho presupone conflicto. En relación con cada una de esas premisas, entra en juego toda una serie de elementos que superan el círculo jurídico. Aquí es donde debe darse la cooperación con las otras disciplinas históricas para trazar las conexiones entre lo jurídico y lo social, para ver cómo lo jurídico condiciona la vida en sociedad y viceversa, para contemplar ese proceso de doble dirección, de juridificación y de socialización, para comprobar de forma exacta para qué vale el Derecho y si el Derecho efectivamente vale algo y vale para algo, para examinar su realización efectiva y las consecuencias de la misma, el papel de las fuerzas sociales, de las fuerzas jurídicas y de las fuerzas políticas que contribuyen a su formación, los diversos niveles de conocimiento y de aplicación de ese Derecho, sus huellas y su impacto en cada estrato social, el pluralismo o, en nuestros tiempos, la globalización (que, a juicio de nuestro A., libera al jurista de sus prejuicios y da mayor visibilidad al pasado como ejemplo y como modelo). Con esta necesaria cooperación, sin perder de vista el elemento jurídico que es el que debe dirigir nuestros pasos, ¿qué es lo que se consigue realmente? Captar el valor real del Derecho, su vida, su experiencia, su realidad existencial, su vocación ordenadora, la ausencia de azar en la construcción y en la formulación de lo jurídico, sin detenerse en el carácter virtual y repetitivo que todo orden jurídico presenta, avanzando en otro camino porque el Derecho es algo más. Para Caroní, esto solamente se puede hacer, como él manifiesta en pp. 148-149, tomando como punto de partida la sociedad y no el Derecho: asumiendo su carácter manifiestamente complejo y desordenado (también conflictivo) para ascender desde allí a la vida jurídica que esa sociedad necesita. El jurista, historiador o positivo, sólo puede conocer el Derecho, si, al mismo tiempo, conoce profundamente la sociedad a la que ese Derecho se va a aplicar en toda su extensión. Podrá ligar así los dos órdenes contrapuestos y podrá saber exactamente en cada instante la razón de ser del Derecho mismo, rompiendo con el manido tópico del Derecho imparcial. Al conocer las recónditas y subterráneas luchas sociales, las pugnas internas, las presiones y los grupos de influencia existentes, podremos trazar una más completa y fidedigna radiografía de lo que el Derecho es, de lo que el Derecho se ha propuesto y de lo que el Derecho efectivamente pudo realizar. La sociedad inspira el Derecho, pero también lo condiciona y lo puede paralizar. Por eso, es preciso que la Historia nos suministre datos sobre una concreta sociedad, en todos sus niveles y en todas sus expresiones que permitan después analizar el Derecho de esa sociedad determinada. La relación con las demás disciplinas históricas implica no una barrera, sino una recíproca alimentación con los materiales específicos que cada uno de esos campos puede proporcionar. La interdisciplinariedad histórica se propugna como el más importante recurso metodológico; no como algo meramente decorativo, sino como algo esencial para hacer la Historia del Derecho.

Recapitula el A. en su siguiente trabajo: «Mirando atrás. Un primer balance sumario», pp. 151-198. Vuelve sobre el cómo de la Historia del Derecho (esa disciplina, como señala en p. 153, cortejada, rechazada, admirada y humillada) con algunas notas nuevas. Reaparece la historicidad como protagonista principal, pero se busca su genealogía. Hay aquí un breve compendio de los acontecimientos más relevantes para la configuración de la Ciencia Jurídica occidental. Se plasma en este ensayo el trayecto del Derecho romano en sus varias vidas (la imperial y la medieval); la toma de conciencia por parte de los juristas de la historicidad, del pasado del Derecho y de su temporalidad, el paulatino proceso de vinculación entre presente y pasado que se debe situar en tiempos de glosadores y comentaristas (acaso la única forma de ordenar el material jurídico plural que aquellos juristas tenían que manejar), la labor de los humanistas (que

aportan conocimientos filológicos, arqueológicos, paleográficos y de otro signo, y una aplicación descarnada de la Historia como mecanismos para la renovación del Derecho en el siglo XVI), el *Usus Modernus Pandectarum*, la eclosión de la Escuela Histórica, la aparición final de los Códigos (que reemplazan al sabio por el legislador, al jurista por el político, a la interpretación por la sanción, a la inspección individual por la declaración abstracta, como se sostiene en p. 167) con la consecuente crisis del Derecho Común. En este trabajo es donde Caroni se explaya para tratar el tema de las continuidades y rupturas en los procesos histórico-jurídicos y arremeter de nuevo contra los neopandectistas, defensores acérrimos de una vida jurídica común desde tiempos inmemoriales que, a juicio de aquellos, la Codificación no ha alterado en lo más mínimo, ni siquiera en sus más nimios efectos. Y explica precisamente que el Código, la materia de la que es consumado especialista nuestro A., no sólo supone novedad formal (que lo es y mucho: su presentación sistemática del Derecho implica un orden que hasta entonces el Derecho no había tenido), sino sustancial, de fondo. Puede haber huellas del Derecho Común, eso es indudable, en los contenidos y en las instituciones, pero el Código, por ejemplo, cancela el orden plural antiguo, elimina el Derecho anterior, traza una frontera entre Derecho pretérito y Derecho presente, entre vigencia y no vigencia, que son ya cuestiones esenciales y no simples elementos formales (por eso, se puede medir su innovación de una manera comparada, pensando en ese mundo jurídico del pasado que resulta excluido en el presente actual codificado). El Código cambia el modelo de autoridad porque cambia el poder, busca la unidad (no siempre lo consigue), pero, sobre todo, destaca por la amplitud de su presencia, por su plenitud y por su exclusividad. El Código es todo el Derecho y a partir del Código se puede conocer esa totalidad. Las demás piezas jurídicas (costumbres, jurisprudencia, principios, etc.) existen en la medida en que son admitidas por el Código, en la medida en que el Código lo disponga, y tal y como exactamente lo disponga. Este unificó el Derecho (con su igualdad, generalidad y abstracción de la subjetividad jurídica), lo generalizó, también lo distorsionó, creó un nuevo campo autorreferencial (el Derecho se vuelca sobre sí mismo y prescinde de otros órdenes coactivos: usa su propio lenguaje y se alude a sí mismo), implementó un nuevo Derecho privado regido por principios antitéticos a los del Antiguo Régimen (autonomía privada, valor del individuo, iniciativa individual, eliminación de corporaciones, negocio jurídico, libertad en sus varias manifestaciones), pero, sin lugar a dudas, inaugura una nueva época, un nuevo período en la Historia de los instrumentos jurídicos al disponer ya la existencia de un sistema homogéneo, coherente y autónomo. Decir que el Código no supone una cesura histórica y de gran magnitud, que no cambia nada, que todo permanece igual bajo su dominación, es desconocer la cultura jurídica pasada y la cultura jurídica presente, como hacen los neopandectistas empeñados en pensar que aquí no ha sucedido nunca nada desde tiempos de Justiniano, que todo continúa igual y que los textos romanos pueden ser leídos con la misma óptica y con el mismo sentido que hace dos, tres o diez siglos: es indiferente el tiempo transcurrido. Atribuyen al material jurídico un valor eterno, absoluto, inmodificable. Frente a esto, la acertada propuesta de Caroni es la más lúcida respuesta para terciar en esta polémica: el Código ha de ser el elemento central, con su Historia propia y con sus testimonios específicos, con sus antecedentes y consecuentes, con sus proyectos acertados y fracasados, con todo lo que coadyuva a formar finalmente el producto final que llamamos Código con los perfiles anteriormente reseñados. Es la pieza que inaugura una nueva forma de concebir, de decir, de formular el Derecho y, por ende, da paso a una nueva etapa de la Historia jurídica. De ahí su puesto central indiscutible en este discurso. Las otras vías para la docencia y la investigación, tanto la anticuaria (aferrada al pasado y sin salir del mismo), la interesada de modo parcial en el pasado (que busca hallar el Derecho del presente

anticipado en el pasado), o la neopandectista, no valen, no sirven. Incluso esa tercera vía que examina nuestro A., en pp. 184 y ss., aquella que aparentemente respeta las cartas de la baraja, modificando las reglas del juego, aquella Historia que examina la génesis y aplicación del Código, pero sin que nada más se cuestione o analice y sin abrazar la historicidad demandada, sin preguntarse por los condicionantes del Código, por la sociedad que lo reclama, por sus dependencias, por sus frustraciones, por el universo construido a su alrededor, tampoco debe ser admitida. No basta describir; hay que comprender. El Código se debe reputar como obra de los hombres y de su contexto social, y como obra que nace de disputas y debates, como se afirma en p. 186. Para Caroni, debemos tener en cuenta tres ideas para actuar sobre esta material: en primer lugar, que el pasado no es prehistoria del presente, sino que es un mundo propio, extraño, ajeno y distante, con su propia sustancialidad. El pasado no está para legitimar lo actual y la Historia no debe servir a ese fin. La Historia debe servir para conocer mejor ese pasado. En segundo lugar, la evolución del Derecho no es lineal, plana, incruenta, absolutamente pacífica: el pasado no es el germen del presente, ni su derivación lógica, sino que hay interrupciones de todo signo que mediatizan el tránsito del ayer al hoy jurídico. En tercer lugar y a modo de confesión personal del propio A., la dificultad de hallar las continuidades, sobre las que llega a sembrar la duda de su real existencia. El historiador jurista debe obrar a partir de estas premisas: debe razonar, avanzar, dar la cara, analizar, valorar, mojarse en su defensa o en su crítica del Derecho que conoce, elaborar genealogías, examinar el Derecho y lo que es previo al mismo, debe pasear por el pasado con naturalidad; debe llegar a la raíz del fenómeno jurídico y debe acabar por desembocar en el presente. Con estos mimbres y con el convencimiento de su bondad y de su verdad, se puede mantener abierta la puerta a la esperanza, a la certeza de la conservación de la Historia del Derecho como disciplina ejemplar, modélica y necesaria.

Finalmente, lanza una última cuestión, un último movimiento final, un último baile: «En resumen: una Historia para después del Código», pp. 199-214, a modo de conclusión y también de comienzo para más digresiones apasionantes y directamente imbricadas con el espíritu de la disciplina. De nuevo, el Código como elemento axial. El análisis del Derecho no debe centrarse solamente en el aspecto social o político, sino que debe llegar al textual, porque, a fin de cuentas, el Derecho no es sino una suma de textos de intensidad obligatoria variable que deben ser conocidos en su proceso de gestación y en su proceso de plasmación. De nuevo, se constata el fracaso de las estrategias anticuaria (la investigación puramente histórica, centrada y detenida en el pasado, exenta de lo jurídico, dirigida a exclusivos ámbitos académicos muy reducidos), minimalista (admitida en casos muy excepcionales: busca la conexión del pasado con el presente por medio de la interpretación histórica para aclarar la voluntad del legislador, por medio de las disposiciones transitorias, que conceden un poco más de vida a las instituciones llamadas a extinguirse por voluntad del poder legislativo, o por medio de las remisiones expresas que el Derecho codificado efectúa a ordenamientos locales, usualmente consuetudinarios) y maximalista (que niega la carga innovadora de la Codificación y rechaza la autonomía de los Códigos en cuanto tales; sólo el Derecho romano revivificado existe para ellos). No sirve ni analizar el pasado por el mero hecho de ser pasado, ni analizarlo para justificar el presente, ni concebir el presente como una prolongación del pasado más remoto. La estrategia renovadora de Caroni, que se opone a las tres anteriores, pasa por varias etapas: todo Derecho es siempre histórico, incluido el positivo, cuya percepción solamente puede ser efectuada desde la Historia y con la Historia (la historicidad no es el contexto de cada norma, sino algo consustancial a lo jurídico: la historicidad en su máxima expresión); la aceptación de una historicidad vertical o diacrónica, según la cual todo Derecho vigente viene confirmado por un pasado en el que



hunde sus raíces, y de una historicidad horizontal o sincrónica, en función del contexto específico en que se mueve ese Derecho y de donde emana el valor esencial del mismo; se deben recuperar y reagrupar materiales varios para valorar el Derecho vigente, cuyo estudio histórico no debe quedar clausurado con la sanción normativa, sino desarrollarse a partir de ese instante y en momentos posteriores; hay que privilegiar el pasado más próximo puesto que es el que tienen una relación genética más directa con el presente; en suma, la propuesta de análisis y de estudio que Caroni tiene a bien formularnos reposa en dos conceptos: maximalismo, acrecentando hasta el paroxismo el campo de acción y el campo de interpretación con nuevos horizontes de trabajo, pero con un marcado realismo, que es el que nos hace conservar los pies en el suelo: registrando el pasado con el deseo de encontrar motivos y estímulos para ilustrar gráficamente «rupturas, evidencias, contrastes, colmar los silencios y justificar la reticencias; en una palabra: para explicar las derrotas e historificar de esa manera los acontecimientos que siembran el *iter* seguido por el derecho actual», como señala en p. 214. Con estas armas, estos consejos y recomendaciones, procedentes de la autoridad que da la experiencia, se puede comenzar a vislumbrar una posible renovación de los métodos y una posible actualización de la Historia jurídica. Finaliza la obra con la bibliografía, en pp. 217-225, necesaria, pero no indispensable, porque lo verdaderamente relevante es seguir al A. en su peregrinar por un mundo conceptual rico, complejo, sabio, compacto, sólido, debidamente fundado, argumentado y sostenido, contundente.

El A. nos ha hecho un gran favor porque nos ha aproximado a lo que hemos sido en el pasado, a lo que somos en el presente y a lo que podemos ser en el futuro. La radiografía es perfecta, el diagnóstico es acertado. Las recetas de Caroni pueden ser realmente útiles si se emplean con moderación y sin abusos. Depende de nosotros que la medicina pueda sanar ese cuerpo enfermo. Depende de que seamos capaces de captar el mensaje transmitido por el A. consistente en una suerte de historicidad absoluta y universal del Derecho que debe conducir al triunfo de la Historia del Derecho, con un marcado acento histórico y social, a su revitalización y a la consecución de una mayor coherencia interna en orden a plantear su futuro docente y su futuro investigador, con esa apuesta decidida por el valor capital del Código. Una obra, la que acabamos de reseñar, que debería ser de obligada lectura en nuestra disciplina y en todas las Facultades de Derecho, ahora que se cuestiona todo lo realizado en los últimos años y que parece que solamente tienen capacidad para imponerse los pedagogos y los sindicalistas, sin que haya espacio para aquellos investigadores que quieren recoger el testigo que Caroni nos está brindando, ese testigo que ofrece un Derecho histórico y un estudio del Derecho desde perspectivas prácticamente universales. Ojalá que ese testigo sea portado con orgullo y con decencia. Ojalá que merezcamos recibirlo. Ojalá que la llama que trae consigo no se apague nunca. Y ojalá que podamos llevar a la práctica todo lo que aquí el maestro Caroni ha tenido a bien proponernos. Sólo resta felicitar y dar las gracias al A. por habernos hecho partícipes de su mensaje, por confiar en nosotros para una necesaria renovación de la disciplina desde dentro y desde la más profunda de las reflexiones. Ni anticuarios, ni políticos, ni neopandectistas: la solución es ser historiadores puros, atentos al Derecho y a la sociedad, pendientes de la historicidad, amantes de la verdad y del saber. Como Caroni.

FAUSTINO MARTÍNEZ MARTÍNEZ

**DIOS, Salustiano de; INFANTE, Javier; ROBLEDO, Ricardo; TORIJANO, Eugenia (Coords.), *Historia de la propiedad. Crédito y Garantía*, Madrid, 2007, p. 902. ISBN: 978-84-9678-218-1.**

Asistimos a la publicación de las Actas del V encuentro sobre Historia de la propiedad. Esta iniciativa, surgida en 1998 al amparo de la Universidad de Salamanca y bajo los auspicios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, viene a consolidarse. Desde aquel primer encuentro, consagrado a las líneas generales de la Historia de la propiedad en España durante los s. xv al xx, se han celebrado de forma periódica sucesivas ediciones dedicadas a los Bienes comunales, el Patrimonio cultural o la Servidumbre y la Prescripción. En esta última ocasión la reunión giró en torno al Crédito y Garantía. La elección del tema no fue casual. Como bien señala Margarita Serna en su relato final, desde hace siglos el Crédito y la Garantía componen un binomio absolutamente imprescindible en la vida económica en el que la propiedad juega un papel relevante cuando se constituye como garantía real del crédito. El carácter multidisciplinar de los ponentes, entre los que encontramos historiadores, economistas y juristas especializados en el ámbito del derecho civil, mercantil, procesal o tributario demuestra la evidente vinculación entre la Propiedad, la Economía y el Derecho. Asimismo, la rigurosidad científica de las intervenciones ha permitido reunir en las Actas un denso volumen en el que se ofrece a los estudiosos un instrumento clave para afrontar futuras investigaciones en torno a la propiedad y sus garantías jurídicas.

El libro, que se inicia con una breve presentación de los coordinadores científicos del Encuentro, incluye diecinueve aportaciones. La temática de todas ellas es bien diversa, y comprenden distintos periodos cronológicos, pero en su conjunto nos permiten conocer el funcionamiento del crédito y sus garantías reales. A Roldán Jimeno Aranguren corresponde el honor de escribir las primeras páginas con su ensayo sobre «Las figuras de garantía en los fueros medievales hispánicos occidentales». De forma amplia y ordenada esboza una visión general sobre las figuras de garantía en los fueros hispánicos más significativos a través de un recorrido por las instituciones referentes a la garantía real mobiliaria e inmobiliaria (prenda, hipoteca y anticresis) y las relativas a la personal, singularizadas en la fianza. Le sigue Enma Montanos Ferrin con «A la búsqueda de la colocación jurídica de los quebrados fraudulentos» donde expone el contenido de las bulas *Postquam Eosque* y *Cum Alias* y las distintas argumentaciones que la literatura jurídica del siglo xvii ha realizado sobre las mismas. En particular atiende al debate doctrinal sobre la aplicación o no de la jurisdicción eclesiástica a los quebrados fraudulentos a tenor de lo dispuesto en este último documento papal. Montanos comparte la opinión de los autores hispanos identificando la posición jurídica de los *decoctus fraudulentus* y los *fures*.

Francisco Gómez Camacho ejecuta un extraordinario ejercicio dialéctico en el que partiendo de conceptos matemáticos y geométricos reflexiona sobre la vigencia de los principios de uniformidad y libre movilidad en el contrato de mutuo y los problemas que la usura planteaba a los doctores salmantinos de los siglos xvi y xvii.

Mayor interés se ha mostrado en el Encuentro a la figura de los censos. Esta institución ha merecido la atención de los profesores Alberto Marcos Martín, Mariano Peset y Enric Tello Aragay. El primero, bajo la denominación «Hipotecar la Hacienda común. Enajenaciones del Patrimonio regio y endeudamiento municipal en los siglos xvi y xvii» compone una exposición crítica de las dificultades económicas de las haciendas locales y los recursos utilizados para atender las demandas patrimoniales regias.

Mediante un sólido aparato crítico sustentado, principalmente en las fuentes documentales del Archivo general de Simancas, explica casuísticamente los mecanismos empleados por los Concejos para incrementar sus recursos, ocupando un papel relevante la institución censal. El segundo trabajo se dedica a la modalidad consignativa y su sustitución por el préstamo con hipoteca en los inicios de la nueva era Liberal. Mariano Peset constata como su hundimiento es fruto de un largo proceso en el que confluyen diferentes razones como la disminución en su remuneración y las desafortunadas intervenciones regias. No mantiene este mismo criterio Tello Aragay. En «Crisis del Antiguo Régimen y Crisis del sistema crediticio: El fin de los censos consignativos en España (1705-1885)» rechaza, por su simplicidad, la idea de una agonía del censal provocada por la rebaja del interés nominal. En su opinión, estas figuras crediticias pervivirán en nuestro país, con más o menos dificultades, hasta bien entrado el s. XIX.

Es de reseñar la deferencia prestada al crédito en sus distintas modalidades: comercio, consumo y producción. Con el estudio de las ferias de Medina del Campo y su cometido como centros de comercio al por menor, Hilario Casado Alonso, nos ayuda a comprender el funcionamiento de la economía peninsular en el mundo preindustrial. Después de un conciso recorrido histórico sobre los orígenes de estas ferias castellanas, centra su exposición en el comercio textil, narrando el uso del crédito en este tipo de transacciones mercantiles. Al respecto destacan las cartas de reconocimiento de deuda y las de obligación cuya articulación y vigencia ha sido escrupulosamente analizado en base a los pleitos civiles custodiados en el Archivo de la Real Chancillería de Valladolid. Por otro lado, el crédito y la garantía a los grupos sociales más pobres es el eje sobre el que se articula la plática de Montserrat Carbonell Esteller: «Microcrédito y economías alternativas: los Montes de Piedad en España». Estas instituciones, aunque de origen remoto, presentan unos «rasgos de modernidad» que, no sólo las mantuvo activas durante la transformación Liberal del s. XIX, sino que todavía, hoy en día, en el contexto de grave crisis económica que atravesamos, continúan en vigor. En la línea de financiación de las actividades productivas se ubica Ángel Pascual Martínez Soto con el análisis del «El Cooperativismo agrario de crédito en España en el primer tercio del siglo XX». En su opinión, el asociacionismo rural constituye una respuesta de los agricultores ante la integración de la agricultura en el mercado y los efectos de la Gran Depresión. En nuestro país el punto de partida del cooperativismo se fija en 1906 con la publicación de una ley que concedía exenciones fiscales y otros tipos de apoyos a los agricultores asociados. Las dificultades iniciales dieron lugar a una fase posterior de crecimiento y consolidación de las Cajas rurales. En todo caso, el desarrollo del cooperativismo agrario como instrumento de financiación fue bastante limitado.

Sin lugar a duda, las entidades financieras agrarias constituyen el antecedente inmediato de las Cajas de Ahorro. Francisco Comín Comín, bajo el título «Las Cajas de Ahorros tras la liberalización del sistema financiero (1977-1985)», realiza un riguroso análisis de los cambios acaecidos en el funcionamiento de estos organismos como consecuencia de la reforma fiscal y financiera acometida por Enrique Fuentes Quintana en la época del primer gobierno de la UCD. En su opinión, el nuevo marco legal responde a la necesidad de incrementar la competencia en el mercado financiero español aumentando el número de entes que intervienen en este escenario. Para ello se debió reformar, según sus palabras, «el anquilosado sistema de Cajas de Ahorro, tanto en lo referente a sus órganos de gobierno como a las operaciones que podían realizar». Observa los cambios introducidos en los puestos de dirección de las Cajas y la reorientación de sus inversiones en el nuevo contexto democrático, en particular, detalla su contribución a la colocación de las emisiones de Deuda pública. La parte final de su exposición la dedica a la Obra social. Se detecta un cambio drástico en este campo al aumentarse la acción

cultural y docente, disminuyéndose la sanitaria y asistencial. Medida que refleja, según Comin, una clara intencionalidad de evadirse de su tradicional calificación como entidades benéficas y apostar por la cultura y la educación.

La vinculación entre la banca y la industria en España constituye el objeto de trabajo de María Angeles Pons Brias. Tradicionalmente la historiografía de mediados del s. xx ha valorado de forma negativa la participación directa de las entidades financieras en la industria. No obstante, se hace necesario realizar una nueva evaluación atendiendo a las circunstancias económicas de cada país. En este sentido, la colaboración científica de Pons se centra en los factores que determinaron la configuración de la banca mixta en España, sus rasgos más importantes y cuales fueron y de que tipo las relaciones que establecieron en la Península con las empresas industriales. Durante el s. xix los bancos españoles participarán directamente en la industria, en particular en las sociedades ferroviarias y mineras. No obstante, será durante la Primera Guerra Mundial cuando la cartera bancaria de valores industriales alcance su máxima cuota. Por el contrario, a partir de la Guerra civil española y, especialmente, como consecuencia de las crisis económicas vividas en las últimas décadas del s. xx asistimos a una reestructuración, desprendiéndose de buena parte de sus activos industriales y concentrándose en determinados sectores estratégicos.

Como no podía ser de otro modo, el estudio de la legislación hipotecaria ha tenido un lugar destacado en este Encuentro. Bajo el título «Ideas y sólo ideas jurídicas: una visión catalana de las instituciones de crédito hipotecario en la España de mediados del siglo xix» encontramos un amplio artículo de Jaume Ribalta Haro en el que rastrea la situación de la economía española a mediados del s. xix y las dificultades del crédito hipotecario para dar respuesta a las nuevas exigencias y oportunidades de la época. En su exposición recopila los defectos de la legislación hipotecaria española decimonónica y las mejoras introducidas en la materia por la ley de 1861. Resulta especialmente interesante este apartado, ya no tanto por el estudio de derecho comparado con los regímenes de Baviera y Württemberg, sino también por la compilación de los textos legales del sistema registral español. Concluye Ribalta con el análisis de la obra de un abogado barcelonés, Joaquín Borrell y Vilá publicada en 1857 donde se establecen los principios rectores del crédito territorial. Luis Díez-Picazo Ponce de León en su capítulo la «Ley Hipotecaria y Banco Hipotecario» repasa brevemente los avatares históricos que ha vivido el régimen jurídico de la propiedad inmueble en nuestro país hasta la promulgación del texto de 1861. El discurso es aprovechado por el autor para defender, y como él mismo señala, reforzar su posición respecto a la legislación hipotecaria, al considerarla como un complejo normativo al servicio del crédito territorial en el que la institución registral se justifica como instrumento asociado al aseguramiento y difusión del crédito y la garantía hipotecaria. Una interpretación minuciosa de los artículos 109 a 113 de la Ley Hipotecaria es realizada por Vicente Montés Penadés. Al repasar los orígenes y argumentos expuestos por la doctrina para fundamentar la extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras es capaz de formular cuestiones de futuro en torno a lo que el mismo denomina «una idea de propiedad».

Por su parte, José M.<sup>a</sup> Miquel González dedica su intervención a la reserva de dominio. Se trata de una sólida investigación en la que se detallan los orígenes históricos de esta figura jurídica, ofreciendo una visión comparada de su regulación en Alemania, Francia, Bélgica e Italia, entre otros países. Estamos sin duda ante un terreno fértil para la construcción conceptual. La reserva de dominio ha suscitado múltiples cuestiones doctrinales que son perfectamente expuestas y ordenadas en el artículo. Aborda la situación actual de la legislación española en la materia. En su redacción diferencia el funcionamiento de esta compleja garantía según se aplique a la compra-

venta de un bien inmueble o mueble, y en este último caso, según esté o no sometido a la ley de venta de bienes muebles a plazos.

La ponencia del tristemente desaparecido Aníbal Sánchez Andrés examina la directiva 2002/47 sobre acuerdos de garantías financieras. El autor, no se limita a explicar el proceso que llevó a su redacción final, sino que además trata de fijar cual es el verdadero alcance de esta regulación. En este sentido, destaca cómo la citada disposición conlleva novedades respecto a la legislación más clásica de las garantías financieras, aunque en determinados puntos no falten significativas coincidencias y hasta algún reforzamiento de la disciplina tradicional. Asimismo, explica su incorporación al ordenamiento jurídico español. En su opinión, el decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, asume el contenido de esta norma europea de forma defectuosa, no solo por hacerlo manifiestamente tarde y mediante una técnica, el decreto ley, de dudosa legalidad, sino además, por que altera aspectos sustanciales de la misma.

El apartado de mayor extensión corresponde a José M.<sup>a</sup> Lago Montero quien, bajo el título «La eficacia de las garantías reales tras la LGT 2003 y RGR 2005. Coordinación en la ejecución», realiza un detallado análisis de la ley general tributaria comparando la antigua regulación de 1963 con el actual texto de 2003. Según señala se «trata de detectar y resolver problemas de coordinación en la ejecución de las diversas garantías, cuya superposición y solapamiento confunde con frecuencia a los operadores jurídicos». Resulta especialmente interesante la lectura de esta exposición en la que interpreta buena parte del articulado de la ley, alabando las mejoras y, como no, denunciando sus lagunas o defectos normativos. En este sentido, reconoce, entre otras cuestiones, el excelente trato dispensado a los sucesores del contribuyente, la buena regulación de la anticipación de ingresos, pero, al mismo tiempo, critica la poca atención que presta a la protección del crédito tributario; la inapropiada denominación del responsable solidario e incluso se atreve con los defectos en la redacción de algunos preceptos como es el caso del artículo 78 que regula la hipoteca legal tácita. Concluye con dos epílogos, uno sobre la ejecución del crédito tributario y sus garantías reales, y el otro, sobre la incidencia de la declaración de concurso en la ejecución de los créditos tributarios con garantía real.

La aportación de Fernando Martín Diz resulta bastante novedosa. En «Notas para la revisión del modelo de ejecución general de garantías reales inmobiliarias: hacia la eurohipoteca» apunta ideas para el perfeccionamiento y desarrollo del procedimiento judicial hipotecario. Su ponencia se estructura en dos grandes apartados. En primer lugar, presenta la tramitación del modelo judicial de ejecución forzosa. En este punto analiza los cambios introducidos por la ley de enjuiciamiento civil 1/2000. A continuación, incluye dos sugerencias al actual modelo, a saber: de un lado, propone la introducción de un derecho de rescate a favor del ejecutado. Se trata de arbitrar una vía legal para recuperar el bien inmueble ejecutado una vez que éste ha sido enajenado y rematado a favor del mejor postor; y de otra la apertura de la concepción netamente estatal del crédito hipotecario inmobiliario y su correspondiente ejecución forzosa hacia la europeización de la hipoteca y sus mecanismos de garantía. Es decir, plantea compartir el espacio jurídico nacional con una nueva modalidad de derecho de garantía real en el marco del crédito hipotecario proveniente de la Unión europea.

Una historia jurídica del Registro en Inglaterra y Gales ocupa el estudio de Nicolás Nogueroles Peiró. De forma minuciosa recorre el íter histórico que llevó en tierras anglosajonas a la desaparición del Registro de títulos y la implantación del modelo de derechos. Centrándonos en el s. XIX, y a partir del primer informe sobre la ley de la propiedad inmobiliaria de 1829 se exponen las propuestas y los debates en torno al sistema registral. Resultan especialmente relevantes las aportaciones de los juristas John

Tyrrell, Jefferson Hogg o Robert Wilson para asentar el registro de Derechos en las islas británicas. Sin duda la cuestión no fue nada pacífica prolongándose el proceso hasta principios del s. xx. La ponencia resulta especialmente útil para los investigadores al introducir los argumentos esgrimidos en pro y en contra de cada uno de los sistemas registrales propuestos e incluir un breve análisis comparado del modelo decimonónico británico y español.

La publicación reseñada concluye con un exhaustivo relato del desarrollo de las Jornadas a cargo de Margarita Serna Vallejo. La claridad de su exposición nos aporta luz sobre el contenido y nos transmite la intensidad de los debates y el alto nivel científico alcanzado en aquellos días de finales de mayo y principios de junio de 2006 en el aula Miguel de Unamuno de la Universidad de Salamanca. Acompaña una amplia y completa bibliografía de gran utilidad para aquellos que se adentren en el estudio de la propiedad y sus mecanismos de garantía. Llegados a este punto nos gustaría finalizar, como en su día hiciera el registrador José M.<sup>a</sup> Gómez Valledor al clausurar el Encuentro, felicitando a los promotores de esta iniciativa que ha acabado convirtiéndose en un «proyecto serio» y del que muy pronto volveremos a ver nuevos frutos.

JOSÉ ANTONIO PÉREZ JUAN

**DIOS, Salustiano de; INFANTE, Javier y TORIJANO, Eugenia (Coords.). 2009. *Juristas de Salamanca, siglos xv-xx*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. 457 pp. ISBN 978-84-7800-289-4**

I. No es ésta la primera ocasión en que me ocupo de dar la noticia de la publicación de un libro sobre los juristas en Salamanca. Hace un tiempo, en el año 2006, preparé la recensión, también para el *Anuario de Historia del Derecho Español*, del anterior volumen sobre los juristas de Salamanca editado a instancia de los mismos profesores que han coordinado la publicación que me interesa en esta ocasión<sup>1</sup>.

Entre las dos obras existe continuidad porque ambas responden a un mismo origen y comparten idéntica filosofía. El anterior libro, concebido como homenaje al profesor Francisco Tomás y Valiente, permitió la edición de las intervenciones realizadas con ocasión de la reunión científica celebrada en Salamanca, en el mes de octubre del año 2003, bajo el título «El derecho y los juristas en Salamanca. Siglos xvi y xx»<sup>2</sup>. El publicado en el 2009 pone a disposición de la comunidad científica las conferencias pronunciadas en el encuentro, convocado de nuevo en Salamanca, en septiembre de 2007, para tratar de los juristas de Salamanca entre los siglos xv y xx. Las diferencias que se observan entre la primera y la segunda reunión y sus correspondientes publicaciones, de un lado, la desaparición, en el título, de la referencia al derecho y, de otro, la ampliación del marco temporal de referencia para dar cabida al siglo xv, no suponen

<sup>1</sup> AHDE 76, 2006, pp. 750-756.

<sup>2</sup> DIOS, Salustiano y Javier INFANTE y TORIJANO, Eugenia (Coords.). 2004. *El Derecho y los juristas en Salamanca (Siglos xvi-xx)*. En memoria de Francisco Tomás y Valiente. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

alteración alguna de la esencia del proyecto que continúa siendo, en lo sustancial, el mismo<sup>3</sup>.

De igual manera, el carácter interdisciplinar, conforme al cual se concibieron las publicaciones anteriores sobre los juristas en Salamanca, se mantiene en el presente volumen. De ahí que, entre los autores de las diez colaboraciones figuren historiadores del derecho pero también modernistas.

**II.** Los trabajos que componen la obra son independientes entre sí y, desde una perspectiva estrictamente formal, la obra carece de una organización interna que agrupe las colaboraciones en partes individualizadas. Sin embargo, tras la lectura de los capítulos que integran la publicación, observamos, en primer lugar, que varios escritos guardan relación con el estudio particular de algunos juristas y de su obra. En segundo lugar, que otras aportaciones están vinculadas con la historiografía. Y, por último, que los demás textos tratan temas diversos, sin relación alguna con los dos bloques referenciados, aunque tengan una conexión precisa, como no podía ser de otro modo, con el tema general que da título al volumen. Todos se refieren al mundo de los juristas, si bien desde perspectivas diversas.

Las colaboraciones de los profesores Javier García Martín, Salustiano de Dios, Francisco José Aranda Pérez y Eugenia Torijano integran el primer bloque mencionado. Estos autores se ocupan de la obra de varios juristas, naturales de diferentes reinos. En la segunda categoría, la que ofrece un mayor contenido historiográfico, tienen cabida los escritos firmados por Baltasar Cuat Moner, Luis Enrique Rodríguez-San Pedro Bezares y Ana María Carabias Torres. Y, finalmente, en el último módulo, incluyo las aportaciones de Josep Capdeferro Pla, Pilar Arregui Zamorano y Manuel Martínez Neira.

**III.** Javier García Martín, historiador del derecho de la Universidad del País Vasco, nos presenta, en un excepcional trabajo, al jurista francés Pierre Rebuffi, vinculado al Humanismo jurídico, así como su participación en la construcción, en Europa, de una definición, de contenido jurídico-público, del concepto de Derecho común del reino. Una noción contrapuesta a la de *Ius Commune* europeo<sup>4</sup>.

García Martín sitúa a Rebuffi y su obra en un doble contexto. En el ámbito de la Europa católica de la primera mitad del siglo XVI, por el eco que los postulados del autor tuvieron entre los juristas católicos una vez que defendió, frente a las tesis protestantes, la indisociable unidad de los derechos canónico y romano. Y, por otro lado, en el mundo jurídico castellano y, de modo especial, salmantino. Y ello porque los trabajos de Rebuffi fueron ampliamente utilizados por los juristas castellanos vinculados a la Universidad de Salamanca durante el siglo XVI y la primera mitad del XVII.

Muchos fueron los temas tratados por Rebuffi en su obra escrita. Javier García Martín nos aproxima al pensamiento del autor en relación a varios de ellos. La ley regia, la costumbre, el rescripto, la vinculación entre el derecho regio y un supuesto orden jurídico-público preestablecido, la relación entre la jurisdicción eclesiástica y la civil, la justicia y el procedimiento y el concepto de privilegio universitario, son algunas de las cuestiones tratadas.

<sup>3</sup> En realidad, esta tarea de estudiar los juristas en Salamanca dio comienzo con la publicación en el año 2001 de un monográfico, sobre este tema, de la publicación periódica *Salamanca. Revista de Estudios* (*Salamanca. Revista de Estudios. Monográfico sobre Salamanca y los juristas* 47, 2001). Los profesores Salustiano DE DIOS, Javier INFANTE y Eugenia TORIJANO, así como algunos de los investigadores que han participado con posterioridad en las reuniones de Salamanca de los años 2003 y 2007, ya participaron en aquel volumen de la revista señalada.

<sup>4</sup> «En los orígenes del Derecho comparado. REBUFFI, Pierre (1487?-1557) y la creación de una tradición jurisprudencial salmantina en el comentario del derecho regio», pp. 13-79.

Bajo el título «Derecho, religión y política. La representación del Doctor Francisco Ramos del Manzano al Papa Alejandro VII sobre la provisión de obispados vacantes en la Corona de Portugal»<sup>5</sup>, Salustiano de Dios, historiador del derecho de la Universidad de Salamanca, se ocupa de la conexión entre el derecho, la religión y la política en la obra de los jurisperitos castellanos del siglo xvii. El autor elabora el estudio a partir del análisis que realiza de la representación de Francisco Ramos del Manzano, catedrático salmantino de Leyes, al papa Urbano VII en relación a la presentación de obispados vacantes en la Corona de Portugal.

Como es costumbre en sus ya numerosos trabajos en torno al pensamiento de los juristas más relevantes vinculados a la Universidad de Salamanca, Salustiano de Dios introduce al lector en el tema objeto de análisis con una extensa y documentada exposición de la vida y obra del autor que le ocupa en cada ocasión. En esta oportunidad, de Francisco Ramos del Manzano. A partir de ahí, el profesor salmantino analiza el discurso elaborado por Ramos del Manzano para acreditar el derecho del monarca católico, Felipe IV, a la nominación de obispados vacantes en la Corona portuguesa, al tiempo que rechaza las pretensiones del duque de Berganza sobre la misma cuestión.

La atención de Salustiano de Dios se detiene en la estructura y el contenido del discurso de Ramos de Manzano, pero también presta atención a las múltiples fuentes utilizadas por el autor en el proceso de elaboración de la obra.

Desde la perspectiva de la Historia Moderna, Francisco José Aranda Pérez, profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha, plantea la polémica doctrinal suscitada entre varios autores del siglo xvii, coetáneos a los reinados de Felipe III y Felipe IV, en torno a las difíciles relaciones entre el Monarca Católico y el Papa, siempre oscilantes entre la amistad y la rivalidad<sup>6</sup>. Un debate antiguo que se prolongará hasta el final del Antiguo Régimen.

La exposición de Aranda Pérez se estructura en torno a cuatro escritos jurídicos. De un lado, el elaborado por el jurista, afín a las tesis regalistas, Jerónimo de Ceballos, antes de su incorporación al estamento eclesiástico<sup>7</sup>. La obra tenía como finalidad mejorar la posición de la Monarquía y del Reino, poniendo en tela de juicio, entre otras cuestiones, la riqueza material de la Iglesia. En especial la de las órdenes religiosas. Y, de otro, las tres obras redactadas, respectivamente, por el doctor Gutierre Marqués de Careaga<sup>8</sup>, el doctor Feliciano Marañón de Mendoza<sup>9</sup> y un autor anónimo<sup>10</sup>, refutando los planteamientos de Ceballos en relación al instituto eclesiástico.

Aranda Pérez incluye, al final del trabajo, el discurso de Jerónimo de Ceballos.

Por último, el capítulo del libro firmado por la profesora de Historia del Derecho de la Universidad de Salamanca, Eugenia Torijano, cierra el bloque de los trabajos dedicados al estudio de la obra de algunos juristas en particular<sup>11</sup>. En esta oportunidad, la autora, retomando una antigua línea de investigación, en la que se ocupó hace un tiempo, sobre la relación entre Bentham y distintos profesores de la Universidad de Salamanca, se detiene en el análisis de los vínculos que existen entre Jeremy Bentham y Toribio

<sup>5</sup> Pp. 173-233.

<sup>6</sup> «Los trabajos de un jurista en acción. Controversias eclesiásticas en torno a Jerónimo de Ceballos entre los reinados de Felipe III y Felipe IV», pp. 111-172.

<sup>7</sup> *Discurso sobre el remedio de la Monarquía poniendo límite a lo eclesiástico*.

<sup>8</sup> *Por el estado eclesiástico y monarquía española*.

<sup>9</sup> *Carta y católico discurso... a favor de las sagradas religiones y estado eclesiástico*.

<sup>10</sup> *Apología por las rentas eclesiásticas contra Ceballos*.

<sup>11</sup> «Salamanca, Toribio Núñez, Jeremy Bentham y el derecho penal: el informe de la Universidad de Salamanca sobre el Proyecto de Código penal de 1822», pp. 259-310.



Núñez. La autora utiliza, como punto de partida de su trabajo, el estudio del Informe emitido por la Universidad de Salamanca sobre el Proyecto de Código penal de 1822.

El Informe, en cuya elaboración Toribio Núñez tuvo una participación muy activa como miembro, junto a Martín José de Zatarain, Manuel Barrio Ayuso y Marcos Rodrigo, de la Comisión nombrada por el Colegio de Derechos para su redacción, consta de dos partes. La primera tiene como objeto comentar el Título Preliminar del Proyecto. La segunda cumple con la finalidad de proponer una Instrucción legal sobre la institución del jurado, una constante preocupación de la Universidad de Salamanca que se pone de manifiesto a lo largo de todo el Informe.

Eugenia Torrijano completa la investigación con la inclusión de dos apéndices. En el primero, a través de columnas comparativas, facilita al lector el manejo de los artículos del Proyecto de Código penal a los que alude el Informe de la Universidad de Salamanca, reproduciendo la redacción que tenían en el Proyecto, en el Informe de la Universidad y en el texto definitivo del Código Penal. Y en el segundo apéndice publica la Instrucción legal del Jurado que preparó la Universidad salmantina. Con el mismo instrumento de las columnas, reproduce el articulado dado al Capítulo IV del Título Preliminar en el Proyecto y en el Código penal de 1822.

**IV.** Recordará el lector que al comienzo de estas páginas agrupaba los trabajos de los profesores de Historia Moderna de la Universidad de Salamanca Baltasar Cuart Moner, Luis Enrique Rodríguez-San Pedro Bezares y Ana María Carabias Torres en una misma categoría por considerar que los tres ofrecen un contenido historiográfico. Veamos ahora el alcance de estas aportaciones.

Baltasar Cuart Moner nos presenta un trabajo precioso sobre el interés que manifestaban muchos españoles del siglo *xvi* por la lectura de libros sobre la historia que les había tocado vivir<sup>12</sup>. Por su historia contemporánea. Y al mismo tiempo se ocupa de dar una explicación a la significativa presencia, entre los autores de estas obras, de historiadores con formación jurídica, como es el caso de Gaspar de Baeza o Gonzalo Jiménez de Quesada, entre otros. Lo que propició, en su opinión, que se dieran pasos importantes hacia la configuración de la historia y, por lo que nos afecta, de la historia del derecho, como disciplinas autónomas.

El trabajo se divide en dos partes principales. En la primera, el autor nos aproxima al público lector de aquellos libros de Historia. Y en la segunda, se ocupa de la renovación metodológica introducida por los autores de estas obras que, sin hacer tabla rasa de la imitación tradicional de los autores antiguos, el método dominante hasta entonces, se preocuparon de construir un método histórico propiamente dicho.

El cambio permitió que los objetivos de la historia evolucionaran. El interés por encontrar las analogías existentes entre el tiempo presente y los acontecimientos semejantes sucedidos en tiempos más antiguos pasó a ocupar un lugar secundario y cobró importancia la comprensión de la evolución de las sociedades a lo largo del tiempo.

La preocupación de Luis Enrique Rodríguez-San Pedro Bezares se encauza hacia el análisis de la situación de los estudios sobre la Universidad de Salamanca de época moderna en la más reciente historiografía. En particular, en la publicada entre 1990 y 2007<sup>13</sup>. El trabajo enlaza, así, de modo directo con otras aportaciones historiográficas publicadas en 1966, 1989/1990 y 2003 sobre la misma cuestión a las que el autor se remite.

<sup>12</sup> «Escribir libros de historia. Algunas reflexiones sobre juristas historiadores durante el siglo *xvi*», pp. 81-110.

<sup>13</sup> «La Universidad de Salamanca en la edad moderna: valoración historiográfica, 1990-2007», pp. 441-457.

En los casi veinte años que abarca el trabajo, el autor percibe un crecimiento considerable de publicaciones sobre la Universidad salmantina, lo cual no le impide observar, al mismo tiempo, la existencia de algunas carencias para ciertos períodos. Es el caso del referido a la baja edad media. También llama la atención sobre la necesidad de reinterpretar la historia de la Universidad de Salamanca de la etapa medieval teniendo en cuenta el contexto peninsular y europeo. Y, asimismo, considera la conveniencia de volver a valorar la etapa de transición que vivió la institución salmantina entre la edad media y el renacimiento.

En lo que toca a las líneas de investigación seguidas en los últimos años, Rodríguez-San Pedro Bezares resalta como principales, entre otras, las dirigidas al estudio de la bibliografía y las fuentes, de los aspectos institucionales vinculados al gobierno y a las finanzas de la Universidad, de las disciplinas y saberes impartidos en sus aulas y de la situación de los estudiantes y profesores. También las orientadas a la conservación del patrimonio artístico de la institución y de las tradiciones universitarias.

El autor concluye planteando, como objetivo para el centenario del año 2018, la conveniencia de emprender un estudio panorámico de las Universidades Hispánicas destacando el papel y la importancia, en este contexto, de la Universidad de Salamanca.

El trabajo de la profesora Ana Maria Carabias Torres nos ofrece un contenido particular, muy distinto al de todos los demás capítulos que integran la obra objeto de esta recensión. Su aportación une el pasado propio de la Historia del Derecho con la modernidad que conlleva Internet y los recursos electrónicos<sup>14</sup>.

La finalidad perseguida por la autora es la de guiar a los historiadores del derecho, pero en general a cualquier investigador interesado por la disciplina iushistórica, en la búsqueda de información relativa a los juristas salmantinos de los siglos xv a xx a través de los múltiples recursos electrónicos existentes en la actualidad. Sin embargo, el interés del trabajo de Ana Maria Carabias Torres va más allá porque, en realidad, el manejo de la abrumadora relación de recursos electrónicos que proporciona resulta útil para la búsqueda de información sobre otras muchas cuestiones vinculadas con la Historia del Derecho.

La autora aporta infinidad de datos que facilitan la localización en Internet de manuscritos, así como bibliografía y fuentes impresas, pero también la lectura *on line* de monografías y artículos de revista.

En la parte final del trabajo, a modo de ejemplo, presenta un extenso elenco de obras de Historia del derecho *on-line* de autores españoles o editadas en España.

V. En esta última parte, me corresponde referirme a los trabajos de los profesores Josep Capdeferro Pla, Pilar Arregui Zamorano y Manuel Martínez Neira.

El texto de Josep Capdeferro Pla, historiador del derecho en la Universidad Pompeu y Fabra de Barcelona, nos traslada a la Corona de Aragón, al Principado de Cataluña.

La aportación del autor tiene como finalidad el análisis de la relación que pudo existir entre la práctica judicial y la doctrina en el proceso de formación del derecho del Principado de Cataluña en época moderna<sup>15</sup>. Lo que en última instancia supone determinar si en el siglo xvi las resoluciones judiciales de los más altos tribunales del rey tuvieron la suficiente fuerza como para neutralizar, con su *vis atractiva*, los planteamientos propios del pactismo tradicional.

<sup>14</sup> «La Historia del Derecho on-line. Juristas en Salamanca (siglos xv-xx)», pp. 373-440.

<sup>15</sup> «Práctica y desarrollo del derecho en la Cataluña moderna: a propósito de la jurisprudencia judicial y la doctrina», pp. 235-257.

A través del manejo de múltiples fuentes, Josep Capdeferro alcanza una triple conclusión. En primer lugar, considera que el fenómeno de referencia llegó a producirse en las primeras décadas del siglo xvi. Tal realidad explica el trabajo realizado, por un autor anónimo, con la finalidad de preparar un volumen de *decisiones* en Cataluña, siguiendo el modelo, de este género de obras, difundido por el continente europeo. En segundo término, entiende que el proceso quedó interrumpido, tras la celebración de las Cortes de Barcelona de 1599 y la fijación del orden definitivo de prelación de fuentes del derecho catalán. Y, por último, sostiene que, a partir de la segunda mitad del siglo xvii, hubo un nuevo avance del decisionismo regio en Cataluña, como consecuencia de la puesta en marcha de un proceso orientado a integrar las resoluciones de los altos tribunales reales de justicia en el ordenamiento jurídico del Principado.

Pilar Arregui Zamorano, profesora, de igual modo que Salustiano de Dios y Eugenia Torijano, del Seminario de Historia del Derecho de la Universidad salmantina, vuelve a ocuparse, en esta ocasión, de los procuradores, proporcionando al lector nuevas claves para la comprensión de la evolución de una institución de vital importancia en el mundo de los tribunales<sup>16</sup>.

La autora recupera esta línea de investigación para centrarse en el análisis de una parte de las previsiones de la Ley orgánica del Poder Judicial de 1870 en relación a los procuradores de causas. En concreto, la autora circunscribe su estudio al primero de los tres capítulos que interesan a la institución y, que al mismo tiempo, concierne a los abogados. En su opinión, los puntos básicos del nuevo régimen jurídico de la procura se contienen precisamente en este primer capítulo.

En el marco legal previsto en la Ley de 1870, la postulación se concibe como asistencia y representación técnica de las partes. Lo que en la práctica supone la separación de las funciones propias del procurador y la particular del letrado consistente en la defensa jurídica de las partes. En segundo lugar, la norma establece, como regla principal, la intervención preceptiva de los procuradores, tanto en los juicios civiles como en las causas criminales. También prevé la colegiación de los procuradores, promoviendo su obligatoriedad en los lugares sede de una audiencia y apoyándola en el resto de las capitales de provincia y en todas las poblaciones cuyo número de procuradores no fuera inferior a veinte. Y, por último, la Ley suprime el *numerus clausus*.

La doctores en Derecho en la Universidad Central de Madrid, vinculados a la Universidad de Salamanca, entre 1930 y 1956 es el objeto de estudio de Manuel Martínez Neira, profesor de Historia del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid<sup>17</sup>.

El trabajo de Martínez Neira aproxima al lector a los licenciados en derecho salmantinos que se desplazaron a la Universidad Central de Madrid para realizar sus estudios de doctorado o para defender sus tesis doctorales en el período señalado, una vez que en el siglo xix los estudios de doctorando quedaran centralizados en la Universidad madrileña y que las reformas posteriores continuaran exigiendo que la lectura de las tesis se realizara en Madrid, si bien permitiendo que algunas Universidades periféricas, como es el caso de la de Salamanca, impartieran cursos de doctorado.

El autor incorpora unos extensos apéndices que permiten acceder a una interesante información acerca, entre otras cuestiones, de quiénes fueron los doctorandos salmantinos en Madrid y los temas sobre los que elaboraron las tesis doctorales.

**VI.** Para la publicación de este segundo volumen sobre los juristas en Salamanca, los profesores responsables de la iniciativa han contado con el apoyo prestado por distintas instituciones. En particular de la Universidad a la que pertenecen cuyo servicio de

<sup>16</sup> «1870: un nuevo marco jurídico para los procuradores de los tribunales», pp. 311-352.

<sup>17</sup> «Sobre el Doctorado en Derecho en la Salamanca contemporánea», pp. 353-371.

publicaciones se ha responsabilizado de la edición del libro. Esperamos que en el próximo futuro puedan seguir disponiendo de esta ayuda y, sobre todo, deseamos que Salustiano de Dios, Javier Infante y Eugenia Torijano continúen con la idea de convocar en Salamanca a especialistas que, desde múltiples perspectivas, avancen en el estudio del mundo de los juristas y cuyos trabajos puedan ver la luz en nuevos volúmenes que continúen cubriendo importantes lagunas de nuestra historiografía.

MARGARITA SERNA VALLEJO

**ESCUADERO, José Antonio (ed.). 2008. *El Rey. Historia de la Monarquía*. 3 vols. Barcelona: Editorial Planeta. Vol. I: 450 pp. ISBN 9788408076964. Vol. II: 486 pp. ISBN 978-84-0808-064-0. Vol. III: 539 pp. ISBN 978-84-0808-065-7.**

**I.** La publicación coordinada por el profesor José Antonio Escudero, ganadora del Premio Nacional de Historia en el año 2009, ofrece al lector una síntesis de la historia de la Monarquía en los casi mil seiscientos años transcurridos desde la llegada de Ataulfo, el primer monarca visigodo, a la provincia romana de la Tarraconense y hasta la actualidad.

Nos encontramos ante una obra que cabría considerar divulgativa, pero con un nivel de calidad muy elevado. Varios datos avalan tal consideración. En primer lugar, que la publicación ha sido redactada por profesores universitarios e investigadores vinculados a diferentes Universidades españolas, a la Real Academia de la Historia y a la Real Academia Matritense de Heráldica y Genealogía. En segundo término, que su preparación se ha efectuado con el rigor propio de la investigación científica. Y, por último, que los autores se han preocupado de que la redacción de los textos resultara ágil y sencilla porque la obra debía tener como destinatario un público amplio, en absoluto circunscrito al ámbito universitario. Por esta misma razón, pensamos que las notas de pie de página de los distintos trabajos se han colocado al final de cada volumen indicándose, en todo caso, el capítulo y el trabajo al que pertenece cada una de ellas.

La especialización de los miembros del equipo dirigido por José Antonio Escudero, catedrático de historia del derecho y de las instituciones y académico de las Reales Academias de la Historia y de Jurisprudencia y Legislación, ha permitido la publicación de una historia de la institución monárquica actualizada e interdisciplinar que comprende el pasado y el presente, pero que al mismo tiempo mira hacia el futuro. La mayor parte de los autores están vinculados profesionalmente con la historia del derecho pero junto a ellos figuran varios expertos en otras ramas del conocimiento. Es el caso, por ejemplo, de la historia moderna, el derecho constitucional, el derecho eclesiástico y el derecho internacional.

**II.** La obra se estructura en diecisiete capítulos en cuyo desarrollo se formula un análisis institucional de la figura del monarca, es decir, de la Monarquía en España. Esto significa, como el propio coordinador advierte en el prólogo, que la publicación está muy alejada de ser una historia de los reinados de los sucesivos monarcas. Se trata de un estudio horizontal, temático, no cronológico.

La Monarquía se analiza desde múltiples perspectivas, de ahí que el elenco de materias abordadas sea amplio. Entre otras cuestiones se trata sobre el acceso al trono; las figuras del príncipe, del rey y de la reina; el rey y el gobierno central y territorial de

la Monarquía en el Antiguo Régimen pero también una vez que se implanta el Estado Liberal hasta alcanzar el momento presente; los asuntos de gracia y merced; la vinculación de la realeza con el ejército; la Corte y la Casa del rey; la situación de la Monarquía en el derecho constitucional; las relaciones entre el rey y las Cortes; la vinculación del rey con la religión y, por tanto, con la Iglesia; el rey en el contexto de las relaciones internacionales; los lazos que unen al monarca con los súbditos en el Antiguo Régimen y con los ciudadanos a partir de la configuración del Estado Liberal; el rey y el mundo cultural; y, por último, la pérdida de la Corona y de la muerte y sucesión del monarca.

La publicación se inicia con un capítulo cuyo título, «Antecedentes medievales», no podemos sino considerar desacertado. De un lado, porque no hace justicia al contenido de los dos trabajos que lo componen, firmados por los profesores Javier Alvarado Planas, José María de Francisco Olmos y Andrés Gamba. Y, de otro, porque de la lectura de este título puede extraerse la errónea conclusión de que el resto de los capítulos analizan la institución monárquica a partir de Época Moderna, cuando, en realidad, la mayor parte de ellos comienzan el examen de sus respectivos objetos de estudio desde los siglos medievales, ya sea la Alta o la Baja Edad Media.

Javier Alvarado Planas y José María de Francisco Olmos, profesores de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y de la Universidad Complutense de Madrid, respectivamente, se ocupan, en primer lugar, de la sucesión al trono en la Monarquía visigoda en la que el sistema hereditario fue ganando terreno frente al régimen electivo<sup>1</sup>. Y, a continuación, profundizan en el estudio del proceso que permitió la consolidación de la sucesión dinástica en los Reinos hispánicos medievales. En la exposición prestan una atención particular a los problemas que se derivan del frecuente reparto que hubo de los Reinos entre los descendientes de los monarcas fallecidos; a la articulación de la voluntad del rey y del Reino a los efectos de determinar la sucesión al trono; al derecho de representación; a la importancia de la legitimidad dinástica y su vinculación con el poder de la Iglesia; y al papel que las mujeres cumplieron en la sucesión y en el gobierno de los Reinos.

La atención de Andrés Gamba se ciñe a la dicotomía rey/emperador en la Edad Media y en la Moderna<sup>2</sup>. De ahí su interés por exponer al lector la realidad del *regnum-imperium* leonés; del proyecto imperial de Sancho el Mayor de Navarra y de Fernando I; de la situación del *regnum-imperium* leonés coincidiendo con el reinado de Alfonso VI; del imperio de Alfonso VII; de las aspiraciones de Alfonso X al trono del Sacro Imperio Romano Germánico; y, finalmente, del imperio de Carlos V, el último monarca español que se tituló emperador.

Como se desprende de las indicaciones efectuadas, ambos trabajos tienen una enjundia mayor que la que cabe deducir del título del capítulo. Es por ello que entendemos que la elección de otro rótulo para esta primera parte de la obra habría sido más acertada.

**III.** Del estudio del rey príncipe desde cuatro perspectivas diversas se ocupan, en el capítulo segundo de la publicación, Regina Pérez Marcos, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, José María Vallejo García-Hevia, de la Universidad de Castilla-La Mancha, Fernando de Arvizu, de la Universidad de León, y Jaime de Salazar y Acha, de la Real Academia Matritense de Heráldica y Genealogía.

El análisis de la educación del príncipe, esto es, del hijo de los reyes y heredero de la Corona, en el marco de Castilla en la Baja Edad Media y en Época Moderna corres-

<sup>1</sup> «De la Monarquía electiva visigoda a la Monarquía hereditaria», pp. 15-48.

<sup>2</sup> «Rey y emperador. El imperio castellanoleonés: el emperador en la Edad Moderna», pp. 49-82.

ponde a Regina Pérez Marcos<sup>3</sup>. En este largo período, la inquietud de la Corona, de la nobleza e incluso de la sociedad por la educación del futuro monarca atravesó por distintas fases. De modo que si en los inicios de la Baja Edad Media preocupaba, de manera especial, la formación espiritual y guerrera del príncipe, a partir de la consolidación del Estado Moderno y la progresiva secularización de la política surgió el interés por su adiestramiento en las tareas de gobierno y en los aspectos específicos de la vida cortesana, pero también por su instrucción en el ámbito de las letras y de las artes.

Las sucesivas etapas del proceso formativo del príncipe, los planteamientos doctrinales expuestos por los autores de la época sobre su instrucción y la institucionalización de la educación del futuro monarca son algunos de los puntos desarrollados por la profesora Pérez Marcos.

A continuación, José María Vallejo García-Hevia se ocupa del título dinástico y territorial del Principado de Asturias<sup>4</sup>. En su exposición, tras plantear las causas históricas y políticas que justificaron la creación del título coincidiendo con el reinado de Juan I de Castilla, de modo análogo a lo que sucedió con otros títulos de rasgos similares en diferentes territorios europeos, el profesor de la Universidad castellano-manchega se detiene en el devenir jurídico que permitió la institucionalización efectiva del título como dominio jurisdiccional sobre Asturias y, más tarde, ya en Época Moderna, su agregación a los títulos universales del heredero de la Monarquía.

Un cambio que comportó la pérdida del carácter señorial del título, una vez que se procedió a la incorporación de la mayor parte del territorio del señorío al realengo, y también su consolidación como título dinástico. A partir de ahí, el autor aborda el proceso que llevó, en el siglo XVIII, a la identificación de los títulos de Principado de Asturias y de España y, en el XIX, al reconocimiento constitucional de la equiparación del título con el de heredero de la Corona de España. El trabajo finaliza con el repaso del tratamiento que se ha dado al Principado de Asturias en nuestra historia más reciente como título vinculado al sucesor de la Corona.

El profesor Fernando de Arvizu asume el reto de presentar los aspectos fundamentales del ejercicio del poder político del rey menor de edad en la historia de la Monarquía, proporcionando una atención preferente a la realidad del mundo castellano<sup>5</sup>. Al mismo tiempo, el autor se refiere a la guarda y crianza de los monarcas menores de edad. Y ello porque en la tradición jurídica, formada a partir de la Baja Edad Media, fue frecuente la atribución de ambas funciones, el ejercicio del poder y la custodia del menor, a unas mismas personas. Éstas eran los tutores que podían ser nombrados por el antecesor en el trono por vía testamentaria o por las Cortes. La segunda parte del trabajo, centrada en la Edad Moderna y en el tránsito al Estado Liberal, gira en torno a la exposición de los casos concretos planteados como consecuencia de los problemas mentales de la reina Juana, la minoría y debilidad de Carlos II y el acceso al trono de Isabel II con apenas catorce años.

La continuidad en los siglos modernos de la tradición bajomedieval no fue un obstáculo para la incorporación de algunos cambios en el sistema. Entre otros, el recurso a la idea de «gobernación real», introducida por Isabel la Católica; la participación del válido, junto a la reina Mariana de Neoburgo, en las tareas de tutoría y gobierno durante la minoría de edad de Carlos II; y la incorporación de la palabra «regente» al léxico político español para nombrar a la persona encargada del ejercicio del poder político del rey menor de edad. La última parte de la colaboración del profesor Arvizu tiene como

<sup>3</sup> «La educación del príncipe», pp. 85-104.

<sup>4</sup> «El Principado de Asturias», pp. 105-142.

<sup>5</sup> «Regencia y tutela», pp. 143-163.

objeto la exposición de las previsiones constitucionales en materia de regencia a partir de la Constitución de 1837. El trabajo concluye con una útil orientación bibliográfica sobre el tema expuesto que se echa de menos en los demás trabajos de la obra.

La proclamación del rey y el juramento es el objeto de estudio de la aportación de Jaime de Salazar y Acha<sup>6</sup>. El autor inicia la exposición dando cuenta del ceremonial conforme al cual los sucesivos titulares de la Monarquía asturleonese, de las Coronas de Castilla y Aragón, así como del Reino de Navarra solemnizaron el acceso al poder real y el ejercicio de las funciones a él anejas en los siglos medievales. Acto seguido, su atención se centra en el significado y alcance de la entronización en la España moderna, un período en el que desaparece el ritual de la coronación, y en el juramento previsto en el derecho constitucional a partir del siglo XIX. El texto se cierra con una referencia a los símbolos más importantes de la Monarquía: la corona, el cetro, la espada, el trono, el pendón y el sello real.

IV. Gonzalo Martínez Díez es el autor del capítulo tercero de la obra que nos ocupa<sup>7</sup>. En el plan diseñado por José Antonio Escudero, al profesor Martínez Díez le corresponde acercar al lector a las titulaciones de los reyes. Es decir, al tratamiento que los monarcas recibieron a partir de la etapa del Reino visigodo y hasta la configuración de la Monarquía constitucional. El objetivo perseguido se concreta en un doble enfoque. De un lado, en el estudio de las titulaciones con las que cada monarca se presentó así mismo. Y, de otro, el análisis de las titulaciones con las que los reyes fueron conocidos o designados por sus súbditos. Tras abordar ambas cuestiones en el contexto de la Monarquía visigoda, Martínez Díez acomete su determinación en los Reinos de las Coronas de Castilla y Aragón, en el Reino de Navarra con anterioridad a su incorporación a la Corona castellana y en el contexto de la Monarquía Hispánica a partir de su institucionalización en los inicios de Época Moderna. El capítulo concluye con el tratamiento de las mismas cuestiones en el régimen constitucional.

V. La autoría del capítulo cuarto, reservado al estudio de la figura de la reina en la historia de la Monarquía, se comparte por las profesoras María del Carmen Sevilla González, de la Universidad de La Laguna, y Consuelo Maqueda Abreu, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Esta parte de la publicación se inicia con el estudio que elabora Sevilla González sobre la soberana en las etapas visigoda y medieval, diferenciando la situación de las reinas en el derecho castellano, antes y después de las *Partidas*, y en los derechos aragonés y catalán<sup>8</sup>. Y se continúa con el trabajo de Consuelo Maqueda centrado en el Antiguo Régimen<sup>9</sup>. En esta segunda parte, la autora define la equívoca posición en que se halla la reina en la modernidad como consecuencia de la concurrencia de varios factores. Entre éstos Consuelo Maqueda destaca la superioridad del varón, la falta de reconocimiento oficial de la intervención de la soberana en la vida política de la Monarquía y la influencia que, pese a todo, algunas mujeres llegaron a alcanzar en la práctica política como reinas, gobernadoras y regentes. Finaliza la parte central del capítulo con la explicación de los cambios introducidos en la posición jurídica de la reina tras la reforma de la ley sucesoria en los inicios del siglo XVIII momento a partir del cual quedó relegada al papel de simple consorte.

La parte final del capítulo, firmada también por Consuelo Maqueda, se destina al análisis de la posición de la reina en la Monarquía liberal una vez que se restablece el orden sucesorio tradicional previsto en las *Partidas* con su incorporación a los textos

<sup>6</sup> «Proclamación del rey y juramento», pp. 164-182.

<sup>7</sup> «El rey y su tratamiento: titulaciones de los reyes de España», pp. 185-250.

<sup>8</sup> «La reina visigoda y medieval», pp. 253-273.

<sup>9</sup> «La reina en el Estado del Antiguo Régimen», pp. 274-294.

constitucionales a partir de la Constitución de 1837<sup>10</sup>. La exposición se completa con el estudio de las figuras de la reina «en propiedad», de la regente y de la tutora en los textos constitucionales pero también en la práctica política española del siglo XIX.

**VI.** El profesor José Antonio Escudero, coordinador de la publicación, se reserva la exposición del gobierno central de la Monarquía en el Antiguo Régimen en el capítulo quinto con el que se cierra el primero de los tres volúmenes de la obra<sup>11</sup>. A partir de los antecedentes medievales, José Antonio Escudero se ocupa del modo en que se articuló la administración central de la Monarquía entre los siglos XVI y XVIII. Tras una breve presentación general, pero precisa, del tema, el autor expone, en tres partes diferenciadas, la situación de la administración central de la Monarquía en el siglo XVI, bajo el régimen polisinodial de consejos pluripersonales y colegiados, a los que se unen los distintos tipos de secretarios del monarca. En el siglo XVII, período en el que, manteniéndose el sistema de los consejos y de los secretarios del rey, se introducen tres novedades: en primer, la figura del valido, que desplaza a los secretarios a un plano secundario; en segundo término, las juntas especiales que se configuran como nuevos órganos colegiados de menor entidad que los consejos; y, por último, el secretario del Despacho Universal, como responsable del recibimiento de las consultas y de los papeles de los consejos y de las juntas, así como de la preparación de los dictámenes para el monarca y para el valido de turno. Y, por último, en el XVIII, en el momento en que el gobierno central de la Monarquía se organiza sobre la continuidad del sistema polisinodial anterior, en todo caso en franco declive, y la introducción de un nuevo modelo ministerial, en el que cobran protagonismo los secretarios de Estado y del Despacho o ministros.

**VII.** La explicación de los aspectos referidos al gobierno territorial de la Monarquía, en el capítulo que inaugura el segundo volumen de la obra, corresponde a las profesoras de la Universidad Nacional de Educación a Distancia Consuelo Maqueda Abreu y Yolanda Gómez Sánchez y al profesor Manuel Santana Molina, de la Universidad de Alicante.

La parte central del trabajo de Consuelo Maqueda se destina al análisis de la organización virreinal en las Indias<sup>12</sup>. En su desarrollo, la autora se detiene, de manera particular, en el proceso de creación de los virreinos americanos así como en las distintas etapas de su implantación; en los perfiles jurídicos del virrey americano; y, por último, en las amplias competencias que integran la jurisdicción de los virreyes en las Indias una vez que actúan, al mismo tiempo, como presidentes de las audiencias y gobernadores y capitanes generales.

La nueva organización administrativa y territorial de la España liberal cuyas bases comienzan a delimitarse desde los inicios del siglo XIX sobre la base de dos nuevas instituciones, los gobernadores civiles y las diputaciones provinciales, es el tema expuesto por Manuel Santana<sup>13</sup>. A lo largo de la exposición el autor tiene la oportunidad de referir el sistema territorial tal y como se configura a medida que avanza la historia política del siglo XIX, llegando a concluir que las múltiples dificultades planteadas para la construcción del nuevo modelo territorial tuvieron como causa la inadecuación de las previsiones constitucionales a la realidad material del país.

Desde la perspectiva del derecho constitucional, Yolanda Gómez Sánchez se interesa por las relaciones de la Monarquía con las Comunidades Autónomas a partir de la

<sup>10</sup> «La reina en la Monarquía liberal», pp. 295-314.

<sup>11</sup> «El rey y el gobierno central de la Monarquía en el Antiguo Régimen», pp. 317-380.

<sup>12</sup> «El rey y los virreyes», pp. 9-41.

<sup>13</sup> «El rey: gobernadores civiles y diputaciones provinciales desde el siglo XIX», pp. 42-93.



Constitución de 1978<sup>14</sup>. En el discurso, la autora concreta los actos reglados del rey en relación con los presidentes de las Comunidades Autónomas. En primer lugar, la participación regia en el acto de nombramiento de los presidentes autonómicos, en tres contextos diferentes, el de la investidura, el de la pérdida de una cuestión de confianza que conlleva la dimisión del presidente y el de la moción de censura. A continuación se ocupa del papel del monarca en la promulgación de las leyes autonómicas. Y, por último, se detiene en el nombramiento por el rey de los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. El trabajo concluye con la referencia a las audiencias que los reyes conceden a los presidentes de las Comunidades Autónomas con ocasión de la celebración de las *Conferencias de Presidentes*.

**VIII.** El segundo capítulo tiene como finalidad aproximar al lector a los asuntos de gracia y merced. Ricardo Gómez Rivero, historiador del derecho vinculado a la Universidad de Elche, inicia esta parte de la obra abordando la cuestión del ejercicio de la potestad graciosa del monarca en Época Moderna durante los reinados de los Austrias y Borbones<sup>15</sup>. En la primera parte de la exposición se detiene en la etapa de los Austrias, en el período en que los asuntos de gracia, merced y patronato real han dejado de ser competencia del Consejo Real de Castilla, como había sucedido entre los reinados de Juan I y los Reyes Católicos, y se han atribuido al Consejo de la Cámara desde los primeros años del reinado de Carlos V. En este contexto, el autor trata por separado del despacho de gracias, del de mercedes y del de las gracias y mercedes concedidas previa consulta de algún consejo de la Monarquía hispánica, principalmente, del Consejo de Aragón, del de Italia y del de Estado. En la parte final del trabajo, Gómez Rivero expone las vicisitudes del ejercicio de la potestad graciosa del monarca en el siglo XVIII, a partir de la supresión, en 1713, del Consejo de la Cámara.

La segunda parte del capítulo aparece firmada por Jaime de Salazar y Acha<sup>16</sup>. En esta ocasión, a partir de su vinculación con la Real Academia de Heráldica y Genealogía, al autor le corresponde el tratamiento de la concesión de los títulos nobiliarios. En la presentación del tema trata del origen y evolución de los títulos nobiliarios cuya concesión ha correspondido históricamente al rey. Tras fijar el sentido de las expresiones «título nobiliario» y «estado noble», refiere la situación de los títulos en el marco del Reino visigodo y durante los siglos medievales para, a continuación, desarrollar los aspectos más relevantes que afectan a los títulos nobiliarios en la actualidad.

**IX.** Los profesores Enrique Martínez Ruiz, modernista adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, y Juan Carlos Domínguez Nafría, de la Universidad CEU San Pablo, ofrecen al lector la perspectiva de las relaciones entre la Monarquía y el ejército en dos períodos concretos de la historia de España. El primero se ocupa de la figura del rey como jefe del ejército en el Antiguo Régimen, hasta la Guerra de la Independencia<sup>17</sup>. Y, el segundo, del rey responsable último de las Fuerzas Armadas en la Monarquía parlamentaria<sup>18</sup>.

Tomando como punto de partida la situación en que se encontraban los ejércitos feudales en la Edad Media, Martínez Ruiz analiza el proceso que, iniciado a fines del siglo XV, coincidiendo con el reinado de los Reyes Católicos, permitió la organización

<sup>14</sup> «El rey y los presidentes de las Comunidades Autónomas desde la Constitución de 1978», pp. 94-105.

<sup>15</sup> «Gracia y merced bajo las dinastías de Austrias y Borbones», pp. 109-145.

<sup>16</sup> «La concesión de títulos nobiliarios», pp. 146-163.

<sup>17</sup> «El rey, jefe del ejército en el Antiguo Régimen», pp. 167-196.

<sup>18</sup> «El rey como jefe supremo de las Fuerzas Armadas en la Monarquía parlamentaria», pp. 197-234.

de un ejército del rey con el consiguiente fortalecimiento del poder real. Un cambio que exigió la eliminación de los poderes militares nobiliarios y aristocráticos, la organización de una nueva fuerza militar y la creación de una administración específica para la organización y gobierno del ejército.

En los inicios del siglo XIX, al tiempo de la creación del Estado Liberal, se siente la necesidad de transformar el ejército del rey del Antiguo Régimen en un ejército nacional. El estudio de este nuevo cambio y su evolución en la centuria siguiente constituye el tema desarrollado por Domínguez Nafría. Una de las cuestiones por las que el autor manifiesta un mayor interés es la que guarda relación con el tratamiento que se proporciona al ejército en los distintos textos constitucionales, incluida la Constitución de 1978.

**X.** Con el título «Vida del monarca, la Corte y la Casa del rey», se presenta el cuarto capítulo del segundo volumen de la obra. Para su preparación, el coordinador de la publicación ha contado con la colaboración de Feliciano Barrios, María Dolores Sánchez González, José Cano Valero y Santiago Martínez Hernández.

En la primera parte del capítulo, Feliciano Barrios, profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha, introduce al lector en el mundo de los símbolos que rodean, desde Época Moderna, la actividad de los monarcas<sup>19</sup>. Lo que supone detallar el significado de los emblemas heráldicos y vexilológicos, es decir de los escudos de armas y de las banderas; de algunos objetos con una significación política específica como es el caso, entre otros, de la corona, el trono, el cetro, la espada y los sellos; de las Órdenes Reales; y, de las ceremonias reales como es el caso de la entrada solemne en la Corte del nuevo rey o el besamanos de los Consejos.

A continuación, el mismo Feliciano Barrios acomete la explicación del papel que cumplieron las Casas Reales en la Edad Moderna<sup>20</sup> y María Dolores Sánchez González se detiene en el análisis de la Casa del rey y de la Casa de la reina en el marco de la Monarquía liberal diferenciando las distintas situaciones planteadas en cada uno de los reinados<sup>21</sup>. La autora inicia su estudio con el reinado de José Napoleón I y lo concluye con el del monarca actual.

José Cano Valero, también vinculado a la Universidad castellano-manchega, se ocupa de la Monarquía desde la perspectiva de la visión que de ella han tenido y transmitido los embajadores de las naciones extranjeras en España y otros viajeros foráneos a lo largo de los siglos<sup>22</sup>. El autor se detiene en la percepción de los extranjeros en relación al origen de la realeza hispánica, la elevación al trono, la dignidad, los títulos, la simbología de la Corte y el oficio de reinar.

El capítulo concluye con el trabajo de Santiago Martínez Hernández sobre las relaciones entre el rey y la nobleza en el Antiguo Régimen en el momento en que se acentúa el proceso de debilitamiento del poder político de la nobleza cortesana. Un desarrollo que concluye en el siglo XIX<sup>23</sup>.

**XI.** Pedro González-Trevijano, profesor de derecho constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, asume la tarea de exponer, en tres partes distintas, el papel previsto para el monarca en las constituciones de los siglos XIX y XX<sup>24</sup>. El autor dedica la primera parte del texto al análisis de la vinculación que ha existido, en las diferentes

<sup>19</sup> «Símbolos y ceremonias reales en la Monarquía de España», pp. 237-251.

<sup>20</sup> «Las Casas Reales en la Edad Moderna», pp. 252-258.

<sup>21</sup> «La Casa del rey y la Casa de la reina en la Monarquía liberal contemporánea», pp. 259-274.

<sup>22</sup> «El rey visto por los extranjeros», pp. 275-296.

<sup>23</sup> «El rey y la nobleza cortesana en el Antiguo Régimen», pp. 275-296.

<sup>24</sup> «El rey en la historia del derecho constitucional español y en el vigente régimen constitucional», pp. 313-377.

etapas constitucionales, entre la Monarquía y el concepto de soberanía, la teoría de la separación de poderes, las Cortes y el poder constituyente. A continuación, en la segunda parte, se centra en el estudio de la Jefatura del Estado monárquica en la historia constitucional española, de 1808 a 1978. Y, por último, concluye con el examen de la inviolabilidad e irresponsabilidad del monarca y las previsiones contenidas en los distintos textos constitucionales en relación al referendo de los actos del rey.

**XII.** El tercer y último volumen de los tres que componen la obra coordinada por José Antonio Escudero, el más extenso, comprende siete capítulos en cuyo desarrollo los autores se interesan por la relación del rey con las Cortes, con la Iglesia, con los súbditos y los ciudadanos, pero también por el papel del rey en el marco de la política internacional y en el mundo cultural y por la muerte y la sucesión en la Corona.

Francisco Baltar Rodríguez, de la Universidad de Zaragoza, recibió el encargo de realizar la aproximación a las relaciones entre el rey y las asambleas representativas en el Antiguo Régimen tomando como eje el análisis de la convocatoria de Cortes en Castilla, Cataluña, Valencia, Aragón y Navarra, así como en el caso de las Cortes celebradas en el siglo XVIII<sup>25</sup>. En la segunda parte del trabajo, circunscrito a la etapa liberal, el autor se ocupa de la posición que corresponde al monarca en su relación con el Congreso y el Senado<sup>26</sup>. Es por ello que, una vez planteados los conceptos de soberanía nacional y soberanía compartida, Baltar Rodríguez se detiene en la función legislativa del rey y sus ministros, así como en el ejercicio de la función ejecutiva por el monarca. A continuación, se aproxima, desde varias perspectivas, al ceremonial que rodea al rey en su relación con las Cortes. Y, finalmente, concluye con la exposición de las actuaciones que corresponden a las Cortes en caso de fallecimiento o abdicación del monarca.

El estudio de la facultad atribuida al rey de elegir o nombrar a miembros de la Cámara alta en varios momentos de la historia constitucional española es el objetivo del trabajo presentado por María del Camino Fernández Jiménez<sup>27</sup>. La autora, a partir del Estatuto de Bayona de 1808, examina las previsiones sobre los senadores con nobleza de título o designados por el rey contenidas en los distintos textos constitucionales. En la última parte, se refiere a la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977 y ello porque el texto establecía que el rey pudiera designar cierto número de senadores para cada legislatura.

**XIII.** El capítulo dedicado al rey, la religión y la Iglesia comprende tres aportaciones distintas. La primera, firmada por Alberto de la Hera, profesor de la Universidad Complutense de Madrid, se detiene en las relaciones entre la Monarquía y la Santa Sede<sup>28</sup>. En su desarrollo, el autor, después de exponer la situación de la Monarquía y de la Iglesia en la Edad Media, se ocupa, entre otras cuestiones, del título de «rey católico» de los reyes de España, del regio patronato, del derecho de presentación, del vicariato regio, del pase regio, del regalismo como sistema de relaciones entre la Corona y la Iglesia y, finalmente, de los concordatos firmados entre España y la Santa Sede.

El profesor Fernando Suárez Bilbao, de la Universidad Rey Juan Carlos, es el autor de la segunda colaboración de este capítulo. A él le corresponde el estudio de la política

<sup>25</sup> «La convocatoria de Cortes con Austrias y Borbones», pp. 9-18.

<sup>26</sup> «El rey ante el Congreso y el Senado», pp. 19-39.

<sup>27</sup> «Los senadores con nobleza de título o designados por el monarca», pp. 40-62.

<sup>28</sup> «Derechos del rey y relaciones con la Santa Sede», pp. 65-95.

real dirigida a lograr la unidad católica en la Monarquía y el papel que la Inquisición tuvo en su articulación<sup>29</sup>.

Leandro Martínez Peñas nos acerca a la institución del confesor regio desde tres perspectivas distintas<sup>30</sup>. De modo que, en el desarrollo de la exposición, el autor se preocupa, en primer lugar, de los orígenes y de la naturaleza del confesor del rey en los siglos medievales; a continuación se detiene en la posición que los confesores alcanzaron en el contexto de la Monarquía Hispánica; y, por último, se interesa por algunos de los confesores que tuvieron un papel más importante en la historia de la Monarquía.

**XIV.** Beatriz Badorrey Martín, Pedro Pablo Miralles Sangro y Fernando Val Garijo se refieren al rey y su papel en el contexto de la política internacional. Los temas tratados son muy precisos. La profesora Badorrey Martín, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, estudia el modo en que las relaciones internacionales de la Monarquía se canalizaron en el siglo *xvi* a través del Consejo de Estado; en el *xvii* por medio de los validos y del secretario del Despacho Universal; y en la última centuria del Antiguo Régimen por la vía de la Secretaría de Estado y del Despacho de Estado<sup>31</sup>.

Miralles Sangro, miembro de la misma Universidad, se ocupa, desde la perspectiva del derecho internacional, de la acreditación de los embajadores<sup>32</sup>. Para alcanzar el objetivo deseado, el autor parte del análisis del artículo 63.1 de la Constitución de 1978 y a continuación da cuenta del marco jurídico internacional en relación a la acreditación diplomática. Cubierta esta parte de la exposición, se ocupa de la acreditación de embajadores por el rey y del ejercicio del derecho de legación por el gobierno en las cuestiones referidas a la dirección de la política exterior. En la parte final del trabajo, con vinculación al tema de las relaciones internacionales que representa el eje del capítulo, pero al margen del tema específico de la acreditación diplomática que es el propio de su aportación, el autor se refiere a algunos problemas vinculados con la forma de los tratados internacionales y con las declaraciones de guerra y paz.

Y, por último, Val Garijo aborda la cuestión de la inmunidad del rey en el derecho internacional público<sup>33</sup>. En el desarrollo del discurso plantea los conceptos de inmunidad funcional e inmunidad personal y señala los límites a la inmunidad del jefe de Estado.

**XV.** De la relación que históricamente ha existido entre el rey y los súbditos y los ciudadanos se ocupan, en el cuarto capítulo, desde un enfoque particular, Vicente Pérez Moreda<sup>34</sup>, de la Real Academia de la Historia, y el periodista Abel Hernández<sup>35</sup>. El primero de los dos trabajos tiene como finalidad realizar una aproximación cuantitativa al número de súbditos del rey en algunos momentos de la Edad Moderna y acercar al lector a la realidad de la Corte como factor de poblamiento y como objeto pasivo de la coyuntura demográfica. El segundo de los textos se dirige a la exposición de algunas ideas sobre la visión que se tiene de la Monarquía en la sociedad española actual, acerca del debate que existe entre Monarquía y República y en relación al papel que la prensa desempeña en la formación de la imagen de la institución monárquica.

<sup>29</sup> «Los reyes ante la unidad católica y la Inquisición», pp. 96-111.

<sup>30</sup> «El rey su confesor en el Antiguo Régimen», pp. 112-124.

<sup>31</sup> «La política internacional del rey en el Antiguo Régimen a través del Consejo de Estado y del ministro de Estado», pp. 128-147.

<sup>32</sup> «La acreditación de embajadores», pp. 148-182.

<sup>33</sup> «La inmunidad del rey en el derecho internacional», pp. 183-196.

<sup>34</sup> «Los súbditos del rey de España», pp. 200-235.

<sup>35</sup> «El rey y la opinión pública, hoy», pp. 236-262.

No obstante el interés de ambos trabajos, parece que falta el estudio institucional de la relación del monarca con los súbditos en el Antiguo Régimen y con los ciudadanos a partir del Estado Liberal no sólo por el interés que tienen estas dos perspectivas sino también porque es lo que el lector espera encontrar tras la lectura del título del capítulo.

**XVI.** La vinculación que la Monarquía ha mantenido con la cultura nos introduce en el quinto capítulo. Carmen Sanz Ayán, de la Academia de la Historia, y Juan Carlos Domínguez Nafría se detienen en las inquietudes culturales de los titulares de la Monarquía en Época Moderna, en las relaciones de la institución monárquica con las Universidades y en el patronazgo de los reyes sobre las reales academias.

Enlazando con el trabajo de la profesora Pérez Marcos sobre la educación del príncipe, la aportación de Sanz Ayán se inicia con una primera parte dedicada a la educación regia en los siglos modernos, para a continuación ocuparse de la cultura palaciega y del ocio cortesano<sup>36</sup>. Como colofón de su texto, nos aproxima al mundo del mecenazgo y del coleccionismo al que también se acercaron los Austrias y los Borbones.

La compleja relación que se establece entre la Monarquía y las Universidades, fuertemente vinculadas con la Iglesia, en Época Moderna interesa a Sanz Ayán en la segunda parte del capítulo que nos ocupa<sup>37</sup>. En su exposición, la autora se detiene en los cambios introducidos en los centros universitarios a partir de los Reyes Católicos, en el patronato que ejercen los Austrias sobre las Universidades, en el papel que estas instituciones desempeñan en la formación de una imagen ideal del monarca y en las novedades que los Borbones impulsan en la enseñanza universitaria.

El movimiento academicista propio de la Ilustración y el apoyo que la Monarquía ha dado a las reales academias desde el siglo XVIII representa el objeto de estudio del trabajo del profesor Domínguez Nafría<sup>38</sup>. En su exposición se ocupa de reseñar brevemente la trayectoria de las ocho reales academias, además de mostrar la situación en que se encuentran en la actualidad después de su incorporación al Instituto de España.

**XVII.** La parte principal del capítulo sexto tiene como finalidad el tratamiento de distintos aspectos vinculados con la pérdida de la Corona. De este modo, Andres Gamba aborda los destronamientos violentos en la Edad Media y Fernando Suárez Bilbao se ocupa de las abdicaciones y renuncias en el contexto de la Edad Moderna. Además de estas dos colaboraciones, dando comienzo al capítulo, nos encontramos con otro trabajo firmado por la profesora Emma Montanos Ferrin, de la Universidad de la Coruña, que trata del poder real en el mundo jurídico del Derecho común. Pensamos que, atendiendo a su contenido, esta aportación podía haber tenido otra ubicación en el conjunto de la obra.

En el primero de los trabajos señalados, Andres Gamba se ciñe al estudio de los destronamientos violentos en la España visigótica, en el reino asturleonés, en el período en que se forma el reino castellanoleonés y en la Castilla bajomedieval<sup>39</sup>. Y, en el segundo, Fernando Suárez Bilbao se ocupa de las abdicaciones y de las renuncias al trono en los reinados de Carlos V, Felipe V, Amadeo de Saboya, Isabel II y Alfonso XIII<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> «Los reyes y la cultura en la Edad Moderna», pp. 265-283.

<sup>37</sup> «El rey y las universidades», pp. 284-305.

<sup>38</sup> «El rey y el alto patronazgo sobre las reales academias», pp. 306-331.

<sup>39</sup> «La pérdida de la Corona: destronamientos violentos en la época medieval», pp. 349-373.

<sup>40</sup> «Abdicaciones y renuncias en los tiempos modernos. Carlos V, Felipe V, Amadeo de Saboya, Isabel II y Alfonso XIII», pp. 374-86.

El objeto de estudio que plantea la profesora Montanos Ferrin nos acerca a la fundamentación del poder regio en el sistema del Derecho común<sup>41</sup>. En la práctica el desarrollo del tema permite el planteamiento de los principios fundamentales del Derecho romano justiniano y del Derecho canónico que consolidaron y fortalecieron el poder regio a partir de la incorporación de aquellos principios del *Ius Commune* a los textos de los *iura propria* de los reinos europeos y, de modo particular, a los derechos de los Reinos de Sicilia y Castilla.

**XVIII.** El capítulo titulado «Muerte y sucesión en la Corona» cierra, como parece que no podía ser de otro modo, la extensa obra de la que estamos dando cuenta.

En la primera parte del capítulo el profesor Feliciano Barrios asume la tarea de presentarnos algunas cuestiones en torno a la celebración y el contenido político de las honras fúnebres por el fallecimiento del monarca<sup>42</sup>. Y concluye la obra la profesora Yolanda Gómez Sánchez tratando, desde la perspectiva del derecho constitucional, de la cuestión del acceso de las mujeres al trono español y la posible reforma de la Constitución de 1978 para modificar la previsión relativa a la preferencia del varón sobre la mujer en el orden de sucesión<sup>43</sup>. Para alcanzar tal objetivo, después de plantear la cuestión sucesoria como un elemento propio de la Monarquía, la autora ofrece una visión panorámica del tratamiento previsto sobre esta cuestión en otros ordenamientos jurídicos distintos del nuestro y a continuación se centra en el caso español.

**XIX.** La visión institucional desde la que se ha proyectado y elaborado la publicación proporciona, sin ninguna duda, una panorámica ciertamente extensa de la historia de la Monarquía en España y la opción por este enfoque ofrece grandes ventajas, pero también conlleva un inconveniente sobre el que considero conveniente llamar la atención.

Como obra de conjunto suministra una información excepcional, tanto para el público en general como para los especialistas que encuentran en ella un amplio conjunto de referencias históricas e incluso actuales. Se echa en falta, no obstante, el complemento de una visión crítica de la institución estudiada, función que quizás hubiera podido cumplir un capítulo historiográfico en el que se diera cuenta de las diferentes visiones que los autores han tenido a lo largo de los siglos o tienen todavía sobre la validez de la Monarquía española. Es obvio que han existido opiniones no siempre coincidentes sobre la valía de distintas figuras que en las últimas centurias han encarnado la institución, o sobre el problema del debilitamiento de los contrapesos al poder del rey en la comunidad o reino, o de la fragilidad del control comunitario a la acción legislativa, judicial y política del monarca o de los órganos de gobierno de él dependientes.

MARGARITA SERNA VALLEJO

<sup>41</sup> «El poder del rey en el sistema del derecho común», pp. 335-348.

<sup>42</sup> «Exequias y ceremonial: las honras fúnebres del rey en la Corte», pp. 389-395.

<sup>43</sup> «La sucesión a la Corona: la sucesión de las mujeres y la posible reforma de la Constitución de 1978», pp. 396-430.

**GARCÍA PÉREZ, Rafael D.** *Antes leyes que reyes. Cultura jurídica y constitución política en la Edad Moderna (Navarra, 1512-1808)*, en *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Milano, 2008, 546 p. ISBN 978-88-1413-639-9

Nos encontramos, sin duda, ante un libro singular por abordar la historia jurídico-política del Reino de Navarra a lo largo de la Edad Moderna de una manera inusual. Pero vayamos por partes, porque son varios los puntos que, desde el principio, llaman la atención del lector especializado. En primer lugar, la editorial que ha asumido su publicación. No es habitual que una editorial de ámbito europeo, localizada en Italia, se incline por la publicación de un estudio histórico-jurídico de un reino perteneciente a la monarquía española, como es el caso del de Navarra. Es cierto que contribuye a ello el hecho de que su autor, como explica en el prólogo, redactara la mayor parte de este trabajo en la sede del *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Pero estoy convencida de que ésta no es la única razón. Tan prestigiosa editorial italiana acoge tan impecable obra de R. D. García Pérez porque la reconoce como propia. En efecto, por los intereses que persigue el autor, por la manera de abordarlos y por las categorías jurídicas y culturales utilizadas se puede decir que nos encontramos ante una obra de clara factura florentina.

La segunda circunstancia que atrae la atención es el propio título: *Antes leyes que reyes*, expresión que el autor toma prestada de una representación que la Diputación de Navarra dirigió a Felipe V a comienzos del siglo xvii, y que sintetiza una idea que recorre las más de quinientas páginas de este estudio: la prioridad del derecho respecto a la política en la cultura jurídica del Antiguo Régimen. Mas no termina ahí este título, que podría resultar equívoco, por tratarse de un conocido aforismo que tradicionalmente ha sido sinónimo de «pactismo» (concepto historiográfico que, como veremos, no convence al autor), frente a *Allá van leyes do quieren reyes*, que ha servido para representar al «absolutismo». El famoso aforismo se completa con un expresivo y necesario: *Cultura jurídica y constitución política en la Edad Moderna*. Ahora, sí se desvela el objetivo: explicar, a partir de categorías y principios elaborados por los juristas del *ius commune*, la elaboración de la «constitución política» de Navarra, entendiendo esta expresión (necesario es explicarlo) en su sentido más amplio, es decir, como «ordenamiento general de las relaciones sociales y políticas», en palabras prestadas de Fioravanti (p. 46).

En efecto, R. D. García Pérez no pretende realizar una exposición al uso de la historia política navarra durante el largo período de tiempo acotado (1512-1808). Sus intereses son otros y él mismo nos los explica: «Podría decirse [...] que el reino de Navarra ha sido elegido como laboratorio de estudio de un problema que excede las reducidas fronteras de este reino pirenaico: las formación de las *constituciones* políticas antiguas, es decir, de aquellas que informaron la evolución de los reinos europeos desde la Baja Edad Media hasta el siglo xviii. En este contexto –continúa– cabe también plantearse el lugar ocupado por el pacto en su formación y desarrollo, pues como hemos visto anteriormente, a él remiten en último extremo, a su presencia o ausencia a través de las Cortes o parlamentos, las diferentes interpretaciones realizadas por la historiografía política dedicada al estudio de la Edad Moderna» (p. 43).

Por ello, con este fin, se esfuerza por mostrar la relación existente entre un discurso jurídico europeo de origen bajomedieval, elaborado a partir de unos textos romanos y canónicos, y la construcción de un determinado orden político, en este caso el navarro, a partir de la continua *interpretación* de unos textos propios, principalmente el Fuero

General de Navarra. En este sentido, el autor aborda una cuestión clave en la historia política de Navarra desde la única perspectiva metodológicamente posible para el historiador del derecho, esto es, la cultura jurídica y política de aquellos siglos, muy diferente de la actual.

El libro aparece estructurado en cuatro capítulos claramente diferenciados, de los que los dos primeros constituyen la preparación imprescindible para abordar el estudio de los restantes, propiamente el núcleo de la obra.

En el primer capítulo («La historia constitucional de los reinos europeos: planteamientos historiográficos y aproximación metodológica») (pp. 1-90), el autor, consciente del protagonismo concedido a la historia como dimensión constitutiva del derecho en determinados territorios a partir de 1839, y de que la idea de pacto es clave para explicar la historia de Navarra, analiza críticamente dos categorías historiográficas: *pactismo* y *absolutismo*, que han condicionado, y condicionan, la manera de entender las monarquías europeas durante la Edad Moderna. Cuestionar la idoneidad de tales conceptos para interpretar correctamente la articulación del poder político en el Antiguo Régimen resulta, a mi juicio, enormemente oportuno en un trabajo sobre el reino de Navarra, tradicionalmente incluido entre aquellos que gozaron de un régimen político pactista, al igual que Aragón o Cataluña. Sin rechazar de plano la idoneidad de estas nociones, y los resultados que en las últimas décadas han producido, Rafael García Pérez señala las limitaciones de este planteamiento dualista de la estructura socio-política de los siglos medievales y modernos, fruto de una precomprensión historiográfica más adecuada a la cultura política y a la realidad institucional de los siglos XIX y XX («El modelo político que sirve de punto de referencia para enjuiciar la constitución de los reinos del Antiguo Régimen a partir de la antítesis *pactismo-absolutismo* responde más al paradigma estatista del poder que triunfó con las revoluciones liberales en el continente europeo, que a la concepción del poder propia de los siglos que se estudian, esto es, del Antiguo Régimen») (p. 35). En su opinión, la superación de estos esquemas tradicionales debería traducirse en el empleo de otras categorías más acordes con la cultura jurídica y política de la Edad Moderna.

Subrayadas estas limitaciones, en la que podríamos considerar segunda parte del primer capítulo, el autor trata de poner en práctica esta renovación historiográfica delimitando las coordenadas básicas del modelo constitucional propio del Antiguo Régimen. Para él, sus principios definitorios son: el carácter objetivo e indisponible del orden jurídico, reflejado en la existencia de unos derechos naturales, y, en consecuencia, el escaso margen reconocido a la voluntad humana en el diseño de ese orden; la representación corporativa de la república que se reflejaba, entre otras cosas, en la intrínseca desigualdad de su constitución; la concepción jurisdiccional del poder, clave para comprender todo el planteamiento, dada la orientación metodológica del autor; y el protagonismo de los juristas en la *interpretatio* de los textos. En este contexto cultural debe situarse la figura del pacto para comprender su virtualidad en la constitución política de los reinos europeos y, en particular, en Navarra («La naturalidad y el carácter objetivo del orden jurídico exigía que no fuera el contrato el fundamento del derecho sino más bien al revés») (p. 73).

El estudio de estas coordenadas básicas de las constituciones antiguas viene precedido de una reconstrucción del proceso de formación en Europa del discurso político en torno a los conceptos de *leyes fundamentales*, a partir de la segunda mitad del siglo XVI, y, más adelante, sobre la antigua *constitución*. Esta reconstrucción es necesaria en la medida en la que Navarra desarrolló, también, su propio discurso, especialmente a partir del siglo XVIII, basado en dichas categorías. No obstante, el autor marca las distancias



entre el discurso basado en estas dos categorías y el estudio más sustancial de aquellas coordinadas básicas de las constituciones antiguas.

En el capítulo II («El reino de Navarra en la cultura jurídica europea: el derecho como *interpretatio*») (pp. 91-136), el autor se adentra propiamente en la problemática navarra dentro del contexto europeo. «El reino de Navarra no fue un islote jurídico o político en el mapa de los reinos europeos» (p. 91); por eso, su derecho propio no puede estudiarse desvinculado de la cultura jurídica existente en Europa. Para conseguirlo, aborda, en primer lugar, el estudio de la recepción del *ius commune* en Navarra, desde finales de la Baja Edad Media (tema todavía pendiente de un análisis más detenido), y el de su reconocimiento y defensa como derecho supletorio del propio del reino. Y, a continuación, se centra en un tema capital en este estudio: la *interpretatio* en la cultura de *ius commune*. *Interpretatio* en cuanto «dimensión constitutiva de la norma», e *interpretatio* porque «la historia jurídica de un texto es la historia de los diferentes significados que recibe con el paso del tiempo». Y se trata de un tema capital en la medida en la que el objetivo último que persigue R. D. García Pérez es estudiar el proceso de construcción del discurso constitucional en este reino a partir de la cultura del *ius commune*; esto es, mostrando cómo los juristas al servicio de la Corte, en consonancia con la formación que habían recibido en las universidades, utilizaron la interpretación para actualizar y construir el derecho propio de Navarra y, en particular, para defender las libertades y privilegios del reino frente a las pretensiones de la Corona.

Con estas reflexiones se cierra la que podríamos considerar como la primera parte de la obra, de valor inestimable para conocer el planteamiento historiográfico del que parte el autor para abordar la segunda parte (capítulos II y IV), que constituye el verdadero núcleo de su exposición.

En el extensísimo capítulo III («Fundamentos jurídicos del orden político») (pp. 137-416), Rafael García Pérez se aproxima a lo que denomina «gramática del poder», a las doctrinas jurídicas (y en algunos casos también teológicas) que sirvieron como «material de construcción» de la constitución Navarra. Trata, así, de reconocer y explicar los conceptos y principios jurídicos a partir de los cuales Navarra articuló su discurso constitucional. Para ello, plantea cuatro cuestiones claves en este proceso.

La primera de ellas es el problema del origen, naturaleza y ejercicio del poder político. Lo hace principal y muy acertadamente de la mano de uno de los juristas navarros más relevantes de ese tiempo: el canonista y moralista Martín de Azpilcueta, repasando su pensamiento como premisa imprescindible para poder, luego, centrarse en la imagen de la historia de Navarra que difundieron las Cortes y la Diputación.

La segunda es el lugar que el pacto originario de la monarquía, tal y como fue recogido en el Fuero Antiguo, ocupó en el discurso constitucional navarro durante la Edad Moderna. Resalta, para ello, la importancia del capítulo I del Fuero General de Navarra, que traslada la idea de la existencia de un texto que recrea los orígenes de Navarra a partir de la celebración de un pacto y que fijaba las condiciones bajo las cuales los reyes accedían al trono. A partir de ahí, Rafael García Pérez analiza los principales textos producidos por las Cortes y por la Diputación del reino de Navarra durante esos siglos: el Fuero Reducido, las recopilaciones de los siglos XVII, y los diferentes memoriales y representaciones dirigidos al rey con motivo del ascenso de la dinastía Borbón al trono y de los grandes conflictos que marcaron las relaciones de las Cortes y el rey durante el siglo XVIII, tales como el traslado de las aduanas y la aplicación del sistema de quintas en Navarra.

A lo largo de estos siglos, de forma laboriosa y tenaz, los navarros lograron consolidar un discurso político que hacía del pacto un instrumento poderoso en la fundamentación de sus libertades y privilegios. Esta operación exigió una continua reinterpretación

ción de sus textos medievales para adecuarlos a la realidad política e institucional de Navarra tras su incorporación a la Corona de Castilla, y dicha práctica interpretativa se inscribía perfectamente en la cultura jurídica de aquel tiempo, la del *ius commune*. En este recorrido, se detiene, especialmente, en el tiempo final del siglo XVIII, en el que el discurso oficial e histórico de Navarra, aceptado hasta ahora, comenzaba a no serlo al contrastar cada vez más con la imagen del poder real que predominaba en esas fechas en la Corte y entre los ministros del rey. «Lo que para el reino era un derecho, para estos ministros era un abuso, y lo que para aquél era garantía de justicia, para éstos era impedimento de gobierno» (p. 261). Los hechos eran los mismos, pero los criterios de interpretación y el sistema de valores para enjuiciarlos habían cambiado. Así, la época de Godoy fue para los fueros y libertades navarras la más difícil de afrontar porque los navarros vieron peligrar su *status* de «reino de por sí» en el seno de la monarquía hispánica.

La tercera cuestión analiza un acontecimiento que cambió el rumbo histórico de Navarra y, también, el de la monarquía hispánica: la conquista e incorporación de Navarra a la Corona de Castilla. Se trata de un problema estrechamente relacionada con el pacto, pero que, por su especial relevancia, recibe una atención particular.

Para lograrlo, el autor reconstruye las diferentes explicaciones que, a partir del siglo XVI, se dieron de esta unión y las consecuencias jurídicas y políticas de las diferentes tesis defendidas. Lo hace, hasta donde es posible hacerlo, separando los tres problemas jurídicos que se plantearon: el título jurídico de la incorporación (conquista, herencia, concesión pontificia o aceptación del pueblo); su naturaleza jurídica (accessoria o *aeque-principaliter*); y la legitimación última de los privilegios y libertades del reino (pacto o concesión graciosa). Este último punto revestía una especial trascendencia en la medida en que fijaba la vinculación de la potestad regia a ellos: con mayor fuerza en el primer caso, con la posibilidad de ser unilateralmente revocado, en el otro.

Como final para este largo capítulo, Rafael García Pérez estudia uno de los problemas que más ha preocupado y ocupado a la historiografía y, también, a los navarros a lo largo de la Edad Moderna: el alcance de la jurisdicción del rey. Y lo hace, no podía ser de otra manera, desde la cultura jurídica de *ius commune*, porque «en pocos temas como éste, la alteridad del universo preliberal se presenta con tanta fuerza» (p. 311). Así, acorde con la historiografía de las últimas décadas, se detiene en los diferentes órdenes normativos que estructuraron las sociedades premodernas: el orden de la gracia y el de la justicia, en la medida en la que vincularon las decisiones políticas del rey. Centra su atención principalmente en el estudio de aquellos derechos que, por radicar en el orden mismo de la creación, actuaron como límites también para el poder absoluto de los reyes, en la medida en la que eran indisponibles. El sistema, sin embargo, «tenía su pertinente válvula de escape, condición posiblemente necesaria para su propia supervivencia: era la teoría de la justa causa» (p. 508), teoría capaz de legitimar actuaciones de los príncipes que vulneraban los *iura naturalia* o el propio derecho humano positivo por necesidad o utilidad pública, siempre que se respetaran las debidas garantías. García Pérez aborda así, a partir de textos producidos en la práctica del gobierno del reino, el funcionamiento de estos derechos y su protagonismo en el discurso jurídico-político del reino navarro principalmente en tres campos: el cumplimiento de los pactos y promesas y, particularmente, del juramento real; el respeto de las propiedades; y la observancia del *ordo iudiciorum*. Sobresale, lógicamente, el pacto y, estrechamente unido a él, el juramento que reforzaba la existencia de aquél, porque «durante toda la Edad Moderna permaneció intacta la convicción de que frente a las obligaciones derivadas del juramento, la soberanía real dejaba en cierto modo de ser *soberana*». En toda esta historia, el pacto o contrato se manifestó como un instrumento dotado de una enorme potencia-

lidad en el trabajo de construcción y defensa de los privilegios y libertades del reino, incluso en los problemáticos años finales del siglo XVIII y en los primeros del XIX, con los que se cierra este estudio. Queda claro que el tema de las relaciones entre el rey y el reino no puede abordarse desde la óptica del conflicto, del permanente enfrentamiento entre ambos. «Si el sistema de gobierno funcionó durante tantos siglos fue, entre otras cosas, por la existencia de eficaces mecanismos de colaboración entre el monarca y los diferentes grupos sociales del reino» (p. 312). Después de todo, era más fácil gobernar de acuerdo con el reino que contra él.

En este apartado dedicado al alcance de la jurisdicción del rey, se estudian, también, las limitaciones a la potestad real derivadas de la existencia de la jurisdicción eclesiástica, soberana en su ámbito, y de otras jurisdicciones seculares.

En el cuarto y último capítulo («La interpretación del Fuero y de las leyes del reino») se analiza el continuo y laborioso trabajo de interpretación jurídica realizado por las Cortes y la Diputación en torno a algunas de las principales libertades del reino. La perspectiva adoptada vuelve a ser la misma: la del «*art interpretandi*, como motor impulsor en la construcción y continua redefinición del inestimable equilibrio institucional del reino navarro», que permitió, a partir de las categorías y principios del *ius commune*, «vivificar el Fuero Antiguo a la luz de las nuevas circunstancias políticas y sociales» (p. 417). Las cuestiones seleccionadas son de gran relevancia: la pretensión del reino de participación en la elaboración de las leyes y en la determinación y concesión del servicio pecuniario; la administración de justicia a los naturales navarros dentro de los límites del reino por sus propios tribunales; y, por último, la participación de las Cortes en la dotación de contingentes militares para empresas de la monarquía son de gran relevancia.

Rafael García Pérez cierra este magnífico trabajo con unas enjundiosas reflexiones que nos ayudan a entender la historia de este pequeño reino y del papel desempeñado por la idea de pacto, una figura ambivalente capaz de sobrevivir al paso de los siglos, y que mostró todas sus posibilidades manteniendo su fachada y reformando su interior (p. 397).

Decía al comienzo que nos encontrábamos ante un estudio sobre el reino de Navarra en la Edad Moderna singular por inusual. En efecto, la lectura de estas páginas rompe con la posible visión de un reino aislado, *rara avis* en su entorno europeo, para integrarlo plenamente en él. De este modo, Rafael García Pérez, persiguiendo la construcción del discurso constitucional navarro, ha elaborado un lúcido e interesantísimo discurso sobre la creativa *interpretatio* de los textos medievales, realizada por los juristas, en este caso los navarros, consiguiendo adecuarlos constantemente a las cambiantes situaciones políticas y sociales. Estamos ante toda una lección de pasado, pero también de presente, porque, como él mismo afirma, si los hechos históricos son importantes, más lo son las lecturas que de ellos se realizan.

Por todo lo anterior, el libro que tengo en mis manos, escrito con un lenguaje claro y preciso, era necesario realizarlo. Y su autor lo ha hecho con la maestría a la que nos tiene acostumbrados. Ahora, con esta obra, estamos en óptimas condiciones para conocer mejor la lógica interna del entramado institucional de este reino que, independientemente de la existencia real de los sucesivos pactos históricos, supo construir entonces, y sigue haciéndolo hoy, su marco político-institucional sobre la idea de pacto.

PILAR ARREGUI ZAMORANO

**IGLESIAS, Carmen.** *No siempre lo peor es cierto. Estudios sobre Historia de España*, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2008; 1.037 pp. ISBN: Galaxia Gutenberg; 978-84-8109-724-5 ISBN: Círculo de Lectores, 978-84-672-3039-0

«He constatado que los diferentes sistemas morales y filosóficos de los guías de la humanidad, que se han ido sucediendo en el transcurso de los milenios, han limitado el concepto del bien. La doctrina cristiana, cinco siglos después del budismo, restringió el mundo viviente al cual es aplicable la noción de bien: no contenía a todos los seres vivos, sino sólo a los hombres. El bien de los primeros cristianos, que abrazaba a toda la humanidad, dio paso al bien exclusivo de los cristianos, mientras que junto a él coexistía el bien de los musulmanes, el bien de los judíos. Con el transcurso de los siglos, el bien de los cristianos se escindió y surgió el bien de los católicos, el de los ortodoxos y el de los protestantes. Luego, del bien de los ortodoxos nació el bien de los nuevos y los viejos creyentes. Y existía también el bien de los ricos y el bien de los pobres. Y el bien de los amarillos, los negros, los blancos. Y esa fragmentación continua dio lugar al bien circunscrito a una secta, una raza, una clase; todos los que se encontraban más allá de tan estrecho círculo quedaban excluidos. [...]

Las agrupaciones humanas tienen un propósito principal: conquistar el derecho que todo el mundo tiene a ser diferente, a ser especial, a sentir, pensar y vivir cada uno a su manera. Para conquistar ese derecho, defenderlo o ampliarlo, la gente se une. Y de ahí nace un prejuicio horrible pero poderoso: en aquella unión, en nombre de la Raza, de Dios, del Partido, del Estado, se ve el sentido de la vida y no un medio. ¡No, no y no! Es en el hombre, en su modesta singularidad, en el derecho a esa particularidad, donde reside el único, el verdadero y eterno significado de la lucha por la vida».

(Vasili Grossman, *Vida y destino*)<sup>1</sup>

Qué duda cabe de que el mismo título de la obra advierte al lector del propósito único, pero vario, que anima a su autora, y que conjuga sus diversos, pero unitarios, ensayos o estudios históricos. Tomado de una comedia de Calderón de la Barca, se cumple, con él, el designio en ella propuesto, también al irónico, y crítico, modo calderoniano: «-¿Al fin no me crearás?! No, porque dice un adagio: / *Siempre es cierto lo peor.* / -Yo lo enmendaré, mudando: / *No siempre lo peor es cierto*». La mudanza que ardorosamente se sugiere es una mirada sin complejos acerca de la historia de España, tanto subjetiva (la *Historia-conocimiento*), como objetiva (la propia *historia-realidad*), según gustaba de distinguir, con elemental a la vez que imprescindible precisión propedéutica, Pierre Vilar. Y una enmienda dirigida, en particular, sobre los períodos más recientes de nuestro pasado, desde el siglo XVIII hasta la Transición democrática del XX, y su corolario que ha sido la Constitución de 1978. Es por tanto, éste de Carmen Iglesias, un libro *de combate*, como gustaba, y le agradaba poner de relieve, a Lucien Febvre. La mención de ambos maestros de la Escuela de los *Annales* no ha de resultar aquí inoportuna, puesto que el espíritu combativo de libro y autora recuerdan no poco el vigor entusiasta, la avanzada apertura de miras, la feliz falta de complejos y el sentido del deber de denuncia de aquellos *analystes* sociales, políticos, culturales, econó-

<sup>1</sup> GROSSMAN, V., *Vida y destino* (c. 1945-1964), traducción de Marta-Ingrid REBÓN RODRÍGUEZ, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2007 (1.ª ed., París, L'Age d'Homme, 1980-1991), parte II, cap. XVI, pp. 512-521 y parte I, cap. LIII, pp. 276-282; la cita, en las pp. 513 y 281, respectivamente.

micos, humanistas en fin, que dominaron el panorama historiográfico europeo, y aun occidental, de los años sesenta y setenta de la pasada centuria, precisamente cuando Iglesias era una joven estudiante, doctoranda y profesora de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología en la Universidad Complutense de Madrid. O en esta misma estela de precedentes reivindicativos apasionados, en los que el talento era puesto al servicio de una causa a contrapelo o contracorriente de lo impuesto o establecido, no sólo de lo política o cultural, sino también de lo intelectualmente *correcto* –se podría, *avant la lettre*, denunciar ya hoy–, teniendo asimismo presente su devoción literaria, y cinematográfica, de la que no deja de hacer gala en meditadas referencias de texto o nada casuales llamadas a nota final o de pie de página, habría que acudir a aquellos coetáneos movimientos de la *Nouvelle Vague* francesa o de los *Angry Young Men* del *Free Cinema* británico. Del que fue pionero reputado director, como es bien sabido, teatral y cinematográfico, Tony Richardson (Shipley, 1928-Los Ángeles, 1991), fundador del *Royal Court Theatre* de Londres, en el que montaría, y luego rodaría, obras de John Osborne como *Mirando hacia atrás con ira* (*Look Back in Anger*, 1959) o *El animador* (*The Entertainer*, 1960), hasta culminar en el manifiesto de toda una generación, psicológica más que socialmente rebelde, la de postguerra, de la Segunda Mundial, con *La soledad del corredor de fondo* (*The Loneliness of the Long Distance Runner*, 1962); precedida de *Un sabor a miel* (*A Taste of Honey*, 1961), retrato íntimo, lírico y melancólico, de la vida en los suburbios de una ciudad inglesa; para desembocar, tras su culto, brillante y libertino *Tom Jones* (1963) de Henry Fielding, en una desmitificadora y polémica visión, *La última carga* (*The Charge of the Light Brigade*, 1968), verdadera carga de profundidad contra la autocomplaciente versión oficial y victoriana de la historia política del Imperio británico, a través de tal episodio militar, acaecido en la batalla de Balaklava, durante la Guerra de Crimea, de 1853 a 1856. O también François Truffaut (París, 1932-Neuilly-sur-Seine, 1984), un cineasta de estilo clásico, antitópico y antiutópico, refractario a las modas y desligado de cualquier mimetismo, enemigo del *cinéma de qualité* de los supuestos maestros consagrados de su época, que partió de *Los cuatrocientos golpes* (*Les quatre cents coups*, 1959), los suyos en el reformatorio en que expió su adolescencia por la sustracción de unos francos para fundar un cine-club, como paso previo de su gran denuncia social y política, en parábola antitotalitaria, original adaptación de una novela de ciencia-ficción de Ray Bradbury, *Fahrenheit 451* (1966); que prosiguió con una insólita pieza maestra, *El pequeño salvaje* (*L'enfant sauvage*, 1969), realizada casi en pleno *Mayo del 68*, como clara y contundente defensa de la cultura frente a la naturaleza, en un momento de enconados conflictos ideológicos, nada proclives, ni receptivos, a su crítica desnuda y precisa de las teorías rousseauianas<sup>2</sup>; y que dejó como legado, por último, su delicado testimonio sobre el mundo espiritual y personal, razones y sentimientos, de la mujer, encarnados en el autodestructivo *Diario íntimo de Adela H.* (*L'histoire d'Adèle H.*, 1975), segundogénita de Víctor Hugo, que abandonó a su familia y su carrera literaria para seguir, hasta Halifax, al otro lado del océano Atlántico, en Nueva Escocia, a su amante, un oficial de la armada, en el que brillan la sencillez narrativa, la sobriedad conceptual, la elegancia expositiva, el tono poético, el cuidado detalle y una refinada expresión, emotiva y agudamente irónica.

<sup>2</sup> VALLEJO GARCÍA-HEVIA, J. M., *Poder y libertad en Montesquieu y Rousseau*, en la *Revista de Libros*, Madrid, 43-44 (julio-agosto, 2000), pp. 21-22, donde ya tuve oportunidad de reflexionar al hilo de Carmen Iglesias y su *Razón y sentimiento en el siglo XVIII*, Madrid, Real Academia de la Historia, 1999 (2.<sup>a</sup> ed., 2001).

Estos y otros temas, eternos, por lo tanto intemporales, desde el poder totalitario o democrático, las ideologías y la utopía, la educación y la cultura, la imagen social o política, hasta la infancia, la mujer y la familia históricas o presentes, el gobierno y la sociabilidad, el Estado y la Iglesia, los valores del liberalismo y las *reglas del juego* constitucional, la guerra y la muerte, hacen continuado acto de presencia en *No siempre lo peor es cierto*. Eso sí, con decidida vocación de liberación respecto a los tópicos vigentes, amén de otros superados en sus infatuados excesos, como el positivismo histórico, cuando la revista de los *Annales* casi siempre fructuosamente pontificaba; o imperaban entre los jóvenes, imponiéndose además a la crítica más madura, la *Nouvelle Vague*, el cine independiente o los epígonos narrativos de la *Lost Generation* estadounidense de entreguerras, desde el movimiento *beat* y *hippy* californiano hasta la tradición crítica del marxismo decimonónico, remozado por el estructuralismo, más el aditamento del psicoanálisis y el existencialismo, bien activos, si no todavía supervivientes, hasta prácticamente nuestros días. Estos tiempos, de coetaneidad y cotidianidad, que están procurando consagrar la demolición postmoderna del secular edificio historiográfico con hipercríticas tesis hueras, o yermos conceptuales y metódicos que esquilmán y nada reponen, como el narrativismo, la deconstrucción textual o incluso el profetizado pensamiento *único*, expresado en una supuesta extinción o trágica confrontación de las ideologías (el *fin de la Historia* de Francis Fukuyama o el *choque de civilizaciones* de Samuel Huntington), cierto es que acompañadas de otras valiosas aportaciones *in nuce*, desde la microhistoria hasta la más sólida y valiosa nueva historia cultural. Unos corrosivos tópicos, y esterilizantes mitos historiográficos, particularmente, aunque no sólo, políticos, que la obra que nos ocupa se empeña en debelar con notorio acierto, sobre todo por lo que se refiere a su condición de acreditada rémora en una coincidente y descalificatoria, en tanto que peyorativa, interpretación de la Historia contemporánea, y antes moderna, de España, por obra del criticismo finisecular del regeneracionismo del XIX, la distorsionada visión propagandista del régimen dictatorial de Franco y su comprensible ulterior y democrática reacción pendular, o la *political correctness* del aludido pensamiento *único*, basado en un relativismo, en nuestro caso cognoscitivo, común a diversas tendencias del variopinto y remozado movimiento de la *New Age* del siglo pasado. De ahí que el lector sea testigo de ese anunciado combate contra lo que Gonzalo Anes ha recordado que son residuos todavía vivos de la *leyenda negra* española, como el de la presunta continuada decadencia de su historia o la inevitable exclusividad de sus guerras civiles (carlistas y de 1936); y la existencia imprescriptible y cainita de las *dos Españas* o el iluso imaginario colectivo de las *ocasiones perdidas*, encarnadas en la nostalgia idealizada e ideologizada de inexistentes *paraísos perdidos* de convivencia, propia o foránea, que no serían, muchas veces, más que la expresión interesada de una clara confusión entre política e historia. Además de ello, en este libro voluntariamente pugnaz, que no rehúsa el viejo compromiso intelectual de despertar conciencias entre los que lo leyeren, se cuestiona, con convencido ímpetu, toda la serie de acólitos tópicos y mitos que acompañan a los anteriores, tanto de método como de contenido: los de las doctrinas totalitarias, el determinismo histórico, el estereotipo de los *caracteres nacionales* inmutables, la teoría de la excepcionalidad histórica extrema del mundo hispánico, la creencia de que la Historia se resuelve únicamente en éxito o fracaso definitivos, el negativismo interpretativo del pasado común, la compulsión hacia los ejercicios de autoflagelación histórica y el ensimismamiento historiográfico, o aquello que José Antonio Maravall denominó el hispano *narcisismo de la diferencia* o *nostalgia de la diferenciación*.

En definitiva, casi todos, si no todos, los errores que han impedido una interpretación siempre abierta de la Historia de España, en paralelo al *desideratum* que planea en *The Open Society and Its Enemies* (1945), concebida por Karl R. Popper desde su exilio

en Nueva Zelanda, durante la Segunda Guerra Mundial, al indagar sobre los orígenes del totalitarismo, que habían conducido a la guerra y a la radical crisis del pensamiento occidental, son criticados, de una u otra forma. Todos ellos pueden ser reducidos, por lo demás, a tres grandes categorías de apriorismos historiográficos, igualmente desenmascarados: a) El *esencialismo* de unos caracteres nacionales, ya denunciados, dados de una vez para siempre, sostenidos, por ejemplo, en la célebre polémica mantenida entre Américo Castro y Claudio Sánchez-Albornoz, o de unas recurrentes características, una especie de estigma, de la historia patria, que la habrían hecho universalmente dramática, y lastimosamente única. b) El *adanismo*, recientemente rebautizado por *buenismo*, de no aceptar la propia historia, con sus luces y sombras, o de aceptarla sólo como sombra, como culpa, ya que, según clamaba María Zambrano en su *España, sueño y verdad* (1965), y recuerda Carmen Iglesias, los españoles «tienen historia a pesar suyo; no la viven, no se entregan a ella con la consecuente docilidad del europeo, y especialmente del francés». Y c) el *presentismo*, o como puntualizaba Francisco Tomás y Valiente, el anacronismo anticipatorio de proyectar los valores vigentes de la época en que investiga el historiador sobre el pasado en el que indaga y estudia. Tal sería el modo, y sus cauces, por los que prosperarían falsas, falaces, interpretaciones históricas, la imagen de cuyo potencial determinismo *crea* –inclusas las profecías *autocumplidoras*, puesto que lo que el historiador espera hace todo lo posible, aun de forma inconsciente, para que se cumpla–, por sí misma, realidad, o induce a que los seres humanos la tengan por tal, y como tal influya en sus vidas. Pese a que el hombre sea un mero partícipe, en el devenir histórico, de la conjunción y juego entre azar, necesidad y voluntad. En una combinación que define a la historia, en fórmula asimismo esencialmente recordada, de Norbert Elias, como «nacida de planes, pero no planeada; movida por fines, pero sin un fin».

Al ser el libro que nos ocupa también una reivindicación del individuo como sujeto histórico, y dado que es aportación que quiere ser decisiva en esa todavía latente tensión historiográfica de libertad *adversus* determinismo, he configurado su análisis en una especie de *bio-bibliografía* recensionadora, no estrictamente tradicional. En su clásica estructura tripartita, el planteamiento del primer apartado se centrará en ese *bíos* o sucinta biografía, imprescindible puesto que de una colectánea de entreveradas monografías, ensayos, artículos y textos de conferencias se trata, reunidos en la madurez investigadora de su autora. No de otro modo se podría contar con una perspectiva suficiente, a mi entender, que diese cuenta y razón de la variedad de perspectivas de abordaje metodológico que en él se ofrecen, tanto desde el campo de la Historia política y social, como de la Historia sociológica, cultural y de las mentalidades, e incluso jurídica, literaria y artística, sin olvidar las incursiones por la genealogía histórica y la simbología política. El segundo se acompañará al detalle de su contenido, el de sus veintidós estudios, agrupados cronológica y temáticamente, que conforman la bibliografía particular de la obra, su escritura o *graphós*. Y el tercero, y último, conclusivo, procurará contribuir con algunas reflexiones, que conformarían el *biblio* o *biblion* de estas modestas líneas, sobre lo que, de seguro, aportan, al lector, escritura y escritora, obra y autor, de manera especial en lo que atañe e interesa a la Historia del Derecho y de las Instituciones, materia especializada de esta sede.

I. María del Carmen Iglesias Cano se licenció y doctoró en Ciencias Políticas y Sociología por la Universidad Complutense, donde fue profesora ayudante del primer titular de una Cátedra, Luis Díez del Corral, que él implantó brillantemente, también por vez primera, en España, de Historia de las Ideas y de las Formas Políticas, en la que habría de sucederle de 1984 a 2000, para pasar a desempeñar, luego, desde ese último año, la de Historia de las Ideas Políticas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Su temprana especialización en la filosofía y política de la Historia moderna

y de la Ilustración europea comenzó con la redacción de su tesis doctoral, sobre *Conexiones entre política y ciencia natural en el siglo XVIII*, que no publicó, precedida de otras monografías con ella relacionadas, hasta 1984<sup>3</sup>. Su línea de investigación fue especialmente original y novedosa, al reparar en unas cuestiones nada sóliticas y poco advertidas entre los especialistas: las de la transposición, en el pensamiento filosófico y político de Montesquieu, de una concreta idea de la naturaleza al ámbito del hombre y de la sociedad; y el consiguiente tránsito de la ciencia natural a la antropología, y la sociología. De ahí que le fuese otorgado, en 1985, por la *Académie Française*, el Premio Internacional *Montesquieu*. Nombrada tutora de la infanta Cristina de Borbón al inicio de sus estudios universitarios en la Facultad Complutense de Ciencias Políticas y Sociología, en 1984, y luego profesora de Historia y Humanidades del príncipe Felipe, también ha desempeñado los cargos institucionales de directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y de consejera nata del Consejo de Estado, entre 1996 y 2004. Fue elegida académica de número de la Real Academia de la Historia, la segunda mujer en su trayectoria institucional, el 16 de junio de 1989, tomando posesión de su medalla, la número 23, el 4 de noviembre de 1991. Electa académica numeraria de la Real Academia Española de la Lengua en el año 2000, ocupó el sillón *E*, vacante desde la muerte de Gonzalo Torrente Ballester, tras la lectura, el 30 de septiembre de 2002, de su discurso de ingreso, que versó sobre las relaciones entre la historia y la literatura, convirtiéndose, así, en la cuarta mujer académica de número, después de Elena Quiroga, Carmen Conde y Ana María Matute<sup>4</sup>. Y es, desde 2007, presidenta del Grupo periodístico *Unidad Editorial*, cuya cabecera está constituida por el diario *El Mundo*, habiendo publicado colaboraciones en otros rotativos de Madrid, como *ABC (Tercera Página)* y *El País (Suplemento Cultural y País Semanal)*, amén de *El Semanal* del Grupo Correo, así como en la revista *Saber Leer* de la Fundación Juan March.

Ha sido distinguida con numerosos premios y galardones, en atención a su labor docente, investigadora y divulgadora, entre los que destacan la Gran Cruz de la Orden de Alfonso X el Sabio (1995), impuesta por S. A. R. el Príncipe de Asturias, en presencia de SS.MM. los Reyes, en el Palacio Real de Madrid, el 6 de enero de 1995; el I Premio *Grupo Correo a los Valores Humanos* (1996), y el Premio *Lafuente Ferrari* de la Asociación de Críticos de Arte de Madrid (1999); el XII Premio Nacional de Periodismo de la Fundación Institucional Española (FIES, 2001), por un artículo titulado *Transformación fundamental*, que fue publicado en el *ABC* de 22 de noviembre de 2000; y el Premio de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades *Julián Marías* (2006). Presidenta de la Sociedad Española del Siglo XVIII, con sede en la Real Academia de la Historia, y miembro por elección del Comité Ejecutivo de la *International Society for Eighteenth Century Studies*, ha sido Premio Nacional de Historia, concedido por el Ministerio de Cultura, en dos ocasiones: en 1998, por *España. Reflexiones sobre el ser*

<sup>3</sup> IGLESIAS, C., *El pensamiento de Montesquieu. Política y ciencia natural*, Madrid, Alianza, 1984; reeditado, con un nuevo prólogo, una cronología biográfica, una relación de sus obras y un índice temático, bajo el título de *El pensamiento de Montesquieu. Ciencia y filosofía en el siglo XVIII*, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2005. Y, con anterioridad, «Naturaleza humana: mito y realidad», en los *Cuadernos Hispanoamericanos (C-H)*, Madrid, 309 (1976), pp. 265-295; «Una nueva interpretación de la democracia ateniense», en *C-H*, 312 (1976), pp. 683-697; «Los monstruos y el origen de la vida en la Francia del siglo XVIII», en Manuel GUTIÉRREZ ESTEVE, Jesús Antonio CID y Antonio CARREIRA (coords.), *Homenaje a Julio Caro Baroja*, Madrid, 1978, pp. 617-629; y «La teoría del conocimiento en Montesquieu», en *C-H*, 411 (1984), pp. 47-78.

<sup>4</sup> IGLESIAS, C., *Individualismo noble e individualismo burgués*, Madrid, Real Academia de la Historia, 1991; e *Id.*, *De Historia y de Literatura como elementos de ficción*, Madrid, Real Academia Española, 2002.



de España (1997), coordinado por Eloy Benito Ruano; y en 2000, por *Símbolos de España* (1999), coordinada por ella misma<sup>5</sup>. Ha desempeñado, en fin, las responsabilidades de comisaria general de muy relevantes exposiciones históricas internacionales, sobre Carlos III, Felipe II, la España de 1898, Cervantes, la Ilustración y el Liberalismo, o la Corona de Aragón: *Carlos III y la Ilustración* (1988-1989), *Felipe II: Un monarca y su época* (1998), *España fin de siglo: 1898* (1998), *20 años de la Constitución española: 1978-1998, Ilustración y proyecto liberal: La lucha contra la pobreza* (2000-2001), *El mundo que vivió Cervantes* (2005-2006), *Zaragoza y Aragón: Encrucijada de culturas* (2008). Como ya se ha indicado, su prolífica producción monográfica ha versado sobre autores como Montesquieu, Rousseau y Comte, cuyos valores e ideas han articulado la mentalidad política, filosófica y científica de Occidente hasta nuestros días, con especial detenimiento, pues, en el pensamiento de la Ilustración, europea y también norteamericana, y su influencia intelectual contemporánea, prestando asimismo atención al germen de los sentimientos nacionalistas<sup>6</sup>.

5 IGLESIAS, C., «España desde fuera»; en Eloy BENITO RUANO (coord.), *España. Reflexiones sobre el ser de España*, Madrid, Real Academia de la Historia, 1997, pp. 377-428; e IGLESIAS, C. (coord.), *Símbolos de España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. También ha dirigido la edición de las obras completas de sus maestros, Luis Díez del Corral y José Antonio Maravall Casenoves, y algunos libros de homenaje: «Presentación, noticia biográfica y bibliografía» y «Las pasiones y el origen del conocimiento en Jean-Jacques Rousseau»; en IGLESIAS, C., Carlos MOYA ESPÍ y Luis RODRÍGUEZ DE ZÚÑIGA (coords.), *Homenaje a José Antonio Maravall*, 3 vols., Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1985, vol. I, pp. 15-42 y vol. II, pp. 333-340; IGLESIAS, C. (coord.), *Historia y pensamiento. Homenaje a Luis Díez del Corral*, 2 vols., Madrid, Eudema, 1987; IGLESIAS, C. y María Luisa SÁNCHEZ-MEJÍAS (dirs.), *Obras Completas de Luis Díez del Corral*, 4 tomos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998; y IGLESIAS, C. (dir.), *Estudios de Historia del Pensamiento Español* de José Antonio MARAVALL, 4 tomos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. Además de «Conversación con José Antonio Maravall», en *C-H*, 400 (1983), pp. 53-76; «Un homenaje a José Antonio Maravall», en *C-H*, 437 (1986), pp. 33-38; «Entrevista a José Antonio Maravall», en *El Urogallo*, Madrid, 3-4 (julio-agosto, 1986), pp. 76-80; «José Antonio Maravall: la historia como antídoto de la tradición», en la *Revista de Occidente*, Madrid, 70 (1987), pp. 93-102; «Semblanza» y «José Antonio Maravall y el siglo XVIII español», en *C-H*, 477-478 (1990), pp. 51-60 y 349-368; «Luis Rodríguez-Zúñiga. In memoriam», en la *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Madrid, 54 (1991), pp. 9-11; «José Antonio Maravall y la historia del pensamiento político», en VV. AA., *Catedráticos en la Academia, Académicos en la Universidad*, Madrid, Fundación Central Hispano, 1995, pp. 285-308; «Luis Díez del Corral y Pedruzo. (Logroño, 5 de julio de 1911-Madrid, 7 de abril de 1998)», en el *Boletín de la Real Academia de la Historia*, Madrid, CXCIV, 3 (1998), pp. 393-404; «Luis Díez del Corral. In memoriam», en la *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 100 (abril-junio, 1998), pp. 9-12; y «España y Europa en el pensamiento de José Antonio Maravall», en *Revista Jerónimo Zurita*, Zaragoza, 73 (2000), pp. 211-223.

6 IGLESIAS, C., *Razón y sentimiento en el siglo XVIII*, Madrid, Real Academia de la Historia, 1999 (2.ª ed., 2001), ya citado; e *Id.*, *Razón, sentimiento y utopía*, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2006, que son sus dos principales colecciones de ensayos, artículos y otras monografías. Aparte de lo cual, puede consultarse el *Catálogo de la Exposición «España, fin de siglo. 1898»*, Madrid, Fundación La Caixa, 1998; «Un rey y su mundo», en el *Catálogo de la Exposición «La Monarquía Hispánica. Felipe II: Un monarca y su época»*, Real Monasterio de San Lorenzo de El Escorial, del 1 de junio al 10 de octubre de 1998, Madrid, Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, 1998, pp. 15-30; «Montesquieu», en María Victoria CAMPS CERVEIRA (coord.), *Historia de la Ética*, vol. II. *La Ética moderna*, Madrid, 1999, pp. 199-244; y «La lucha contra la pobreza: una historia no lineal de progreso y modernización», en el *Catálogo de la Exposición «Ilustración y proyecto liberal: La lucha contra la pobreza»*, Palacio de la Lonja, del 26 de septiembre al 9 de diciembre de 2001, Zaragoza, Ibercaja, 2001, pp. 21-50.

II. En estos nuevos estudios históricos de Carmen Iglesias, valedores de que *No siempre lo peor* ha sido *cierto* en España, los que más directamente atañen al ámbito de conocimiento de la Historia jurídica e institucional son los que versan sobre el gobierno de la Monarquía de Felipe II, la visión política de la Transición democrática en España y las Constituciones de 1931 y 1978, los fundamentos jurídico-políticos de un Estado laico en la obra de Marsilio de Padua, y las complejas relaciones históricas entre ideas, ideologías y utopías. E indirectamente interesan, por lo que revelan acerca del *status* jurídico-privado de la mujer y el niño en el Antiguo Régimen, aquellos otros que se ciñen a la infancia y la familia, la sociabilidad femenina y los salones literarios, sin olvidar la atención prestada al conde de Aranda como noble ilustrado en la sociedad española y europea del setecientos. No obstante lo cual, nuestro recorrido será general, dada la relevancia de todos los capítulos, respetando, además, por razones de claridad y utilidad, el criterio cronológico de ordenación adoptado por su autora. De dichas veintidós monografías, éditas, de 1987 a 2008, en diversas obras colectivas o de autoría plural, con algunas inéditas de 2006, 2007 y 2008, una parte de ellas, hasta ocho, se centran en el siglo XVIII; cinco, en el XIX; cuatro, en el XX; y, el resto, que son otras cuatro, excepción hecha de la dedicada a Marsilio, que floreció en el XIV, se mueven en el prolongado espacio temporal de las centurias de la Edad Moderna, del XVI al XVIII. Sin embargo, resulta demasiado mezquina esa mera clasificación temporal, puesto que la autora procura siempre evadirse de los corsés espacio-temporales, sintiéndose más cómoda y prefiriendo las perspectivas europeas u occidentales (Francia, Inglaterra, Italia, Alemania, Estados Unidos), así como desenvolverse entre holgados marcos seculares, a fin de evitar u orillar rechazables tesis reduccionistas y conclusiones artificialmente constreñidas.

No en vano su recorrido, y el de sus lectores, se inicia con la *mirada del otro*, o lo que es lo mismo, con la imagen que el extranjero ha proyectado, históricamente, desde fuera, sobre los españoles. Puesto que, desde Kant, sabemos que el mundo es como lo percibimos, y que tal percepción de la realidad, psicológica, social, políticamente, nuestra idea de ella, ha repercutido en el juicio sobre nuestro propio pasado, influyendo dicha consideración del pretérito patrio en el presente, tal amalgama humana de pensamiento y sentimiento justifica el interés de conocer *España desde fuera* (pp. 39-91 y 853-863 de las *Notas*). Sólo así se podrá esquivar lo que Julio Caro Baroja denunciaba como el *sociocentrismo* de los pueblos, por el que cada uno creería y sentiría que el grupo humano al que pertenece es el más digno de ser tenido en cuenta, entre todos los existentes. Nada más, pues, que la expresión del viejo mito del *ombigo del mundo*, que antropólogos y etnólogos han estudiado en las sociedades arcaicas. Obsesionada por su imagen exterior a partir del siglo XIX, con mayor incidencia en la crisis finisecular del 98, y vigorosa todavía en la primera mitad del XX, la autocrítica española sobre su pasado histórico, muy persistente (desde Juan Luis Vives y fray Bartolomé de las Casas a Reginaldo González Montano, Antonio Pérez, Juan Huarte de San Juan, los arbitristas del XVII), habría sido exagerada, por la eficacia que su imagen negativa, formada por la absorción de estereotipos, generalizaciones, tópicos y opiniones foráneas erradas, habría tenido en la propia conciencia nacional. Las percepciones históricas exclusiva y persistentemente negativas se convierten, con facilidad, en profecías de automático cumplimiento, que tienden a paralizar cualquier acción de cambio, reforma o mejora, política, social, económica, cultural. Profundizando en el origen e historicidad concretos de las imágenes de España, se advierte que el origen de la leyenda negra tendría su punto de partida en Italia, desde el dominio aragonés y catalán, cuando Pedro III de Aragón conquistó y se consideró señor de Sicilia, en 1282, continuando, en los siglos XIV y XV, con la conquista de Cerdeña, y especialmente de Nápoles por Alfonso V. Identificados los

españoles con los soldados aragoneses y los mercaderes catalanes, calificados de «vil estirpe de mercenarios y traidores», esta actitud perduraría en Roma, al ser elegidos papas los valencianos Alonso de Borja, Calixto III desde 1455, y su sobrino Rodrigo de Borja, Alejandro VI en 1492. En general, el español, en tanto que dominador de la península italiana, fue un pueblo, cruel y soberbio, considerado de cultura, religión y raza inferiores, «marrano y circunciso», impuro, por tanto, racial y religiosamente, a pesar de la expulsión de los judíos, ya en 1492, y de los moriscos en 1609. Esta imagen perversa de los españoles se potenció, en la segunda mitad del xvi, en Alemania, con el humanismo y la reforma protestante, más el auxilio que la imprenta prestó a la difusión de los escritos del prolífico Lutero, constituyendo punto descalificatorio de inflexión la guerra de Esmalcalda, declarada en 1546, que enfrentó al emperador Carlos V con sus súbditos protestantes germanos. La rebelión de los Países Bajos aceleró y propagó, incluso con falsificación de documentos, el terror hacia los españoles y sus tercios, sin paga y sin control, o actuando en cercos y saqueos como el de Amberes de 1576, habiéndose limitado Guillermo de Orange, en su *Apología* de 1580, a hacerse eco del precedente alemán. El apoyo inglés a los rebeldes de los Países Bajos, unido al fracaso, pero antes al temor, de la *Gran Armada* de la empresa de Inglaterra, que no *Armada Inven-cible*, aumentó el número de folletos políticos populares antiespañoles, que España, sin embargo, no produjo jamás en el xvi, lo que explica que perdiese la guerra de la propa-ganda. En 1594, Antonio Pérez publicó, en Londres, bajo el seudónimo de Rafael Peregrino, sus *Relaciones*, aunque su obra descalificatoria habría de tener más éxito en Francia, con ediciones en 1598, 1615 y 1694. Porque también por la cristianísima Francia se extendió la ofensiva panfletaria, con sus reiteradas acusaciones a España de ambicionar el dominio universal, la denuncia de su tiranía y crueldad en América, el carácter vanidoso y falso de los españoles, y su condición vil por herencia judía y sarracena. Incluso después de la Guerra de Sucesión, con la dinastía de los Borbones en el trono español, los ilustrados franceses, con Montesquieu, Voltaire y Diderot a la cabeza, ahondaron, demolidoramente, en la imagen negativa de su vecino país, hasta el punto de que un desconocido Masson de Morvilliers se atreviese a preguntar, en la *Encyclo-pédie Méthodique*, qué era lo que había aportado la decadente España, con su Inquisición, a la civilización.

Precisamente Montesquieu sería el responsable de *Una imagen «oriental» de España en el siglo xviii* (pp.151-171 y 875-880), identificando, por *oriental*, el despotismo político y el atraso cultural. A diferencia de su maestro Díez del Corral, para quien el bordelés sólo parcialmente habría incurrido en los prejuicios antiespañoles, tan habituales en los *philosophes* de la Ilustración francesa, Carmen Iglesias radica en él, desde sus *Lettres Persanes* de 1721, e incluido *De l'Esprit des Lois* de 1748, el origen de todos los tópicos ilustrados, y la afirmación del cómodo mito de los caracteres nacionales, que se podría resumir en la idea de un imperio mal conquistado y administrado (despoblación y ruina económica), una sociedad clerical (ociosidad conventual, fanatismo inquisitorial), y unos españoles orgullosos e indolentes (abandono del trabajo, decadencia social). Pero, ni siquiera los mitos históricos son inmutables. Admiten variaciones, como las inglesas y alemanas de finales del siglo xviii, cuando la incipiente industrialización fue transformando, con la mediación literaria romántica, a España en un lugar exótico, pintoresco, tenebroso, en definitiva, premoderno. Una conversión que canonizarían, en el xix, Schiller, Goethe, Gautier, Irving, Ford, Doré, Verdi, Bizet; y que, en el xx, se vería reforzada, al estallar la decadencia en guerra civil, llegando incluso hasta Gerald Brenan, con otro mito, el de las dos Españas fraticidas, liberal y carlista, progresista o republicana y conservadora o nacional. Los estereotipos pierden su aparente base, empero, cuando el punto de vista se alza de ese rasero que es la contemplación preju-

ciada de un pasado que se entiende palpitante sólo para lo negativo, e inane para lo positivo. En primer lugar, hasta el surgimiento de los nacionalismos en el novecientos, España fue vista, desde fuera, como una unidad. Hasta el extremo de que, en la Edad Media, a los españoles se les llamaba catalanes o aragoneses. Por otro lado, la imagen negativa de España es de moderna difusión, imponiéndose con los Austrias, inseparable del poder político y el dominio internacional de una Monarquía de dos mundos, el europeo y el indiano. En tercer lugar, conviene ser cauteloso en la utilización de las fuentes documentales de la época, tal que la publicística, la literatura, los ensayos científicos, la correspondencia e informes de embajadores, los relatos de viajes, las canciones, la tradición oral, etc. La imprenta siempre respondió a a intereses concretos de propaganda política, y no se debe confundir la ficción literaria, que bebe en las fuentes estéticas de lo excepcional, lo marginal o lo dramático, con la realidad histórica. Los informes diplomáticos suelen adolecer de superficialidad o dependen de generalizaciones tópicas, y los relatos de viajes más bien son reportajes periodísticos que indagaciones pacientes y contrastadas. Difícilmente fue España una excepción, por tanto, ni siquiera en la picaresca, puesto que el hambre era generalizada en la Europa moderna y contemporánea. La misma Francia, según Fernand Braudel, estuvo siempre al borde de la guerra civil, una vez que dejó de estarlo, de hecho, tras la *Fronza* del xvi, al rivalizar protestantes y católicos, jansenistas y jesuitas, republicanos y realistas, derechas e izquierdas, dreyfusianos y antidreyfusianos, resistentes y colaboradores con el régimen nazi... La única y auténtica guerra patriótica habría sido la de 1914. Por lo que respecta a la falta de unidad nacional, nacionalismos al margen, Caro Baroja dejó apuntado que la verdadera integración territorial de los Estados se hizo efectiva sólo con el desarrollo de la técnica, que en España fue sobre la década de 1920, con los nuevos inventos de la sociedad industrial. El tópico de la *gozosa* pobreza del hidalgo español encuentra paralelos, de crítica a la ociosidad y abandono del trabajo, en la Inglaterra y la Francia preindustriales del siglo xvii, que eran sociedades tan tradicionales y cerradas en sí mismas como la española. En este punto, Francisco Ayala puntualiza que el famoso *Vuelva usted mañana* de Larra fue pronunciado desde la mentalidad capitalista de un hijo de emigrante *afrancesado*, educado fuera de la sociedad peninsular, todavía predominantemente rural, agraria y precapitalista.

La contemplación *ad extra* de la España de los siglos modernos y coetáneos es seguida por otra, en síntesis *ad intra*, de informada y pormenorizada exposición acerca de *El gobierno de la Monarquía* (pp. 93-150 y 863-874). Con aporte cartográfico de mapas de Europa, América y resto del mundo, por ella desfilan los territorios de la Monarquía de Felipe II, sus reinos y coronas, sus títulos, su planta administrativa de Reales Consejos, Juntas y Secretarios, su tejido institucional, en suma. Y al lado de las instituciones históricas, su regulación jurídica y su teoría política de legitimación, con la cuestión de la formación del Estado moderno de fondo, sin obviar la legalidad política autónoma que aportó la *razón de Estado*, en un tiempo en el que Copérnico y Galileo habían destruido el orden cósmico, Montaigne el orden de las jerarquías psicológicas, y Maquiavelo las raíces políticas medievales, con su dilema insoluble entre las dos moralidades, la cristiana frente a la romana o clásica, dejando inoperantes las que, hasta entonces, habían sido consideradas esferas autónomas (la de la *política* o los medios frente a la *moral* o los fines): el concepto de soberanía y de poder absoluto, bordeado por sus límites jurídicos, y extrajurídicos de la *christiana educatio principis*; su articulación ideológica, orígenes teológicos y proceso de secularización; su constitución burocrática. Un precursor de la modernidad, de caracterizado *iuscentrismo*, según categorizó Manuel García Pelayo, sería, tanto como filósofo político y teólogo medieval violentamente antipapista y anticlerical, con sus propuestas, contenidas en el *Defensor*

*Pacis* (c. 1324), de declarar hereje al papa por usurpación del poder civil, de convocatoria de un concilio general que lo juzgase y depusiese por haberse extraviado de la fe, y de proceder a la coronación de un emperador por parte del *pueblo romano*, sin necesidad de confirmación pontificia, el que se aprecia en los *Fundamentos del Estado laico: Marsilio de Padua* (pp. 741-780 y 942-946). Su idea reiterada, la de propugnar una unidad de gobierno basada en la soberanía exclusiva del poder civil, frente a la pretendida *plenitudo potestatis* del Papado. Desde la filosofía política y moral aristotélica, y desde la doctrina jurídica del *ius commune*, Marsilio de Padua y Bartolo de Sassoferrato, ambos coetáneos, proporcionaron argumentos definitivos para la autonomía del poder político respecto de cualquier otro universalista, como el espiritual o eclesiástico, que no tuviese su razón de ser en la propia comunidad. Porque una aportación decisiva del mantuano fue la de que el mantenimiento de la paz, como valor básico de la vida política, no era incompatible con la libertad, siempre que mediase en ello el legislador humano, que sería el pueblo, cuyo modelo habrían de ser las repúblicas y comunas italianas, instituido como tal, dado que la ley, positiva, única en el mundo de los hombres, era el resultado de la voluntad popular, que proporcionaba su *vis coactiva*, bien por representación, bien directamente. Asimismo, el Estado moderno habría fijado en las utopías, especularmente, las condiciones de su posibilidad, sus límites, sus instrumentos, y la bondad o no de sus logros para súbditos que seguían siendo vasallos de señores, sujetos de jurisdicciones y miembros de corporaciones. De ahí que no falten *Los hombres detrás de las ideas. Ideas, ideologías y utopías* (pp. 781-816, 946-949); y *Utopía e historia* (pp. 817-851, 949-952). Al ser imposible, para la mente humana, conocer sin ideas preconcebidas, que forman parte del conocimiento objetivo, puesto que, en caso de carecer de ellas, no sabríamos qué buscamos o indagamos, ya que las sensaciones desnudas son mudas, y dado que la empiria pura, como recordaba Leibniz, sólo la tienen las bestias, la realidad no es algo dado, mostrenco, sino que supone una compleja construcción humana. Y por ser el hombre un ser social, su actividad constructora de *mundos* sociales, presentes o recobrados del pasado por empatía retrospectiva, característica en él, sólo es posible ejercida en compañía. Así nacen las diversas utopías, o modelos idealizados y cerrados de sociedades finales detenidas en el tiempo, construcciones racionales y planificadas sobre la libertad –olvidando que los hombres somos libres e inciertos–, que pretenderían crear un orden social justo, y que son el núcleo de las diferentes ideologías, que han de convivir, en cambio, con los procesos históricos en los que se desarrollan, siempre evolutivamente cambiantes. A partir de las investigaciones de su maestro Maravall sobre los elementos utópicos del pensamiento político y social occidental, desde el Renacimiento, Carmen Iglesias reflexiona sobre las diferencias y similitudes entre milenarismos y utopías, reformismos y contrautopías, utopías de evasión (pastoril, caballeresca, *El Quijote*), y de reconstrucción (Moro, Las Casas, Campanella, Fourier); o sobre casos concretos, con su carga subversiva o revolucionaria más o menos manifiesta, como la utopía de los religiosos franciscanos, de un gobierno tutelar para los indios, en la Nueva España del siglo XVI.

La confianza, hasta cierto punto idealizada, como reflejo de su intelectualismo, de la Ilustración dieciochesca en la educación como principal, sino único, instrumento de reforma y perfeccionamiento de la naturaleza humana y de la sociedad, envuelta en una dinámica secularizadora que presidiría una buscada transmutación de valores políticos, e incluso religiosos, que diferenciases la Edad Media de los tiempos modernos, constituye el hilo conductor de casi todos los estudios consagrados al siglo XVIII: *Educación y pensamiento* (pp. 173-205 y 880-888); *La nueva sociabilidad: mujeres nobles y salones literarios y políticos* (pp. 207-276 y 888-899); *Notas sobre «Las mujeres en tiempos de Goya»* (pp. 277-308 y 900-902);

*Infancia y familia en el Antiguo Régimen* (pp. 309-340 y 902-905); *La nobleza ilustrada: el Conde de Aranda* (pp. 341-396 y 905-911); y *América y la libertad* (pp. 397-406 y 911-912). Epistemología y pedagogía se concitan en la obra del que fue, quizá, el padre fundador de la Ilustración europea, John Locke. En Grecia, de los presocráticos a los sofistas y las escuelas helenísticas, en el ámbito político democrático, para los ciudadanos libres y varones, de la *polis*, si bien el conocimiento no fue patrimonio de un grupo sacral o social cerrado, puesto que era preciso el esfuerzo individual para alcanzarlo, ya que, con la técnica socrática de la mayéutica, hasta un esclavo podía resolver problemas de geometría, sin embargo, su contemplación, en una palabra, la sabiduría, sí era patrimonio de las clases privilegiadas. Esta tradición se conservó en la cultura eclesiástica occidental del Medioevo, con su tensión irresuelta entre teología y filosofía, pero, aunque conservó la didáctica griega de tendencia democrática, y su optimismo cognoscitivo, que no antropológico, por entender que la naturaleza era racional, regida por leyes regulares, susceptibles de ser conocidas, sin embargo, con el cristianismo, tal sabiduría, objeto de fijación y transmisión escrita, siguió perteneciendo a la esfera privada de las clases privilegiadas de la población. Sociedad y educación permanecieron separadas, por consiguiente, hasta que, en el XVIII, por vez primera se comenzó a hablar de educación *nacional* o instrucción *pública*, medio de perfectibilidad, a través del interés personal, de la naturaleza humana, y de la felicidad individual y social, aunque, para ello, Diderot tuviese que publicar, en 1762, anónimamente, *De l'éducation publique*, bajo el falso pie de imprenta de Amsterdam. Con diferentes matices le seguirían Helvetius, D'Holbach, Condorcet; y, en España, Jovellanos, Meléndez Valdés, Ibáñez de la Rentería, Forner, Foronda, León de Arroyal, partidarios de sustituir los criterios de caridad y beneficencia en la enseñanza primaria por el de utilidad pública, con acceso a las escuelas de primeras letras de las niñas, y posibilidad, por primera vez, de aprender a leer y escribir. De ahí que, con la educación como asunto de interés público, y abierta también a las mujeres, hasta entonces silenciadas y enclaustradas (en el hogar, en el convento, en la casa de prostitución), las de condición noble o *salonières* pudiesen abrir y regentar sus salones literarios y políticos, espacios públicos de sociabilidad, e intercambio intelectual y cultural en pie de relativa igualdad, desde el pionero de la marquesa de Rambouillet en el París de 1620. En Madrid, los de la condesa de Lemos, la marquesa de Fuertehíjar, las condesas de Benavente y de Montijo, sin olvidar la Junta de Damas o sección femenina de la Real Sociedad Matritense de Amigos del País, creada en 1787, ni las escuelas *patrióticas* y gratuitas fundadas por ésta en 1776. Por cierto que Rousseau, mientras propugnaba, en su *Émile ou de l'éducation*, la libertad natural para el aprendizaje de su protagonista, cuando se trataba de Sophie, la novia ideal de Émile, justificaba su sometimiento a la voluntad de los demás. Por el contrario, Feijoo y Campomanes entendían que la inteligencia y la razón eran asexuadas, y podían poseerlas tanto varones como mujeres, indistintamente. Más lejos quedaba la reivindicación de las dos grandes conquistas de la centuria ilustrada: un cierto derecho a la libre elección de marido, emblema de *El sí de las niñas* de Moratín; y la posibilidad de una enseñanza superior, no excepcional como fue la de Josefa de Amar y Borbón, autora del *Discurso sobre la educación física y moral de las mujeres* (1790), o la de María Isidra de Guzmán y La Cerda, hija de los condes de Oñate, doctorada, por la Universidad de Alcalá, en 1785.

La imagen del niño fajado como una pequeña momia, sólo desembarazada su minúscula cara, es la representación del trato padecido por la infancia en el Antiguo Régimen, hasta que los ilustrados denunciaron su falta de libertad, contraria a la naturaleza humana. El descubrimiento del niño, el sentimiento de la infancia, no surgió,

en efecto, hasta el siglo XVIII, al constatar, por la vía del individualismo afectivo, que no eran simples adultos en pequeño, sino personas insustituibles, que se habrían de convertir en el núcleo de la familia. Una familia en tránsito de la tradicional concepción comunitaria, troncal o de linaje y estirpe, a la contemporánea nuclear, en torno al amor entre cónyuges, y de padres e hijos (expresada en la lactancia materna o la consideración de la etapa de adolescencia), siempre con el trasfondo de la pavorosa mortalidad infantil –incrementada por el infanticidio, aborto y abandono o exposición, tan frecuentes–, y aun de la menguada esperanza de vida adulta, que no superaba la media de los cuarenta años. Pero, no todo fueron avances educativos durante la Ilustración. Recuérdese a Goethe, la mejor expresión de las contradicciones de su siglo:

«Todo lo que libera el espíritu, sin que produzca un progreso de la disciplina interior, es un peligro» (p. 339 *in fine*).

La centuria siguiente, la del XIX, es transitada por el lector de la cruz a la raya, desde sus pródomos de *El fin del siglo XVIII: la entrada en la contemporaneidad* (pp. 407-444 y 912-915); *España-Francia: espejos y paradojas en el Siglo de las Luces* (pp. 445-478 y 915-919); y *El drama de los afrancesados: patriotas o traidores* (pp. 479-499 y 920-921); hasta *Fines de siglo y sentimiento de crisis. 1898: Imágenes y realidad* (pp. 573-604 y 927-932); pasando por la visión contradictoria de *Menéndez Pelayo y el Siglo de las Luces* (pp. 501-539 y 921-925); y la medular de *Cultura, política e historia en el siglo XIX* (pp. 541-571 y 925-927). Sabido es que el paso del setecientos al ochocientos, en España, se sitúa entre 1789 y 1808, un momento clave de su historia que coincide, exactamente, con el reinado de Carlos IV, y que ha de ser tenido muy presente a la hora de valorar aciertos y fracasos del mismo, sobre todo porque, historiográficamente, han pesado muchísimo más los segundos. Los españoles fueron muy conscientes, entonces, de la época que les había tocado vivir, y de su siglo, por lo que se refiere a las clases privilegiadas (así, Jovellanos y sus períodos de sensibilidad rococó, neoclásica, y prerromántica, emotiva y medievalizante en su destierro mallorquín del castillo de Bellver), puesto que desconocemos cuál fue el sentimiento popular, carente España de una cultura *rebelde* en el vulgo, pese a su igualitarismo en el trato social, creadora de opinión, a diferencia de Inglaterra, donde la debilidad eclesiástica, desde la Reforma y Enrique VIII, favoreció que emergiese una cultura plebeya. En cualquier caso, con un nuevo contenido semántico en términos como *patria y nación, felicidad, libertad, sociedad, cultura, civilización, industria, fábrica, utilidad, interés personal*, fruto de una renovada y secularizada axiología política y económica, con la búsqueda de la felicidad por objetivo primario, y un patriotismo cosmopolita y abierto, racional y consciente, que nada tendría que ver con el amor irracional exhibido por los nacionalismos decimonónicos, de unidad excluyente con sus identidades étnicas y culturales, la acusación vertida contra la España del XVIII, el siglo *afrancesado* y extranjerizante por antonomasia, de *tibetización* o aislamiento hermético, es algo que ya no se sostiene históricamente. Buena prueba de ello fue el drama de los afrancesados, los quince mil que, aproximadamente, cruzaron la frontera en 1813, después de la derrota de Vitoria, más cuatro mil condenados al destierro en virtud de un Real Decreto de Fernando VII, de 30-V-1814. De todos ellos, sólo unos noventa, como máximo, llevaron su afrancesamiento hasta el extremo de solicitar y obtener la nacionalidad francesa. Patriotas o traidores, josefinos, infidentes o *juramentados*, que eran los empleados de la Administración, obligados a prestar juramento de fidelidad al impuesto rey José, si querían mantener su plaza, no eran propiamente liberales, ni absolutistas, ni partidarios de los revolucionarios regímenes políticos franceses. Pero, las dificultades, muchas veces insalvables,

de la época, pueden quedar simbolizadas en una conocida pintura de Goya, la *Alegoría de la Villa de Madrid*, en cuyo medallón pintó, primeramente,

«el retrato de José I; más tarde lo borró y lo substituyó por la inscripción de *Constitución*; y luego, en 1814, pintó sobre ella el busto de Fernando VII; ya mucho más tarde, muerto Goya hacía muchos años, en Burdeos. [se cambió] el retrato [regio] por el actual, que permanece, del *Dos de Mayo*» (pp. 498-499).

Hasta el mismo Marcelino Menéndez Pelayo, que no fue un progresista, ni siquiera un liberal, pero que está en el origen de la modernidad literaria española, como ha subrayado Jon Juaristi, y que generó la visión decimonónica del setecientos que más ha perdurado entre la derecha y la izquierda, política y cultural, al preocuparse de que los españoles recuperasen su conciencia histórica, denunció el afrancesamiento extranjerizante del siglo XVIII, pero lo hizo, en su *Historia de los heterodoxos españoles*, la *Historia de las ideas estéticas en España* y *La ciencia española*, como advirtió agudamente Eugenio d'Ors, con delectación morosa, casi viciosa, por la herejía, «algo así como el cariño del médico por sus hermosos casos clínicos», en esa menéndez-pelayiana divina *Commedia* de la erudición que fue su entera obra, de la que retrajo al *Inferno* a los heterodoxos, salvando en el *Paradiso* a los científicos, y dejando para el *Purgatorio* las ideas estéticas. Mas, aunque antiesencialista, en su obra hay que anotar la creación del distorsionador y mendaz mito de las *dos Españas*, retroproyectando las guerras civiles carlistas del XIX en el XVIII. Por otra parte, los pensadores tradicionales, reaccionarios, que eran de su agrado (los PP. Ceballos, Vélez, Alvarado o *Filósofo Rancio*), y que oponía a los extranjerizantes Aranda, Campomanes, Roda, Olavide, Quintana, Marchena, Blanco White, y un largo etcétera, eran, en realidad, como ha demostrado Javier Herrero, tan europeos como los ilustrados, por ser discípulos del abate francés Barruel. Mayor título, en tal sentido, podría atribuirse al XIX, el llamado *siglo del tanto por ciento*, que permitió proclamar al diputado Calderón Collantes, en las Cortes, en 1843, sin escandalizar por su calvinismo o burdo materialismo: «La pobreza, señores, es signo de estupidez» (p. 554). Y también sería, pese a su secularización, o quizá por eso mismo, el de la permanencia de los miedos medievales: a la miseria, al otro (la xenofobia de los nacionalismos), a las enfermedades y epidemias (la tuberculosis, peste del ochocientos), a la violencia de las guerras y los atentados terroristas, a lo no visible y el más allá. Unas persistentes lacras de la humanidad que tienden a ser olvidadas, deslumbrados con los logros de la época, ese *siglo de fósforos, que no de luces*, con los que el poeta aludió a la pérdida de los ideales del setecientos: el desarrollo científico-técnico, los descubrimientos médicos, el telégrafo y el ferrocarril, las epopeyas de exploración geográfica, la abolición de la esclavitud, el inicio de los movimientos feministas, el nuevo liberalismo programático, el *art nouveau*... No fue la crisis finisecular, el 98 español, la única, ni mucho menos, de Europa. Francia fue humillada por los británicos en Fachoda, en 1898; estos últimos, a su vez, estuvieron a punto de ser derrotados, en 1899, por los bóers en Suráfrica; Italia fue derrotada, en 1896, en Adua; Portugal, víctima de un ultimátum de su aliada Inglaterra para que retirase tropas de Angola y Mozambique, en 1898; y las guerras chino-japonesa, y ruso-japonesa de 1901 a 1904. Otro mito historiográfico ha sido el del *secular aislamiento* de España: no hubo tal, sino una prudente política y estratégica voluntad de mantenerse lejos de los conflictos de las grandes potencias imperialistas, letales para una nación que no contaba con ejército apropiado. La pérdida de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, dispersas geográficamente y sin armada que mereciera tal nombre, era previsible, y lo que debe preguntarse es cómo lograron mantenerse en posesión de la Corona española. El despojo de sus colonias llevó a potencias derro-



tadas, Rusia, China o Portugal, a cambiar de régimen político, antes o después. En España, no se produjo hasta 1931. El desprestigio político, de 1898, no hizo caer a la monarquía. Habría que preguntarse si fue así porque la nación no estaba tan invertida como creyó, por ejemplo, Ortega y Gasset. Incluso los fenómenos del caciquismo y de un régimen parlamentario, como el de la Restauración, basado en partidos oligárquicos y fraudes electorales, no fueron ajenos a las democráticas Inglaterra, Francia y Estados Unidos, o a otros países, Portugal, Alemania.

El siglo xx, estricta coetaneidad, queda reflejado en el espejo comparado, y comparativo, de *Las Constituciones de 1931 y de 1978* (pp. 621-666 y 932-936); hace condición hispana de posibilidad constituyente con *La transición democrática en España (1975-1978)* (pp. 605-620); y se interroga por los *Cambios culturales en la sociedad española contemporánea* (pp. 667-722 y 936-941); para que, de este modo, remansado a la vista del incipiente xxi, haga examen histórico de conciencia ciudadana, por medio de un perenne *Elogio de la concordia* (pp. 723-737 y 941-942). Se plantea Carmen Iglesias el hasta cierto punto sorprendente aire de continuidad que sobrevuela y abraza ambos textos constitucionales, republicano y monárquico restaurado, de 1931 y 1978: su rigidez, el paralelo planteamiento de organización territorial con la división en regiones o comunidades autónomas, la prevalencia de una jurisdicción constitucional. Pero también sus radicales diferencias, más allá del unicameralismo de uno y el bicameralismo de otro: sus respectivos procesos constituyentes, analizados con detenimiento; y las conocidas cuestiones polémicas, no bien resueltas en 1931, y todavía objeto de mayor o menor debate después de 1978, como son la religiosa, la nacional, incluso la social. Y la relativa a la forma de Estado, aunque cierto es que, como se subraya, tanto en uno como en otro momento, los dos auténticas encrucijadas históricas, políticas, sociales y económicas, del siglo xx, el verdadero problema no residía en la dicotomía Monarquía o República, sino en optar con acierto y pericia por democracia, parlamentaria, y no dictadura, militar o revolucionaria. Con conciencia, en todo caso, de que la Constitución, clave de bóveda que ha permitido erigir el Estado liberal de Derecho, derruyendo el absolutista, también es, en palabras de Antonio Hernández Gil, el mito político de la modernidad, unido en sus orígenes al romanticismo liberal del xix, en última instancia, un pensamiento mágico que creía que, con un texto *perfecto y racional*—según cánones que serían siempre discutibles—, y con independencia de los juegos de intereses económicos de los diferentes grupos sociales y políticos, se resolvían todos los problemas. Y la convicción de que la Guerra Civil española de 1936-1939, lejos de ser inevitable, no se puede justificar sólo por crisis económica o mera agitación social. El paro laboral, aun siendo muy grave, resultaba inferior al de la Alemania de los años treinta y los Estados Unidos de la *Gran Depresión*, siendo harto significativas las dispares soluciones adoptadas por ambos países, una totalitaria, otra de reformas democráticas. Se muestra convencida Iglesias de que la agitación revolucionaria de la época de la Segunda República fue debida, más bien, a motivos políticos que económicos. Precisamente para no incurrir en los errores del pasado, la Transición democrática española, de 1975 a 1978, fue el resultado de su deliberada y consciente memoria enmendadora. Otro mito historiográfico a desterrar sería, pues, el de un supuesto olvido, en la Transición, de la historia más inmediata. De acuerdo con Santos Juliá, habría que diferenciar entre dos términos de origen griego, inventores de la democracia ciudadana, la *amnesia* y la *amnistía*: con la primera, enfermedad del olvido, las cosas *caerían* políticamente en él; con la segunda, voluntad de olvido político, las cosas del pasado se *echarían* en él. En tanto que protagonista generacional de la Transición, Carmen Iglesias se muestra concernida e identificada con ella, y así la defiende, con pasión racional y sentido dolor, ante los recientes intentos, políticos e historiográficos, de minusvalorarla o descalificarla. A su juicio, el único tipo de memoria

histórica imprescindible es aquel que ayuda a mantener vivo el legítimo origen del derecho, en tanto que ordenación justa de la convivencia social, que es aquel que se sustenta en una pedagogía de la democracia, siendo bien consciente de que ésta es siempre una eterna tela de Penélope, dado que nunca hay ganancias absolutas en la historia: hoy se solucionan ciertos problemas, mañana aparecen nuevos retos. De ahí su *Elogio de la concordia*, y rechazo de las amenazas de su ruptura, aquella que puso por obra la generación de la Transición, con su respeto a la ley y su estricto sentido de responsabilidad social. Observaba Max Weber, en advertencia tanto a vencedores como a vencidos, que, después de una guerra, no debían ser buscados sus *culpables* políticos, puesto que su origen siempre radicaba en la estructura de la sociedad. El análisis, precisamente, de la sociedad española durante el régimen franquista, que fue la que habría de engendrar a los futuros protagonistas, individuales y colectivos (obreros y estudiantes universitarios, clases medias), de la Transición, con su convencimiento de que el enfrentamiento fratricida no se podía repetir, ofrece argumentos que apoyan la conclusión weberiana, que presupone otra, la de que los valores no se pueden demostrar, y sí sólo mostrar: la nueva dimensión popular de la cultura, la imposición de un consumo masificado, una sociedad más abierta e industrializada, con una conciencia igualitaria y menor desigualdad social, la irrupción de la mujer en el espacio público y su progresiva incorporación al mundo laboral, una educación generalizada, etc.

III. La lectura de *No siempre lo peor es cierto*, una obra cuyo contenido, acompañado al título, no desmerece de éste, deja un poso de encomiable optimismo, en su dosis recomendable, de sano y prevenido escepticismo, a quien pasea y se detiene entre sus bien nutridas páginas. Y ello pese a que se trata, como se anticipó, de un libro *de combate*, amable pero firme, sosegado mas no complaciente. Ni el relativismo, historiográfico o no, ni las concepciones o visiones integristas, de una pieza, o radicales en su voluntad redentora, tampoco el pensamiento *políticamente correcto*, merecen tregua a su autora. Su propósito declarado, en la contraportada de la sobrecubierta, es confesable, y confesado: «Derribar mitos obsoletos, que distorsionan nuestra percepción del pasado y entorpecen el porvenir». Su punto de mira está puesto en la visión negativa en el estudio de la historia de España, que ha prevalecido desde finales del siglo XIX, y que nosotros, sus lectores, a caballo entre el XX y el XXI, hemos heredado. Es una actitud gratificadamente *quijotesca*, a mi juicio, y necesaria, imprescindible. Hasta ahora, aislado, cada historiador con conciencia de ello ha procurado desacreditar documentalmente los tópicos y mitos con los que se ha topado, en el ámbito especializado de su investigación. Pero era preciso reunirlos a todos, o casi todos, para que su vista conjunta los desacreditase entre sí, aherrojando su equívoca, falaz reputación. Así es en el *Prólogo* (pp. 19-38), al que completa la *Bibliografía* final (953-1004), seguida de la *Procedencia de los trabajos* (pp. 1005-1007), y de un indispensable *Índice onomástico* (pp. 1009-1037), dada la erudita profusión de citas y el poblado manejo de fuentes de que se hace gala. Ese decálogo *del mal* para todo historiador queda esculpido, desde un principio, en esa intensa relación de propósitos y anticipo de contenidos, en esa especie de exposición de motivos, y de criterios metodológicos, de lo que constituye pieza meditada y cumplida de una vida de investigación y reflexión sobre el pensamiento político, histórico y filosófico, que son, y conforman, dichas páginas prologales. Su enumeración, aunque ya adelantada, no creo que resulte ociosa, contemplada aquí en ordenada falange u honda trinchera, a fin de prevenir el potencial peligro de determinismo que acecha en todas las visiones pretéritas falsas o estereotipadas: 1) el mito de la continuada *decadencia* histórica de España; 2) el de su victimista *excepcionalidad*, con la aneja variante de exclusividad guerracivilista; 3) la tendencia interiorizada a la *autoflagelación*, por asumir indiscutida la leyenda negra de su pasado; 4) el *ensimismamiento*

o provicianismo historiográficos, por aversión o desconocimiento de todo lo europeo u occidental; 5) el mito *esencialista* de las dos Españas autistas y fratricidas, adornadas de sus respectivos e inmutables caracteres nacionales; 6) el rechazo *adanista*, o buenista, de aquellos períodos o episodios históricos contrarios a los valores presentes del observador actual; 7) la ceguera ante los anacronismos anticipatorios o *presentismos* historiográficos, con retroproyección activa del historiador que manipula, doloso o negligente, los datos conocidos y documentados del período histórico indagado; 8) la convicción *determinista* de que el proceso histórico es necesario, sin que la libertad humana y la voluntad individual posean capacidad efectiva de variación de tal presunto destino, carente de toda demostración racional de existencia; 9) la creencia de que los acontecimientos históricos se resuelven en éxitos o fracasos definitivos, en un presunto juego de *suma cero* en el que, lo que ganan unos necesariamente lo tienen que perder otros, sin que todos o la mayor parte de los sujetos históricos puedan temporalmente ganar algo, mucho o todo, dependiendo de las circunstancias y los casos; y 10) la consideración maniquea de la historia, como campo de batalla de predeterminados *buenos* y *malos*, así calificados o considerados, dependiendo del capricho o los prejuicios de cada historiador o escuela de historiadores.

Este decálogo también se resume en dos grandes preceptos o mandamientos de ética personal o profesional, cara y cruz, positiva y negativa: la obligación de luchar contra toda clase de ideologías *totalitarias* o utopías de violenta redención que puedan, todavía, anidar en el campo historiográfico, públicas o privadas (histórica discriminación de la mujer, de la infancia, familiar, racial o xenofóbica, de marginados, y de *género* u orientación sexual); y la defensa de una Historia *abierta*, fundada en criterios axiológicos de libertad a la hora de interpretar el pasado temporal de los hombres en sociedad. Ni más, ni menos. Casi nada, se podría añadir, recordando que Ramón de la Cruz y sus sainetes, vehículos del majismo y el casticismo en el XVIII español, también tienen cabida en el libro que se comenta, como espejos y paradojas hispano-francesas en el Siglo de las Luces. Antes se ha hablado de un vivificador quijotismo en nuestra autora, que no puede por menos que suscitar la simpatía de la mayor parte de sus lectores, si no de todos. Es más arriesgado o menos valorado, intelectualmente, acometer el estudio del pasado desde un, siquiera moderado y saludable, optimismo antropológico e historiográfico. Los laureles del éxito y de la crítica suelen estar predestinados –ellos sí– a las sienes de quienes más virulentamente condenan, execran, puritana y sacerdotalmente, aquellos episodios, protagonistas y períodos pretéritos injustos o fracasados, sea con la perspectiva del momento o con la actual. Es como si el intérprete quisiese hacer méritos a costa de lo que ya no puede ser rectificado, ni él se arriesgase a recibir réplica de quienes ya sólo pueden morar en cementerios. Se trata, muchas veces, de indignaciones hipócritas o ventajistas. Como dice un viejo proverbio hispano, tan enraizadamente histórico: «A moro muerto, gran lanzada». El asiduo comprador y visitante de librerías, tradicionales o virtuales, no deja de remover, todos los días, en estanterías o páginas electrónicas, demasiados libros cuyo simple hojear delata que lo investigado ha sido sólo un simple apoyo, *a posteriori*, de unas tesis de principio irrefutadas, en tanto que irrefutables para su convencido sostenedor. La rebusca documental ha sido la excusa conveniente, simple compañero de viaje, para adornar con su envoltorio lo que estaba ya predeterminado por las íntimas e inamovibles convicciones del autor, no pocas veces evidenciadas en páginas preliminares, dedicatorias u otros comentarios anexos. Todo ello unido a que el pesimismo goza de más crédito y mejor propaganda, y de consolidado prestigio académico, que el optimismo, al que humanamente se suele asociar con la juventud, la inexperiencia, o un cierto congénito carácter de bondad, susceptible siempre de ser sorprendida o explotada. Unido al hecho de que, lejos de haber quedado arrumbados en el desván de los utillajes conceptuales y metodológicos inservibles y desechados, la Historia-juicio y el historiador-juez,

incluso la figura del historiador resentido, no se sabe muy bien, realmente, por qué, gozan de la mayor aceptación y del mejor crédito entre el público en general. No hay que olvidar esa (bondadosa) tendencia humana a creer, sin más, que quien se siente dolido o molesto por algo, malhumorado y quejoso, y así lo verbaliza por extenso, hasta cansina y pesadamente, tiene razones fundadas (buenas razones), para ello, pues nadie razonablemente perdería el tiempo si así no fuese, y, además, de buenas a primeras no se presupone el engaño, la doblez, o siquiera el error doloso o culposo, en quien tanto, al menos en apariencia, ha trabajado sobre un tema. De ahí esa rememoración de Don Quijote de la Mancha, porque molinos no han de faltar, antiguos, de viento, o modernos, eléctricos. La persistencia del mito en el paleocerebro humano, viejo o sobrevenido por remozado, está sobradamente probada. En los orígenes del oficio de historiador, Heródoto componía sus relatos pendiente siempre de ellos, y Tucídides se vía obligado, para orillarlos, a reducir el suyo a unos pocos años, los de la *Guerra del Peloponeso*, consciente de que, fiándose de alguien más que de él mismo y de algunos selectos testigos, el riesgo de caer por su precipicio sería inmenso. De ahí el escepticismo de quien esto escribe, aunque rehuse cualquier laurel adherido a todo prestigiado pesimismo. También es cierto, desde luego, que si Don Quijote fue vencido, y muerto, con él desapareció el rastro, y aun el recuerdo, de los omnipresentes, y omnipotentes, libros de caballería.

Libre, y antitotalitario –que no es lo mismo, pues lo segundo es lo primero con el vital añadido de la diaria, y no pocas veces enfadosa, pugna para que lo pueda ser continuadamente posible–, se muestra el espíritu, y el estilo, de Carmen Iglesias, de modo buscado, pensado y expreso en este reconfortante *No siempre lo peor es cierto*. De su acierto he traído testimonio singular, en la pluma y con la cita literaria que preside esta recensión, la del judío ruso Vasili Grossman (Berdíchev, 1905-Moscú, 1964), escritor y periodista que cubrió la batalla de Stalingrado, siendo sus crónicas las primeras en dar la noticia al mundo de la más lograda consecución de los regímenes totalitarios de todos los tiempos, al menos, hasta entonces, la existencia de los campos de exterminio nazis. Ya se sabe que los totalitarismos no son nada excluyentes entre sí –recuérdese, si no, el Pacto Mólotov-Von Ribbentrop de 1939–, y la publicación de *Vida y destino*, considerada la *Guerra y Paz* de la Segunda Guerra Mundial, fue prohibida también tras la muerte de Stalin, por el régimen soviético del supuestamente aperturista Nikita Jrushov, siendo condenado Grossman, aplaudido en su juventud por Gorki y Bulgákov, al ostracismo. Era evidente que el totalitarismo soviético no podía admitir un fresco de tal magnitud sobre el desmoronamiento moral e ideológico del comunismo, y un canto tan entrañado y perturbador a la resistente, conmovedora y solitaria fortaleza del espíritu humano frente al terror omnipotente y destructor. Clandestinamente microfilmada una copia del manuscrito, que pudo ser recuperado de modo milagroso, y sacada fuera de la Unión Soviética, se publicó en los años ochenta del siglo XX, cuando su autor llevaba ya bastantes años muerto.

En un país hipercrítico como España, que ha vivido obsesionado, en las dos centurias de su contemporaneidad, por su descalificada imagen exterior –los españoles, para Napoleón, no eran más que «una chusma de aldeanos guiada por una chusma de curas»–, una visión desacomplejada y distópica como la de Carmen Iglesias, que procura mantener abierto, popperianamente, el futuro, empleando semejante apertura de horizontes en su investigación sobre el pasado, de un presente que es futuro de ese pasado a la vez que pretérito de dicho futuro, lejos de resultar perniciosamente complaciente se transforma en un punto de equilibrio y cordura para el tratamiento de la recurrente esquizofrenia celtibérica, política e historiográfica<sup>7</sup>. A ello le ha ayudado, ella que es escritora calma, pues, aunque ha publicado

<sup>7</sup> A este respecto, Emilio DE LA CRUZ AGUILAR, no dejó de fustigar tal esquizofrenia, tan boyante y triunfante en los años sesenta y setenta, cuando hacía compatibles la Historia del Derecho, en la

mucho, y mil páginas son una prueba incontestable, lo ha hecho en su madurez, habiendo empleado más de diez años de vida para alumbrar su tesis doctoral sobre el pensamiento de Montesquieu, la dedicación iniciática, precisamente, a una figura capital como ésta, de la que se advierte que admira su amor a la libertad y a la independencia intelectual, así como su equilibrio entre pesimismo y optimismo, al emplear la razón como instrumento de interpretación del mundo, lo que le condujo a apostar por la condición humana, aun a sabiendas de que dista mucho, por su tendencia al abuso, entre otras cosas («Hasta la virtud –decía el *philosophe*– necesita límites»), de ser ideal. Las claves de su comprensión como historiadora las proporciona su *Razón y sentimiento en el siglo XVIII* (1999), al confrontar y conjugar Montesquieu con Rousseau: el ginebrino, pensador emocional, promotor de una sociedad igualitaria a cualquier precio, el de la unidad y la homogeneidad, para lo que no duda en obligar a los hombres a ser libres; el bordelés, filósofo de la pluralidad y la moderación, leal ante la contradicción entre hechos políticos, obligaciones éticas y normas jurídicas, preocupado sólo por procurar que, en sociedad, los hombres puedan ser libres. A nadie se le escapa el germen totalitario que albergan las tesis rousseauianas, envueltas en la belleza y el atractivo de un movimiento literario y artístico como el romanticismo, que aspiraba, igualmente, a recuperar la primigenia unidad perdida. Carlos Fuentes, el gran escritor mexicano, ha sabido auscultar (con sus *Lecciones de Historia en Guadalajara*, en el diario *El País*, de 25-II-2004), otros tumores totalitarios que periódicamente afloran entre el magma intelectual contemporáneo: desde una teoría como la del *fin de la historia* de Fukuyama, que, deseosa de imponer su propia e interesada concepción histórica, se muestra sorda ante la constatación de que aquella es una suma empírica de hechos, y desconoce que rige, en última instancia, un principio de incertidumbre que es la resulta de muchas concatenadas libertades individuales en acción; hasta una etnocéntrica o sociocéntrica tesis política, e ideología bélica, de un supuesto *choque de civilizaciones* de Huntington, que quiere desconocer que no ha habido época en la que las civilizaciones no hayan chocado, y fundídose unas en otras, por ello, creando nuevas, más ricas y complejas identidades culturales, de lo que América, indígena e hispana, europea y africana, mediterránea y atlántica, católica y protestante, es una prueba irrefutable. No faltan, añadido yo, otros renovados o recurrentes totalitarismos, o tendencias totalitarias, políticas, sociales, culturales o económicas, como es la del ahora llamado *neocapitalismo* o *neoliberalismo*, que ha causado esta nueva *Gran Depresión*, émula de la de 1929, ahora de carácter global o mundializado, desde 2007. La supresión de toda clase de controles legales, jurisdiccionales y políticos, en pro de un abusivo libertinaje económico presentado como dinamizador de los universales flujos financieros y bursátiles, y augurado como vía de acceso a un presunto *país de Jauja* de la prosperidad económica, identificada con la libertad, y motejados como liberticidas los que se atreven a oponerse a tales asegurados avances del libre albedrío de la humanidad, no puede ser más frontalmente contraria al mínimo de garantías jurídicas y de contrapesos legalmente establecidos que están en la base de los Estados, sociales e incluso ya liberales, de Derecho, para la defensa de los derechos individuales de sus ciudadanos, en su vertiente laboral, social y económica.

---

Universidad Complutense, y el periodismo y la sátira humorística, en las redacciones de *Hermano Lobo*, *Sábado Gráfico*, *Diario 16* o, con anterioridad, desde las vespertinas páginas de *Pueblo*:

«Los periodistas españoles son hipercríticos con nuestra historia. Tocados de una proclividad *larriana*, responden al prototipo más extendido: inclinados morbosamente al *mea culpa*, sienten cierta vergüenza de las glorias nacionales; es decir, igual que el resto de sus compatriotas. Aunque su posición y profesión les hace más influyentes, y contribuyen a acentuar lo que llamo la *maso-cohistoria* de España» (*Historia y periodismo*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1997, p. 99).

No sólo es *Razón y sentimiento* el título de otros dos libros de Carmen Iglesias, sino también el eje vertebrador de toda su epistemología histórica, y aun me atrevería a decir que psicológica, identificado en y por su objeto de estudio. Razones y sentimientos interactúan en el mundo de los hechos y de su percepción, y autopercepción, en la sociedad y en sus imágenes, propias o ajenas. Las acciones de los hombres que conviven no son posibles sin una constitutiva amalgama de pensamientos y sentimientos, que filtran y reinterpretan, una y otra vez, los hechos del exterior, de los otros seres humanos, sus semejantes. Y razón y sentimiento iban unidos en el *desideratum* ilustrado de equilibrio entre lo racional y lo emocional. Sin embargo de lo cual, no es Carmen Iglesias una complacida historiadora, encerrada en su despacho o diván, una teórica y aséptica ensayista, politóloga o socióloga. Por el contrario, prefiere mostrarse comprometida con su tiempo, que deja muy claro que es el de los valores y las decisiones de la Transición del régimen franquista al democrático de la Constitución de 1978, cuyos logros no duda en ponderar y proclamar suyos, frente a desafectos o impugnadores. Al mismo tiempo, discípula devota y honrada de sus maestros, Luis Díez del Corral y José Antonio Maravall, «cálidos y exigentes, apasionadamente severos, discrepantemente tolerantes», a quienes siempre cita en lugar preeminente, y de los que siempre reconoce su deuda intelectual y personal, con ellos ha entablado, desde hace años, un diálogo después de la muerte que, en *No siempre lo peor es cierto*, emerge en forma de apéndice de nexo declaradamente discipular, el ya referido, que versa sobre ideas, ideologías y utopías contempladas históricamente. De otra parte, con impronta muy anglosajona, el libro está trufado del más eficaz y pragmático de los ahuyentadores de dogmatismos y doctrinarismos, el de la ejemplificación profusa y sistemática. De ahí que abunden citas y anécdotas, hartamente reveladoras para el lector. Un ejemplo será suficiente. Al tratar del poder objetivador de las ideas es evocado el historiador escocés Thomas Carlyle. Cierto día, un adinerado mercader le reprochó sus teorías:

«¡Ideas, Mr. Carlyle, nada más que ideas! A lo que Carlyle respondió con sombría sorna: Hubo unos señores, los enciclopedistas franceses, que escribieron una obra en 35 volúmenes que no contenía más que ideas, y cuya segunda edición fue encuadrada con la piel de quienes se rieron de la primera» (p. 800, nota).

A los historiadores juristas e institucionales, *No siempre lo peor es cierto* les concierne, sobre todo, por sus variadas y atinadas reflexiones, políticas, sociales, culturales, históricas en fin, acerca del poder, sus manifestaciones, sus abusos, su morfología, límites, enmascaramiento, manipulación. Y las tentativas o consecuciones de los hombres a la hora de imponerlo, contenerlo o deponerlo. El poder y la muerte, o sea, lo único... verdaderamente peligroso. En el epitafio que dejó escrito el poeta Virgilio (70-19 a. C.), y que se ha venido considerando apócrifo, tendiéndose, ahora, a creerlo verosímil y propio, dada la perfección del dístico, todo ello quedó magistralmente condensado, tal como fue esculpido en su tumba, a las afueras de Nápoles, a donde fue trasladado su cadáver desde el lugar de su muerte, en Brindis, el 21 de septiembre. Su nacimiento en Mantua, su fallecimiento en Calabria; su canto a pastores, campos y jefes, es decir, al poder y a la sociedad, los suyos, de su tiempo:

«Mantua me genuit, Calabri rapuere, tenet nunc  
Parthenope; cecini pascua rura duces». <sup>8</sup>

JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA

<sup>8</sup> Publio Virgilio Marón, *Obras Completas*, edición, introducción y apéndices de Pollux Hernández, traducción de Aurelio Espinosa Pólit, Arturo Soler Ruiz y P. Hernández, 2.ª ed. revisada, Madrid, Cátedra, Bibliotheca Aurea, 2006 (1.ª ed., 2003), pp. 1.158-1.159.

**LAPEYRE, Henri. 2008. *Una familia de mercaderes: Los Ruiz. Contribución al estudio del comercio entre Francia y España en tiempos de Felipe II*. Edición y traducción Carlos Martínez Shaw. Valladolid: Junta de Castilla y León. Consejería de Cultura y Turismo. 629 pp. ISBN 978-84-9781-72-3**

I. Desde que en 1955 Henri Lapeyre publicara en Francia la monografía sobre la familia Ruiz<sup>1</sup>, ha sido preciso que transcurriera más de medio siglo para que, finalmente, la obra viera la luz en España, al completo<sup>2</sup>. La iniciativa ha sido posible gracias a la traducción realizada por el profesor Carlos Martínez Shaw y a la política editorial seguida por la Junta de Castilla y León.

El retraso en la publicación de la edición castellana de la obra no se debe, como pueden intuir quienes, durante décadas, han manejado el texto francés, a motivos relacionados con la calidad del trabajo. Tampoco a la existencia de dudas acerca del interés que pudiera tener, para los investigadores, la disposición de una edición del texto en nuestra lengua. Entre los especialistas españoles de múltiples disciplinas históricas existe unanimidad en considerar que la obra constituye un trabajo imprescindible, de referencia, para comprender el mundo mercantil castellano y francés, pero también el europeo, en el período en el que el autor circunscribe la investigación.

Las dificultades que ha entrañado la traducción de un trabajo de las características del que nos ocupa, entre otras razones por el manejo que en él se hace de términos y conceptos técnicos propios del mundo jurídico, marítimo, mercantil y financiero del siglo XVI y de múltiples fuentes y textos castellanos que Lapeyre había traducido al francés, unido a los vaivenes de la política empresarial de la editorial, que en un primer momento mostró interés por la publicación de la obra en España, justifican, como el profesor Martínez Shaw refiere, que la edición de la versión castellana del trabajo se demorará durante demasiados años. Cabe señalar que Martínez Shaw inició la laboriosa tarea de la traducción del original francés en la década de 1970, con el apoyo y la ayuda inestimable del propio Lapeyre, quien, fallecido en 1984, no pudo, sin embargo, ver la obra concluida.

Nos encontramos, por tanto, ante la publicación, lamentablemente tardía en España, de un clásico que interesa, como resalta Martínez Shaw en la nota introductoria, a quienes deseen profundizar en la familia Ruiz, en el comercio hispano-francés de la segunda mitad del siglo XVI, pero también en «el intrincado mundo del oficio de mercader, de la empresa comercial, del arte de navegar, del derecho marítimo, de los instrumentos de pago, de las letras de cambio, de la contabilidad mercantil, de los intercambios por tierra o por mar en tiempos de guerra o de paz, de la compra y venta en las ferias de Castilla o de Francia de las telas, el trigo, la sal, el papel, el hierro, los tintes o las piedras preciosas, a lo largo de los primeros tiempos modernos».

II. La cuidada impresión de la obra ha correspondido a la editorial de la Junta de Castilla y León, dentro de la serie de «Estudios de Historia». Una línea editorial, que ofrece gran interés al mundo universitario, en la que han visto la luz más de cien mono-

---

<sup>1</sup> *Une famille de marchands: les Ruiz. Contribution à l'histoire du commerce entre la France et l'Espagne au temps de Philippe II*. Paris: Éditions de l'EHESS.

<sup>2</sup> En 1971, el autor publicó, junto a Felipe RUIZ MARTÍN, la mayor parte de la introducción y el capítulo IV de la segunda parte del libro, el dedicado a las ferias de Castilla, bajo el título *Simón Ruiz (1525-1597) en Medina del Campo* (Valladolid: Cámara de comercio e Industria).

gráficas. Varias de ellas de historiadores del derecho español. Entre otros de los profesores Gonzalo Martínez Díez<sup>3</sup>, Pilar Arregui Zamorano<sup>4</sup>, José Antonio Escudero<sup>5</sup>, José María Vallejo García-Hevia<sup>6</sup> y Regina Polo Martín<sup>7</sup>.

En las publicaciones de estos y otros autores que, como señalamos, integran el fondo editorial de la serie referida, se abordan cuestiones fundamentales para el conocimiento de nuestro pasado histórico desde múltiples perspectivas, que exceden, con mucho, del marco geográfico de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y de una disciplina o una época concretas.

Por la calidad y el interés del contenido de los trabajos publicados y la cuidada edición de los originales, esperamos que los responsables de la iniciativa continúen con su desarrollo y que, en fechas próximas, vean la luz nuevos trabajos con el mismo rigor científico.

**III.** La obra de Henri Lapeyre (1910-1984), hispanista francés, especialista en la historia económica y social de la España del siglo XVI y de principios del XVII, en particular del reinado de Felipe II<sup>8</sup>, y profesor durante un prolongado período de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la Universidad de Grenoble, es deudora de *l'École des Annales*. No en vano se suele incluir a Lapeyre entre los miembros de su segunda generación, si bien con algunos matices motivados por el apego que el autor siempre mostró por la precisión y los datos concretos. En cualquier caso, la vinculación de Lapeyre con Fernand Braudel y Raymond de Roover, a quienes dedicó el texto ahora publicado, y con otros miembros de la Escuela siempre fue intensa<sup>9</sup>. En el prólogo, el autor atribuye a Braudel la idea y el espíritu de la obra.

El fondo documental principal, aunque no único, a partir de cuyo estudio y análisis el autor elaboró la compleja tesis doctoral sobre el comercio castellano-francés del reinado de Felipe II, es el Archivo privado de la familia Ruiz, una dinastía de negociantes castellanos, a escala nacional pero también internacional. Y de entre la diversa documentación que compone el Archivo, Lapeyre trabajó de modo especial con la correspondencia que los Ruiz mantuvieron con Francia, así como con los registros de sus libros de cuentas.

La conservación del Archivo de estos comerciantes, cuya parte principal se custodia en el Archivo Histórico de Valladolid y algunas piezas en la Real Academia de la Historia de Madrid y en los *Archives Communales* de Nantes, puede valorarse como un

<sup>3</sup> *Pueblos y alfores burgaleses de la repoblación* (1987) y *El condado de Castilla (711-1038). La Historia frente a la leyenda* (2005).

<sup>4</sup> *Monarquía y señoríos en la Castilla moderna. Los adelantamientos de Castilla, León y Campos (1474-1643)* (2000).

<sup>5</sup> *Administración y Estado en la España Moderna* (1999; 2.ª ed. 2002).

<sup>6</sup> *El Consejo Real de Castilla y sus escribanos en el siglo XVIII* (2007).

<sup>7</sup> *Absolutismo, afrancesamiento y constitucionalismo. La implantación del régimen local liberal (Salamanca, 1808-1814)* (2008).

<sup>8</sup> Además de la obra objeto de esta recensión, en la producción de Lapeyre figuran títulos tan importantes para la historiografía española como son los siguientes: *Affaires et gens d'affaires: Simon Ruiz et les «asientos» de Philippe II* (Paris: Librairie Armand Colin, 1953); *Geografía de la España morisca* (Valencia: Diputación Provincial, 1986); *El comercio exterior de Castilla a través de las aduanas de Felipe II* (Valladolid: Universidad, 1981); y *La Taula de Cambis en la vida económica de Valencia a mediados del reinado de Felipe II* (Valencia: Del Cenial al Segura, 1982).

<sup>9</sup> El lector interesado en conocer algún dato más de su biografía puede consultar la nota introductoria incluida por MARTÍNEZ SHAW en la edición castellana de la monografía que nos ocupa y también la necrológica publicada por RUIZ MARTÍN, Felipe (*Revista de Historia Económica*, año III, número 1, 1985, pp. 127-132).



hecho excepcional en el mundo hispano-francés. En España y en Francia, incluso en este segundo caso con mayor gravedad, la conservación de los archivos comerciales ha sido, por lo general, muy defectuosa, a diferencia de lo que ha sucedido en Alemania y en Italia, países en los que se han preservado importantes y ricos fondos documentales vinculados a diferentes familias de comerciantes.

Lapeyre no fue el primer investigador que trabajó sobre el Archivo de los Ruiz. Y con posterioridad, otros estudiosos han vuelto a utilizar sus fondos. Sin embargo, es muy probable que el nombre de Henri Lapeyre quede unido para siempre, con mayor intensidad que cualquier otro, a este fondo documental por el provecho científico que el profesor de Grenoble obtuvo del manejo de su contenido.

Otras fuentes utilizadas por el autor para completar la información obtenida del Archivo de los Ruiz integran los fondos de múltiples archivos españoles y franceses. Las referencias que permiten la localización de esta documentación, así como la abundante bibliografía utilizada por Lapeyre, figuran, de manera precisa y perfectamente ordenada, en la parte final del libro.

**IV.** La estructura del trabajo es compleja. Hasta tal punto que, en la primera aproximación al sumario, el lector puede quedar un tanto desconcertado. Pero, a medida que se avanza en la lectura de los capítulos, el hilo conductor de la obra queda definido con claridad. Entonces se hace comprensible la organización interna de la monografía y también la razón de ser de la introducción, de cada una de las dos partes del libro y de sus distintos capítulos.

La extensa introducción tiene como objeto la exposición de la trayectoria vital, así pública como privada, de los Ruiz. Una familia, oriunda del pueblo burgalés de Belorado que, durante unos sesenta años, apenas dos generaciones, se dedicó al comercio en su doble vertiente nacional e internacional. Los primeros que se ocuparon en la actividad mercantil fueron Andrés, instalado en Nantes, y sus hermanos Simón y Vitores, que permanecieron en tierras castellanas. La segunda generación estuvo formado por los hijos de Andrés y de Vitores. Simón no tuvo descendencia.

El autor nos presenta, así, la historia de dos generaciones muy distintas de una misma familia de hombres de negocios castellanos de la segunda mitad del XVI y de los inicios del XVII. Los iniciadores de la saga, preocupados por la creación de riqueza. Y los continuadores, unos franceses, otros castellanos, más interesados en gastar la fortuna, acumulada por sus progenitores, y en lograr su incorporación a la nobleza, para vivir como caballeros, que de aumentar y consolidar el capital familiar.

**V.** Henri Lapeyre estructuró el núcleo principal de la obra en dos libros. El primero dedicado al arte de la mercadería. El segundo al comercio entre Francia y Castilla durante el reinado de Felipe II. Y completó el trabajo con unas conclusiones; con la ya referida y amplia relación de fuentes y obras bibliográficas manejadas; con un apéndice documental compuesto por catorce documentos; y con dos utilísimos índices onomástico y topográfico.

Conviene señalar que si bien en el título y en distintas partes de la monografía se da a entender que la preocupación del autor se extiende sobre la actividad mercantil que se establece entre Francia y España, en realidad la atención de Lapeyre se circunscribe al comercio entre Francia y Castilla. Las referencias que efectúa en relación a la Corona de Aragón son escasas.

El primer libro, el que gira en torno al arte de la mercadería, tiene como objeto ofrecer al lector, a partir del caso particular de los Ruiz, el conjunto de virtudes, disposiciones y habilidades que debía poseer el buen hombre de negocios en la Europa de los siglos XVI y XVII. En este contexto, Lapeyre utiliza la expresión «mercadería» en el sentido amplio de práctica negocial. Lo que significa que, para el autor, el mer-

cader es, en realidad, el hombre de negocios. De ahí que, en esta primera parte, y ajustándose al esquema propio de la práctica negocial del siglo *xvi*, que implicaba tanto el cambio como el tráfico de mercancías, Lapeyre preste atención a ambos extremos.

A partir de esta idea, y después de situar, en el primer capítulo, al hombre de negocios en el contexto del mundo del siglo *xvi*, Lapeyre destina los tres capítulos siguientes al análisis de las habilidades que debía poseer el hombre de negocios dedicado al tráfico de mercancías. Y los cuatro siguientes a las destrezas propias del interesado en los cambios, esto es, en el comercio del dinero.

**VI.** El capítulo primero permite al autor aproximarse a la figura del mercader u hombre de negocios desde varias perspectivas. En primer lugar, define las dos actividades que habitualmente ocupan a los mercaderes, a las que ya hemos hecho referencia, el cambio o comercio del dinero y el tráfico de mercancías. A continuación, analiza la figura del hombre de negocios del siglo *xvi* desde la triple perspectiva del sujeto que, al tiempo que desarrolla su actividad profesional, forma parte de una sociedad; establece relaciones con el Estado, con el poder político, como súbdito de la Monarquía; y además aspira a ser un buen cristiano, motivo por el cual le preocupa su posición ante Dios. Y, concluye el capítulo, con un epígrafe destinado a la preparación que debía tener el hombre de negocios para poder dedicarse, indistintamente, al cambio o al tráfico de mercancías.

Esta parte final del primer capítulo resulta fundamental para comprender la estructura de los capítulos inmediatos porque la instrucción del mercader se convierte en la guía de la exposición de los restantes capítulos que componen la primera parte de la monografía.

Los conocimientos que debía poseer el hombre de negocios eran casi enciclopédicos. Como comerciante, debía tener la información necesaria para actuar como un perfecto mercader. También debía conocer el arte de la navegación, aunque él nunca se ocupara personalmente de la conducción de las naves. Y ello porque el transporte de las mercancías se efectuaba por vía terrestre y fluvial pero, sobre todo, por el mar. Al mismo tiempo, y precisamente como consecuencia de la importancia del comercio marítimo, ordenado jurídicamente por reglas distintas de las que organizaban las actividades terrestres, también debía estar al tanto de los usos y costumbres del mar. Y, como cambista era preciso que conociera el mundo del comercio del dinero, todo lo relacionado con las letras de cambio y el arte de llevar los libros de cuenta y razón.

El capítulo segundo tiene como eje la imagen del perfecto hombre de negocios, que, en su faceta de mercader, debía estar al corriente de las obligaciones de sus socios, pero también de la situación de los agentes, factores, corredores y comisionistas que con él colaboraban, auxiliándole a través de distintas fórmulas. Y al mismo tiempo debía disponer de la información suficiente para poder utilizar, de la mejor manera posible, los precarios sistemas de correos y transportes de la época.

Para el desarrollo de estas ideas, Lapeyre se ocupa, en primer lugar, de referir los aspectos más relevantes sobre el sistema de sucursales y filiales con el que solían contar los hombres de negocios del siglo *xvi*. En segundo término, trata del contrato de sociedad, un instituto jurídico fundamental en la estructura mercantil de la época, con independencia de que las sociedades constituidas fueran más o menos complejas. A continuación se detiene en el personal auxiliar de la empresa que podía desempeñar sus atribuciones en la sede social de la entidad o fuera de ella, incluso en el extranjero. Y, por último expone la situación del sistema de correos y de los transportes terrestres y fluviales al tiempo en que los Ruiz se ocupan de la negociación mercantil.

El hispanista, consciente de que las condiciones, bajo las que históricamente se ha practicado el comercio marítimo, han sido muy distintas de las propias de los intercambios terrestres, destina el capítulo III al arte de la navegación. Esto es, a las circunstancias que interesaban a los hombres de negocios en época moderna porque singularizaban el transporte por vía marítima frente al realizado por los caminos terrestres y por los ríos.

La inquietud del autor se dirige entonces a mostrar al lector la trascendencia y los efectos que el viento provocaba sobre el tráfico mercantil marítimo porque la navegación que se practicaba era aún a vela; a explicar los aspectos que considera relevantes en torno a la ciencia náutica, una disciplina que había alcanzado un notable progreso a partir de los descubrimientos iniciados a fines del siglo xv; a detallar los principales puertos y rutas marítimas que unían los enclaves portuarios del Atlántico europeo, singularmente los castellanos y franceses; y a presentar los distintos tipos de barcos que se usaban en el siglo xvi para el transporte de mercancías, al mismo tiempo que da cuenta de la situación de la construcción naval en los astilleros diseminados por el litoral castellano-francés.

Los usos y costumbres que ordenan las actividades marítimas a partir del tránsito de la alta a la baja edad media componen el derecho marítimo cuya vigencia se mantiene hasta fines de la modernidad. Un derecho sobre el que el buen negociante debía disponer de algunos conocimientos porque sus contenidos regían múltiples instituciones jurídicas manejadas para negociar las mercancías por vía marítima.

Precisamente, el interés y la necesidad de los hombres de negocios de la época de Felipe II de conocer el derecho marítimo, esto es, los usos y costumbres del mar, justifica que el capítulo cuarto de la obra que nos ocupa se destine a esta cuestión.

No piense el lector que Lapeyre formula una explicación completa del proceso de formación y del contenido del derecho marítimo en vigor al tiempo que los hermanos Ruiz y sus descendientes intervienen en el tráfico mercantil entre los puertos europeos. Como en anteriores capítulos, en esta ocasión, el autor se refiere exclusivamente a aquellos aspectos vinculados con el derecho marítimo que considera de mayor interés. De ahí que, después de presentar a grandes rasgos la realidad del derecho marítimo de época moderna, se refiera a los consulados franceses y castellanos; al contrato marítimo de fletamento, esencial para la organización de los transportes marítimos; y, por último, a la institución del seguro marítimo, sin la cual el comercio por mar sería impensable.

**VII.** Los cuatro capítulos siguientes nos proporcionan la imagen del hombre de negocios dedicado a las operaciones de cambio. Esto es, la representación del banquero de época medieval y moderna que se dedica al comercio del dinero. Un mercado financiero que, en la época de los Ruiz, guarda una fuerte vinculación con el cambio exterior.

En el desarrollo del primero de estos capítulos, el quinto del Libro I, Henri Lapeyre se interesa por la opinión que los teólogos y juristas sostienen en relación a los cambios; por la distinción clásica que la doctrina establece entre los diferentes tipos de cambios; y por la vinculación que existe entre el cambio manual y la banca de depósito.

Los capítulos VI y VII tienen como objeto la letra de cambio, cuyo correcto conocimiento y uso se consideraba también un arte. Una particular destreza que debía ser conocida por el mercader por ser un instrumento indispensable para los intercambios internacionales una vez que evitaban el constante transporte de dinero en efectivo.

En las páginas de estos capítulos, Lapeyre expone el modo en que se canalizaba el comercio del dinero a través de las letras de cambio, en las ferias pero también fuera de ellas; trata de los depósitos, figura cercana a los préstamos a interés, y su relación con el cambio interior; se interesa por los cambios secos, o cambios ilícitos, y los recambios,

práctica, en apariencia lícita, que permitió soslayar los inconvenientes de la ilicitud de los cambios secos; y termina con la exposición de una panorámica general de las distintas teorías planteadas en la época sobre el comercio del dinero.

El Libro I de la monografía concluye con el capítulo destinado al arte de llevar los libros de cuenta y de razón. En él, el autor conduce al lector por los vericuetos de los registros y manuales de contabilidad de los siglos XVI y XVII.

A partir de la diversidad de los tipos de libros conservados en el Archivo de los Ruiz, Lapeyre se detiene, en primer lugar, en los más importantes (libro diario o manual, libro mayor, borrador o memorial, libro de ferias...), para, a continuación, pasar a detallar los diferentes tipos de operaciones que realizaban los hombres de negocios y que quedaban reflejadas en los libros. Las compra-ventas, al contado y a plazos, y las operaciones de cambio se encontraban entre las más frecuentes.

**VIII.** Concluido el examen de la práctica negocial sobre la que gira el Libro I, la obra de Lapeyre toma una orientación completamente distinta, más práctica, en la segunda parte de la monografía, en el Libro II, algo más breve que la primera.

El Libro II tiene objeto principal el comercio entre Francia y la Corona de Castilla, a través del Atlántico, en los años que transcurren entre la firma de dos tratados. El de Cateau-Cambrésis de 1559 y el de Vervins de 1598. Los negocios que reclaman la atención de Lapeyre se conciertan entre mercaderes franceses y castellanos que residen en las ciudades de Nantes, Rouen, Lyon, Bilbao, Sevilla, Burgos, Medina del Campo y Madrid.

El título «Tradiciones y fronteras» sirve para introducir el primero de los capítulos de la segunda parte. En su desarrollo se examina, en primer lugar, el régimen aduanero del siglo XVI a un lado y otro de la frontera de los Pirineos; a continuación el autor da cuenta de algunos de los múltiples conflictos o incidentes fronterizos suscitados entre las dos Monarquías como consecuencia de la legislación aduanera; y, por último, realiza una aproximación al volumen del tráfico entre ambas Coronas.

La firma del Tratado de Cateau-Cambrésis en 1559 permitió el inicio de una nueva etapa en la historia de las relaciones, en este caso, comerciales, entre Francia y España que favoreció el desarrollo de los contactos mercantiles entre franceses y castellanos, sin perjuicio de que se produjeran algunos desencuentros como consecuencia de la primera guerra de religión y de que en Francia se intensificara el interés por participar en los intercambios comerciales con las Indias. Estas cuestiones permiten a Lapeyre iniciar el capítulo destinado a plantear las consecuencias que las guerras europeas tuvieron sobre los intercambios mercantiles franco-españoles. A continuación la atención del autor se centra en el período que comienza en 1568, con la tercera guerra de religión. Entonces la inseguridad retorna a los mares, lo que provoca que la navegación comercial en aguas del Atlántico europeo se resienta de modo especial.

Expuestos los vaivenes políticos y las guerras que interfirieron en la negociación de las mercancías entre Francia y Castilla, en los capítulos III y IV Lapeyre vuelve la vista a la situación del mercado financiero en ambos territorios. En el primero de los dos capítulos señalados se ocupa de la situación en las principales plazas francesas, fijándose, de manera particular, en la organización y celebración de las ferias francesas de Lyon y Rouen, y en el complejo sistema monetario del período.

A continuación, en el capítulo IV se detiene en las ferias de Medina del Campo. En su desarrollo, después de plantear los antecedentes medievales de la institución, Lapeyre se ocupa de la compleja situación por la que atravesaron estas importantes ferias castellanas entre 1559 y 1578. A continuación trata de las reformas en el funcionamiento de estas reuniones mercantiles que, introducidas con el patrocinio de la Monarquía, permitieron su reactivación durante unos años en el último cuarto del siglo. Y esta parte de la

monografía concluye con la exposición de la crisis final de las ferias de Medina del Campo entre 1594 y 1598.

Llegamos así a la parte última de la monografía. En ella, a lo largo de tres capítulos sucesivos, el autor francés introduce al lector en la compleja situación de la negociación de distintos tráfico entre Francia y Castilla durante la segunda mitad del siglo xvi. La atención de Lapeyre se detiene, de modo particular, en la evolución del comercio de las telas, el trigo y la sal, pero sin olvidar otros productos como son los libros, la mercería, la quincallería, el aceite, el hierro o los colorantes.

**IX.** El tiempo transcurrido desde la publicación de la obra en Francia en la década de los años cincuenta hace inevitable que en la bibliografía no figuren importantes publicaciones posteriores que han permitido mejorar y renovar el conocimiento de algunos de los asuntos planteados por Lapeyre y que por idéntica razón algunas de las afirmaciones del autor se consideren superadas en la doctrina. Sin embargo, ninguna de las dos cuestiones resta interés a la obra o plantea interrogantes acerca de la oportunidad de su edición en España. Como señalaba al inicio de estas páginas, la publicación de la obra de Lapeyre en nuestro país permite poner a disposición de los lectores españoles un texto imprescindible para comprender el mundo mercantil europeo de la segunda mitad del siglo xvi. Por todo ello nos congratulamos de la perseverancia del profesor Martínez Shaw, el responsable de la exquisita traducción de la obra y de la decisión de su publicación por la Junta de Castilla y León.

MARGARITA SERNA VALLEJO

**LLIBRE DELS JUDICIS. Traducció catalana moderna del *Liber Iudiciorum*, Joan Bellés i Sallent (+). Colaboradores: Jesús Alturo i Petrucho; Josep M. Font i Rius, Anscari M. Mundó; Alexandre Olivar. Barcelona: Parlament de Catalunya, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2008, 1.<sup>a</sup> edició, 403 pp. Textos jurídics catalans; 25. Lleis i Costums; 1/2. Texto en catalán; introducción general en catalán; notas sobre la traducción en catalán. ISBN 978-84-3937-827-3.**

Esta edición catalana del *Liber Iudiciorum* contiene, además de lo anunciado en el título, una Introducción general del Profesor Josep M. Font i Rius –todo un referente de inteligencia y laboriosidad–, así como unas Notas sobre la traducción del propio traductor Joan Bellés. Contiene también, a continuación de la traducción del *Liber*, los complementos siguientes: *Fragments del Llibre Jutge en dues versions medievals*, presentados y comentados por Anscari M. Mundó; *Pròleg de Bonsom al Llibre popular dels jutges*, traducción de Joan Bellés; *Martirologi-Calendari de Barcelona*, presentado por Alexandre Olivar; *Traducció d'algunes glosses marginals més extenses*, por Jesús Alturo.

La Introducción general nos indica (p. 14) que esta esmerada edición de la traducción al catalán del *Liber*, aunque viene a complementar la edición anterior de la versión de esta misma fuente realizada en latín medieval por el juez Bonushomo de Barcelona en el siglo xi, no toma como referencia esta última versión, sino la edición moderna del *Liber Iudiciorum* de Karl Zeumer, que aparece entre las *Leges Visigothorum* de los **Monumenta Germaniae Historica** publicados en Hannover-Leipzig, 1902 (reed. Graz

1973). Elección indudablemente acertada, pues la edición crítica de Zeumer es considerada, y así lo subraya el profesor Font i Rius, como la más solvente, y es más completa que la de Bonsom.

El profesor Font i Rius hace un breve resumen de la actividad legislativa de los reyes visigodos que culmina con las redacciones de la *LV*, explica el contenido de éstas (p. 15-17) y resalta la importancia de esta fuente que perdura en la España cristiana medieval, en especial en Cataluña, donde destaca la redacción de Bonsom, razón por la cual el libro no se limita a ofrecer la traducción de la edición de Zeumer sino que indica las diferencias entre ésta y la versión de Bonsom. La última parte de la Introducción, *ratio editionis*, explica con toda precisión la forma en que se ha procedido a exponer las divergencias entre las dos redacciones, y advierte que la traducción catalana se basa en la redacción de Ervigio.

Al consultar el texto, se aprecia una presentación clarísima que permite una lectura muy cómoda. Se agradece que, para mejor precisión de la traducción, aparezca a menudo, entre paréntesis, el vocablo o expresión latinos que designan un cargo o institución. De la misma manera, son de sumo interés las notas a pie de ley donde el profesor Font i Rius expone, en varias ocasiones, las interpretaciones de los historiadores modernos en caso de controversia sobre el contenido normativo del texto.

La adición de los complementos, por su estrecha relación con la materia objeto del libro, es del todo pertinente. Son especialmente interesantes los fragmentos de las dos traducciones catalanas de la *LV*, con las nuevas precisiones sobre datación y atribución que aporta A. M. Mundó; entre otras cosas porque constituyen una prueba de la existencia no excepcional, tal vez generalizada, de la traducción de la *LV* antes de la oficial de Fernando III. Desde luego, así como se realizaron en Castilla algunas traducciones por particulares como la conocida por la denominación *Códice López Ferreiro*, también en Cataluña se manifiesta la misma preocupación por facilitar el conocimiento de esa fuente de derecho.

Como apreciación general sobre la iniciativa de la traducción catalana de la *LV*, ésta me parece pertinentísima: primero porque, desgraciadamente, el latín se estudia cada vez menos; y segundo, porque es muy útil y cómoda para los que, sabiendo latín, lo leen sin embargo con cierta lentitud. Si alguna crítica puedo permitirme, diré que falta, al lado del texto catalán, el texto latino original. Esta ausencia priva al lector de una información irremplazable, que ciertamente puede encontrar en la edición latina, si bien ello es mucho más incómodo. Todos sabemos que una traducción difícilmente puede ser perfectamente fiel y, aunque lo sea, es incapaz de dar toda la información que ofrece el texto original. En especial una palabra, en la lengua de traducción, puede traducir varios sinónimos de la lengua original. Esto no tiene demasiada importancia en un texto meramente literario, pero sí en una materia tan precisa como el Derecho: porque dos palabras, que en lenguaje corriente, son sinónimas, muchas veces, en cambio, no lo son en Derecho. Es lo que, puntualmente, se ha querido corregir en esta edición cuando se decide añadir entre paréntesis el nombre latino de ciertos cargos o instituciones. Se comprende que el coste de la edición hubiera sido mucho más elevado en caso de incorporar el texto latino y tal vez esa razón haya sido demasiado poderosa. En cualquier caso, la edición me parece un acierto tanto desde el punto de vista de su utilidad como de su interesante e impecable presentación.

ROSINE LÉTINIER

**MARTÍNEZ ALMIRA, María Magdalena.** *Derecho procesal malikí hispanoárabe. Prólogo de Agustín Bermúdez Aznar. Facoltà di Studi Politici e per l'Alta Formazione Europea e Mediterranea «Jean Monnet», Seconda Università degli Studi di Napoli. Napoli, Edizioni Scientifiche Italianae, 2006, 170 pp. ISBN 88-495-1393-3*

Una obra de la Dra. Martínez Almira, Profesora Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Alicante, editada en 2006, pero aparecida recientemente, es objeto de reseña en estas páginas del *Anuario*, el seno por excelencia de los historiadores del Derecho españoles, donde tantas veces ella misma se ha encargado de confeccionar las recensiones de los estudios iushistóricos con relación al ordenamiento jurídico musulmán, especialmente en referencia a Al-Andalus, o la España musulmana. Afirmé en otro foro científico, sin lugar a equívoco alguno, que Martínez Almira es la máxima especialista de nuestra disciplina en estas *lides*<sup>1</sup>, que tanto respeto provoca, al menos, en quien suscribe las presentes líneas; lo sigo afirmando, máxime con la lectura de las páginas objeto de estudio crítico, pues representa una obra básica y fundamental para el análisis y la comprensión del ordenamiento procesal andalusí, al estudiar en la misma la Historia del Derecho procesal musulmán.

La Dra. Martínez Almira, miembro del Equipo de Investigación de la Cátedra Garrigues sobre Derecho Global (Universidad de Navarra), de la Societé d'Histoire du Droit, de la Asociación española de medievalistas, del Instituto Internacional de Derecho indiano y de la International Society for Islamic Legal Studies, es de sobra conocida, máximo por los lectores del *Anuario*, autora de una amplia y variada producción científica relacionada con el Derecho musulmán<sup>2</sup>.

El estudio se inicia con un cuidadoso y detallado Prólogo de su maestro, el Prof. Dr. Agustín Bermúdez Aznar, Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Alicante y Coordinador del Área de Conocimiento de Historia del Derecho, autor de una valiosa y diversa obra científica, imposible de recapitular aquí y ahora, pero conocida, y reconocida, por todos<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> MARTÍNEZ DHIER, A., «Algunas consideraciones sobre la historia del Derecho musulmán en España», en *Historia, Instituciones, Documentos* 34 (2007), pp. 189-206, esp. p. 191-192.

<sup>2</sup> Así, entre otros estudios al respecto de la temática que nos ocupa, podemos citar: «Celebraciones familiares en Al-Andalus», en *Sharq Al-Andalus, Estudios mudéjares y moriscos*, 5 (1988); «Simbología jurídica femenina en el Muhtasar de Halil Ibn Ishaq», en *De los símbolos al orden simbólico femenino (s. IV-XVII)* [Coord. J. LORENZO ARRIBAS y A. I. CERRADA JIMÉNEZ], 1998; *La dimensión jurídica del tiempo en el Muhtasar de Hallil*, Roma, 1999 [su tesis doctoral, vid. recensión por A. CARMONA GONZÁLEZ en *AHDE* 69 (1999), pp. 746-747]; «Estudios e investigaciones sobre las fuentes, derecho privado, penal y procesal islámico en Al-Andalus: una aproximación historiográfica», en *Interpretatio*, 8 (2002); «Derecho islámico y Derecho Global», en *Hacia un derecho global: reflexiones en torno al derecho y la globalización* [Coord. R. DOMINGO, M. SANTIBÁÑEZ y A. CAICEDO], 2006; y «La filiación materna y paterna en el Derecho Islámico: Derecho sustantivo y reformas en los sistemas jurídicos actuales», en *Feminismols, Revista del Centro de Estudios sobre la mujer de la Universidad de Alicante*, 8 (2006).

Otros, los podemos contemplar en nuestro seno, así: «A propósito del rescate de cautivos conforme a las fuentes musulmanas de época nasrí», en *AHDE* 73 (2003), pp. 457-496, o, por ejemplo, «Derecho de aguas: malos usos y contaminación en el Derecho andalusí», en *AHDE* 76 (2006), pp. 323-410.

<sup>3</sup> Para una mayor información: <http://www.ua.es/personal/agustin.bermudez/>.

Indica en el mismo, Bermúdez Aznar, quien nos pone en situación, valorando e informando de lo que se va a encontrar al lector en las páginas que siguen, que ha sido «práctica habitual» en la manualística iushistórica, el análisis del ordenamiento jurídico de al-Ándalus, como un periodo más, en la evolución histórica del Derecho «español». Al no existir unanimidad, algunos autores, en sus exposiciones de conjunto, obvian la temática por diversas razones, perfectamente entendibles; es el caso de la indicada de forma expresa por el Prof. Dr. Aquilino Iglesia Ferreirós, Catedrático de la disciplina en la Universidad de Barcelona: el estudio jurídico musulmán constituye un elemento «extraño» a la evolución jurídica española posterior que conduce a la codificación, esto es, nuestro estadio jurídico actual<sup>4</sup>.

Afirma el autor del Prólogo, que «a estas alturas nadie puede atreverse a negar la efectiva presencia del Derecho islámico en parte del territorio peninsular ni su vigencia en el mismo durante más de siete siglos» (p. 8), otra cosa será su influencia en la evolución del ordenamiento jurídico español posterior; influencia asumida y justificada por algunos autores (así, Rafael de Ureña y Smenjaud<sup>5</sup>), y desechada por otros. Subrayando que, muy probablemente, una de las principales causas de su no exposición y tratamiento sea, y lo corroboro en parte, la «carencia de historiadores del Derecho especializados en la materia» (p. 8), sobre todo –por qué no decirlo– por no conocer el idioma en cuestión, el árabe, la lengua litúrgica del propio Islam; carencia obvia –y lógica por la formación jurídica de los historiadores del Derecho, así debería ser al menos–, cuyo desconocimiento hace prácticamente insalvable el estudio del Derecho islámico, pareciendo casi una osadía su tratamiento.

<sup>4</sup> IGLESIA FERREIRÓS, A., *La creación del Derecho. Manual. I. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Madrid, 2.ª ed. corregida, 1996, esp. p. 245: «Si el objeto de este libro fuese la historia del derecho en la península ibérica, el derecho musulmán tendría su lugar de honor, ya que durante ocho siglos fue uno de los ordenamientos que rigieron en la península, aquel por el cual se regían todos los que creían en Alá y en su profeta Mahoma», y p. 246: «... el carácter religioso del derecho musulmán provoca que éste sea un derecho aplicado en la península, pero extraño a ese largo proceso que conducirá a la codificación... La posible influencia del derecho musulmán en el desarrollo del derecho de los cristianos debe valorarse, en su caso, en análisis concretos de las instituciones, de la misma manera que se valoran las posibles influencias de otros derechos que ni siquiera estuvieron vigentes en la península».

<sup>5</sup> Al respecto, DE UREÑA Y SMENJAUD, R., *Nacimiento y muerte de los Estados hispanomusulmanes, Discurso de inauguración en la Academia de Jurisprudencia de Oviedo*, Oviedo, 1880; *Apuntes para un curso de Literatura y Bibliografía Jurídicas*, Madrid, 1894; *Sumario de las lecciones de Historia crítica de la Literatura Jurídica española, dadas en la Universidad Central durante el curso de 1897 a 98 y siguientes (intento de una historia de las ideas jurídicas en España)*, publicadas, recogidas y extractadas por su antiguo discípulo J. M. P., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1897-1898; *La influencia semita en el Derecho medio-eval de España*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1898 (publicado en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XCII, 1898, pp. 267-306); *Los Benimajlad de Córdoba*, Zaragoza, 1904 [reproducido más adelante en su *Historia de la Literatura Jurídica española: «Familias de juriconsultos: Los Benu Majlad de Córdoba (Fragmento de un bosquejo inédito de la Historia de la Literatura jurídica arábigo-hispana)»*]; *Historia de la Literatura Jurídica española*, en 2 volúmenes, Madrid, 1906; *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho español, Discurso de apertura del curso de la Universidad de Madrid, curso académico 1906-1907*, Madrid, 1906; y «Plan de un Curso de Derecho Islámico español (Escuela de Malec Ben Anas)», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Tomo IV (1921), 59-63.

En este sentido, MARTÍNEZ DHIER, A., *Rafael de Ureña y Smenjaud y sus Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho español*, Granada, 2007.



Por ello, se hacen imprescindibles conocimientos más amplios –más aún– de los estrictamente jurídicos, cuestión que cumple, con creces, la autora de la valiosa monografía objeto de estudio crítico en las presentes líneas, tal y como afirma el Prof. Bermúdez Aznar. Es necesario añadir el dato de que el estudio en cuestión, es el fruto reposado y ampliado del segundo ejercicio de la autora con relación al Proyecto de Investigación, en su oposición a la Titularidad de Historia del Derecho en la Universidad de Alicante, culminada felizmente con la propiedad de la plaza, ante un Tribunal compuesto por los Profes. Dres. Fernando Arvizu y Galarraga (Universidad de León), Santos M. Coronas González (Universidad de Oviedo), Enrique Álvarez Cora (Universidad de Murcia) y Mario Bedera (Universidad de Valladolid).

Pero pasemos al análisis del estudio en sí, que se inicia con una *Introducción*, donde la autora se marca los objetivos a alcanzar con su publicación, basándose, fundamentalmente, en las fuentes andalusíes, y en su consecuente estudio crítico y directo, partiendo de las valiosas aportaciones, sobre todo, de autores como Levi Provençal<sup>6</sup> y de Tyan<sup>7</sup>, para analizar la administración de Justicia<sup>8</sup>, e incidir en el estudio del Derecho procesal hispanoárabe, «como reglamentación de la potestad de carácter público y de titularidad califal, consistente en el derecho a castigar; atributo del poder político personalizado en la figura del califa, y por delegación en el emir» (p. 16).

A dicha *Introducción* siguen seis Capítulos, cuya rúbrica es la siguiente:

Capítulo I.–*Antecedentes en el estudio del derecho procesal malikí hispanoárabe* (pp. 15-40).

Capítulo II.–*Justificación del proceso en el derecho musulmán* (pp. 41-53).

Capítulo III.–*Principios rectores del proceso* (pp. 55-59).

Capítulo IV.–*El qadi y los funcionarios judiciales: competencias jurisdiccionales* (pp. 61-78).

Capítulo V.–*El proceso: elementos y fases* (pp. 79-139).

Capítulo VI.–*La Sentencia* (pp. 141-151).

Partiendo de la escasez de fuentes, se analizan en el primer Capítulo los «antecedentes en el estudio» de la materia objeto de análisis, señalando las publicaciones doctrinales más recientes y relevantes con relación al Derecho procesal islámico, en general, y del Derecho procesal andalusí, en particular, realizando así una aproximación historiográfica a su estudio. A continuación, se pasa a señalar las directrices generales del proceso, de la administración de justicia y de la organización judicial islámica, «para incidir, de forma más concreta, en el análisis del Derecho procesal hispanoárabe», como rama del ordenamiento jurídico, cuya finalidad es tratar «la reglamentación de la potestad de carácter público y de titularidad califal, consistente en el derecho a castigar; atributo del poder político personalizado en la figura del califa, y por delegación en el emir» (p. 16).

Se pretende así perfilar el proceso, partiendo de los postulados doctrinales, donde los documentos o formularios notariales –«cuyo contenido versa sobre opiniones de jurisconsultos de pareceres legales, y que popularmente se conocen bajo el nombre de

<sup>6</sup> LEVI-PROVENÇAL, E., «La organización judicial», en *Historia de la España musulmana*, Tomo V: *España musulmana hasta la caída del Califato de Córdoba (711-1031 de J. C.) Instituciones y vida social e intelectual* (Dir. MENÉNDEZ PIDAL, R.), Madrid, 1973, esp. pp. 67-91.

<sup>7</sup> TYAN, E., *Histoire de l'Organisation judiciaire en pays d'Islam*, Leiden, 2<sup>ème</sup> ed. corrigée, 1960.

<sup>8</sup> Asimismo, es de vital importancia para dicho estudio, y entre otros: PELÁEZ PORTALES, D., *La Administración de Justicia en la España musulmana*, Córdoba, 1999.

fatua, conteniendo reglas, respuestas sobre casos concretos, exponentes de los presupuestos de la práctica forense, *'amal*», y entre los que se puede destacar, el del gran jurista cordobés Ibn Al-Attār<sup>9</sup>, que en 2009 se cumplió el milenario de su nacimiento<sup>10</sup>-, como fuentes que justifican la propia pervivencia del Derecho islámico, «a través del tiempo y su adecuación, en aquellos aspectos procesales que lo hagan posible, a las exigencias de cada momento» (p. 20), resultan vitales para su conocimiento, pues se reputan como fuentes principales de la aplicación del Derecho musulmán, tal y como puso de manifiesto ya Salvador Vila en las páginas del *Anuario* [= «el extraordinario interés que para el conocimiento del derecho musulmán en España tienen los formularios notariales»]<sup>11</sup>.

En el proceso cobra un protagonismo especial el *qadi*, figura principal y auténtico artífice de la administración de justicia; proceso, como el andalusí, que es el resultado de una cultura de fuerte raigambre confesional, como no podía ser de otro modo, al ser el Derecho musulmán un derecho confesional, sin existir una línea de separación entre el derecho y la religión<sup>12</sup>, y donde el texto sagrado, el Corán<sup>13</sup>, es el texto, a su vez, jurídico por excelencia, y la primera y principal fuente de su Derecho<sup>14</sup>. Por ejemplo

<sup>9</sup> Entre otros: CHALMETA, P., y CORRIENTE, F., *Formulario Notarial hispano-árabe*, Madrid, Academia Matritense del Notariado e Instituto Hispano-Árabe de Cultura, 1983, y CHALMETA, P., y MARRUGÁN, M., *Formulario notarial y judicial andalusí del alfaquí y notario cordobés, m. 399/1009*. Intr., est. y trad., Madrid, 2000 [vid. asimismo las recensiones de ésta última obra de: GARCÍA SANJUÁN, A., «IBN AL-ATTĀR, *Formulario notarial y judicial andalusí*, estudio y traducción Pedro CHALMETA y Marina MARRUGÁN. Madrid, Fundación Matritense del Notariado, 2000, 1040 páginas», en *Anuario de Estudios Medievales* 31/1 (2001), pp. 513-517, y MOLINA, L. «CHALMETA, P., y MARRUGÁN, M., *Formulario notarial y judicial andalusí del alfaquí y notario cordobés, m. 399/1009*. Intr., est. y trad., Madrid, 2000», en *Al-Qantara, Revista de Estudios Árabes*, vol. IV, Fasc. 1/2 (1983), pp. 468-474].

<sup>10</sup> Sobre dicho alfaquí cordobés, entre otros, IBN BAŠKUWĀL, *Sila*, ed. Cairo, 1966, n.º 1048; A. ZOMEÑO, «*Ibn al-Attār*», en J. LIROLA DELGADO y J. M. PUERTA VÍLCHEZ, (Coords.), *Enciclopedia de al-Ándalus. Diccionario de Autores y Obras Andalusíes*. Granada, Legado Andalusí, 2002, I, pp. 522-7; y A. MARTÍNEZ DHIER, «La ciencia jurídica hispano-musulmana. Figuras de jurisconsultos hispano-musulmanes: en el milenario del alfaquí cordobés Ibn al-Attār [Abū ʿ Abd Allāh Muhammad b. Ahmad b. ʿ Ubayd Allāh b. Sa ʿ id al-Qurtubi al-Umawī]», en *Codex, Boletín de la Ilustre Sociedad Andaluza de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. IV (2009), en prensa.

<sup>11</sup> VILA, S., «Un contrato de matrimonio entre musulmanes en el s. XVI», en *AHDE* 10 (1933), pp. 186-196, esp. p. 9 [pues utilizo separata (Madrid, Tipografía de Archivos, Olózaga, I, 1933)].

Asimismo sobre dicha temática: LÓPEZ ORTIZ, J., «Los formularios notariales de la España musulmana», en *Ciudad de Dios* CXLV (1926), pp. 260-273, y RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Documentos y documentadores en el formulario notarial de Ibn al-Attār», en *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, núm. 141 (2002), pp. 209-228 [asimismo, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 54 (2005), pp. 163-186].

<sup>12</sup> Así, MARTOS QUESADA, J., «Religión y Derecho en el Islam: la Chari'a», *Illu. Revista de Ciencias de las Religiones* XI (2004), pp. 69-88.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ ALMIRA, M.<sup>a</sup> M., *Derecho procesal malikí hispanoárabe*, Nápoles, 2006, p. 23: «la estrecha interrelación entre la esfera espiritual y la esfera material del musulmán permite establecer una línea entre la situación de la justicia –y su administración– antes de la Revelación, y los nuevos planteamientos tras la llegada de Mahoma».

<sup>14</sup> Aunque tan sólo una mínima parte de sus preceptos tengan tal categoría jurídica; así, de los 6200 versículos coránicos, tan sólo 500 pueden considerarse como jurídicos, y de ellos, apenas 100 tienen un contenido estrictamente jurídico, obviando cuestiones religiosas.

Al respecto, MARTOS QUESADA, J., «El Corán como fuente del Derecho en el Islam», *Cuadernos de Historia del Derecho* XI (2004), pp. 327-338, esp. p. 334: «Admitiendo que el Corán es,

respecto del Derecho procesal, ocurre con las limitaciones al derecho de venganza, Corán II, 178 y 179.

Dentro del proceso musulmán se pueden distinguir dos fases, tomando a Mahoma, primer cadí que ejerce sus funciones por delegación divina, como punto de inflexión; primera, con la inexistencia de un auténtico proceso judicial, imperando en todo caso, simplemente un derecho de venganza; y segunda, donde ya se puede hablar de una administración de justicia en un primer estadio de su formación, de naturaleza arbitral, justificando la institución del cadí, donde su resolución o sentencia, era «una opinión sobre la verdad constatada» (p. 25).

Dicho procedimiento consta de tres fases:

La fase anterior a la comparecencia ante el juez –árbitro–.

La fase del juicio, propiamente dicho, de comparecencia de los litigantes y exposición de sus pretensiones.

Y la fase posterior al acuerdo y del pronunciamiento de la decisión arbitral del juez.

La muerte de Mahoma implica la necesidad de un sucesor, un Califa o Imán que ejerza las pertinentes funciones religiosas y políticas. Ahora el juez o cadí ejercerá sus funciones, no ya por delegación divina, sino por delegación del poder del soberano, o de sus representantes<sup>15</sup>, realizando la administración de justicia, en los inicios, de acuerdo a la costumbre, al sentido común y a la praxis consolidada en el desempeño de la justicia arbitral, que sigue vigente y justificada por la propia expansión territorial de la fe islámica, «si bien afectada por la escasa normativa coránica, que poco a poco se enriquecerá con la tradición profética o Sunna» (p. 31), y donde se impone el respeto al principio de legalidad con una finalidad primordial, el arreglo pacífico de los conflictos privados, que generalmente, afecta al patrimonio de los litigantes, siendo la decisión, o acuerdo arbitral, de obligado cumplimiento. Así ocurre en al-Ándalus, un territorio conquistado más, en el cual la figura del cadí, como juez unipersonal designado por el soberano, es el eje central en este sistema de administración de justicia «arbitral», realizando dicha función, no ya en su domicilio, sino en la mezquita, centro de la oración.

Respecto del Derecho islámico en la Península Ibérica, al-Ándalus y su ordenamiento jurídico, debemos advertir en primer lugar, que cuando los musulmanes llegan al solar patrio, el Derecho islámico se encuentra en pleno proceso formativo; es más, la muerte de Mahoma, como ha indicado el Prof. Martos Quesada, dejará al Islam como un edificio en plena construcción<sup>16</sup>, cuyo proceso de terminación corresponderá a las generaciones venideras, y donde la labor de los juristas se reputará como algo fundamental. En un primer momento, y, sobre todo, a raíz de la independencia política de al-Ándalus, la influencia en territorio peninsular de la doctrina de los Doctores en la ley islámica y de las Escuelas fundadas por ellos, era prácticamente nula, hasta la recepción de la doctrina jurídica del medinés Malik Ibn Annas, fundador de la segunda Escuela

---

ante todo, un libro de contenido religioso, no es fácil tomarlo objetivamente como una referencia para el estudio jurídico: es más una llamada a la fe y al alma humana que una clasificación de prescripciones legales».

<sup>15</sup> LÓPEZ ORTIZ, J., *Derecho Musulmán*, Barcelona, ed. Labor, 1932, p. 67: «La fuente de la jurisdicción en el Islam es el *califa*... los jueces actúan como delegados de la suprema autoridad, a la que deben su nombramiento, y en la medida que hayan recibido esta delegación están autorizados para subdelegarla».

<sup>16</sup> Al respecto, MARTOS QUESADA, J., «El Corán como fuente del Derecho en el Islam», *cit.*, esp. p. 331.

ortodoxa<sup>17</sup>, defensora del Corán y de la Sunna como fuentes primordiales, cuya influencia es masiva en territorio peninsular a partir del siglo IX, coincidiendo con la aparición de los primeros juristas musulmanes «españoles», y que producirá un cierto inmovilismo y aislamiento doctrinal en la Península Ibérica respecto de otras Escuelas islámicas, especialmente de las iraquíes, pero, a la vez, provocará una cierta actividad intelectual jurídico-religiosa, concretada especialmente en el núcleo de los receptores del pensamiento jurídico de Malik<sup>18</sup> —encargado de recoger la Sunna de la ciudad de Medina, escribiéndose, bajo su influencia, la compilación más antigua del Derecho islámico, que llegará a ser la doctrina oficial de la España musulmana—<sup>19</sup>.

Será a partir del siglo XI, en plena época de esplendor del Califato cordobés, cuando surge la gran apertura y el interés hacia la ciencia y las artes, y se desarrolla una potente actividad intelectual, apareciendo en diferentes momentos del dominio islámico en la Península, los grandes nombres de juristas hispanomusulmanes. En territorio peninsular, por tanto, y respecto de la temática que nos ocupa, se desarrollará un sistema procesal «confesional», propio y característico de una sociedad, como la andalusí, que basa sus relaciones en los lazos de fe, y cuyos rasgos característicos se perfilarán en los capítulos sucesivos.

En el segundo Capítulo, «Justificación del proceso en el derecho musulmán», se marca el punto de inicio del derecho procesal musulmán, tras el antiguo e inicial procedimiento del arbitraje preislámico. Dicho arranque lo representa el mandato del segundo Califa Umar ibn al Hattáb —suegro de Mahoma y considerado el San Pablo del Islam—, quien configurará el nuevo sistema judicial que girará en torno a la figura capital del cadí, el principal elemento del proceso, que será cuando adquiera sus rasgos formales. En este nuevo sistema judicial, en el que se consagra, como norma general, el principio de unidad de la jurisdicción, el cadí será considerado el representante de la autoridad,

<sup>17</sup> LÓPEZ ORTIZ, J., *Derecho Musulmán*, cit., p. 34: «... la doctrina de Malik fue muy pronto fijada por escrito, en una obra de aspecto exterior semejante a las colecciones de *hadizes*, la *Almoata*, pero de finalidad jurídica evidente, que hace que cada *hadiz* sea comentado y utilizado en vistas a soluciones concretas, y que acompañe a la tradición profética y a veces se sobreponga a ella una cuidadosa exposición de la *sunna* = de las costumbres medinenses».

<sup>18</sup> AGUILERA BARCHET, B., *Iniciación histórica al Derecho Musulmán. Seguida de un ensayo sobre la historia jurídica de Al-Andalus*, Madrid, 2007, p. 219: «A partir del triunfo del malikismo, en cualquier caso, surge por vez primera una cierta actividad intelectual jurídico-religiosa en Al-Andalus, concretada en el núcleo de los receptores del pensamiento jurídico de Malik».

<sup>19</sup> Para la Escuela malekí y su influencia en al-Ándalus, entre otros, LÓPEZ ORTIZ, J., «La recepción de la escuela malequí en España», en *AHDE* 7 (1930), pp. 1-67; VIGUERA FRANCO, E., «Derecho musulmán de la escuela malequita de Occidente», en *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia* VIII (agosto, 1944), pp. 5-16; y MARTOS QUESADA, J., «Islam y derecho: las escuelas jurídicas en al-Ándalus», en *Arbor* 731 (2008), esp. pp. 439-440 [respecto de las Escuelas jurídicas en al-Ándalus, en general, pp. 433-442, esp. pág. 438 respecto de la Escuela malikí: «fundada por Malik b. Anas (m. 179/795), gran ulema de Medina. Recoge la *sunna* (tradición) de esta ciudad, escribiéndose bajo su influencia la compilación más antigua de Derecho islámico, que contiene a su vez una gran selección de hadices, la *Muwatta'*, que codifica y sistematiza, como ya hemos apuntado, la tradición jurídica medinense. Esta escuela jurídica es defensora del Corán y la *sunna* como fuentes primordiales, aunque admite el uso del *qiyas* (analogía) y, sobre todo, del *ra'y* (opinión personal, razonamiento individual), si con ello se llega a una solución que propicie el bien público, aunque sin darle tanta ventaja como los hanafíes de Iraq. Acepta también el consenso (*iyama'*) de los alfaquíes de Medina sobre una cuestión determinada y el *istihsan* (preferencia), de manera muy restringida y en la medida que se aproxima a los principios del *istislah* (corrección de una norma si coinciden las circunstancias de indudable legalidad, interés general y grave necesidad). Se extiende por el Magreb y fue la doctrina oficial de al-Andalus...»].

investido del poder de jurisdicción por delegación, directa o indirecta, del Califa, quien es a su vez el máximo representante de la comunidad islámica y el titular del poder judicial, aunque en al-Ándalus los cadíes serán elegidos por los gobernadores de las provincias.

El cadí ejercerá dicha función a modo de funcionario de la administración de justicia, con una preparación jurídica acreditada, con potestad eminentemente coercitiva y sometido al principio de legalidad, a las raíces del propio Derecho musulmán (el Corán, la Sunna, la *Ijma* o consenso –opinión unánime de los doctores en la ley islámica, que garantiza la autenticidad de las dos fuentes materiales, esto es, el *Corán* y la Sunna– y el *kiyás* –analogía– o método de racionalización del Derecho islámico al que recurre el jurista para aplicar un precepto de algunas de las fuentes materiales –*Corán* y *Sunna*– por analogía al caso particular para el que no existe una solución prevista). Subraya la autora las dos modalidades dentro del sistema judicial musulmán:

– En primer lugar, la *vía ordinaria*, donde el cadí es el único representante de la misma, sometido a un procedimiento de tipo privado, en el que los medios de prueba serán valorados en función de su juicio, y no de la arbitrariedad de las partes. En este tipo de justicia administrada, el cadí conoce exclusivamente de los litigios entre particulares, ejecuta los derechos judicialmente determinados, protege a los incapaces, ejecuta las disposiciones testamentarias, es el encargado de velar por la igualdad de las partes, controla a los agentes de la justicia, aplica las penas coránicas, etc. Fuera del ámbito estrictamente procesal, el cadí asimismo, está encargado de la administración de las mezquitas, en muchas ocasiones la sede del órgano jurisdiccional, dirigiendo también la oración comunitaria. Así el cadí, vistas sus funciones, en muchos casos ocupará cargos de relevancia política.

– La *vía extraordinaria*, ejercida de forma colegial, que aunque exenta de reglas y normas fijas, está sometida al principio de equidad, donde ejercerán su función los Mazálim como supervisores de las situaciones de injusticia provocadas por el funcionamiento de los servicios públicos. Aunque esta jurisdicción era subordinada respecto de la del propio cadí, en territorio andalusí.

Asimismo se analizan otras jurisdicciones especiales existentes en territorio peninsular, como la administración de justicia en materia de aguas, a cargo del alcalde o juez del agua, o la magistratura de policía, con tres grados existentes.

El modelo del sistema procesal musulmán participa de muchos de los principios del sistema acusatorio e inquisitorio, de cuyo análisis podemos deducir los «principios rectores del proceso» islámico, objetivo del tercer Capítulo de la obra.

Dichos principios rectores del proceso islámico son los siguientes:

– El principio de unidad e independencia judicial (*tawahud*). Este principio se advierte por la separación de poderes existentes que dan una cierta autonomía al cadí, el eje principal del proceso, en íntima conexión con las partes del proceso.

– El principio de legalidad, derivado del sistema acusatorio y justificado en los dogmas coránicos y en la Sunna del Profeta, donde se señala que el cadí debe juzgar conforme a sus conocimientos, acudiendo para ello a las fuentes del Derecho.

– El principio de instrumentalidad de las normas procesales, como corolario del anterior.

– Los principios de dualidad de partes, de audiencia bilateral y de contradicción, derivados asimismo del sistema acusatorio, puestos de manifiesto en la fase oral de presentación de pruebas, testimonio y juramento.

- El principio de congruencia entre la acusación y la sentencia (*hukm*), que comporta que los encausados no serán juzgados sino sólo por los hechos inicialmente presentados.
- El principio de escasa formalidad y oralidad, propios de la actuación del qadí.
- El principio de concentración, pues el juicio oral se prolongará el tiempo necesario para la presentación de testimonios fidedignos, y sólo la revisión de la resolución final provocará la apertura de un nuevo proceso, sobre idéntica cuestión, aunque basado en pruebas diferentes.
- El principio de igualdad entre las partes y el de inmediatez del juicio, consecuencia lógica de la oralidad del proceso.
- Consecuencia de la rapidez del juicio, es el principio de reflexión y valoración al que debe acogerse el juez, o qadí, para su pronunciamiento mediante sentencia.
- El principio de libre valoración de la prueba, pues el qadí debe comprobar la idoneidad de los testimonios y de los testigos presentados al proceso. Como consecuencia inmediata a dicho principio, es la presunción de inocencia, a partir del hecho de que la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora, y que no resulta incompatible con la valoración de la prueba, sino sólo con su existencia.
- El principio de prueba o testimonio escrito con el sello de la autenticidad que se plasma en la sentencia escrita.
- Y el principio de publicidad, ya que las vistas del proceso en cuestión, se celebran, normalmente en la mezquita, los viernes durante unas horas determinadas para ello, es decir, en el lugar y a unas horas de máxima afluencia de los creyentes, pues recordemos que el qadí, el juez, es el encargado, asimismo, de la administración del lugar de oración, esto es, de la mezquita.

Las «competencias jurisdiccionales» del qadí y de los demás funcionarios judiciales, son el eje central del cuarto Capítulo. Estas competencias del encargado de administrar justicia en el mundo musulmán, son divididas atendiendo a tres criterios: objetivos, funcionales y territoriales.

La *competencia objetiva* del qadí obedece más a razones cualitativas que cuantitativas, ya que la misma tradición reconoce la potestad del juez islámico, como figura independiente que deriva de la propia delegación del poder soberano, de procesar y condenar, incluso en caso de condena a muerte, a las personas merecedoras de tales castigos, sin consulta alguna al Imán o autoridad religiosa. Debido al fenómeno de expansión territorial del Islam, y por la convivencia de los musulmanes con individuos pertenecientes a otras confesiones religiosas (las «gentes del Libro»), con los que se firman tratados de paz, se procedió a la diferencia entre aquel juez islámico cuya tarea es el conocimiento de forma exclusiva de los casos entre aquellos pertenecientes a la Umma (o comunidad de creyentes en Alá), y el juez o árbitro islámico encargado de las cuestiones litigiosas con las gentes del Libro en territorio musulmán. En este sentido, la autora aprovecha para incidir en la evolución de la institución del qachazgo, cuya naturaleza va cambiando, precisamente, conforme se va produciendo la expansión territorial del propio Islam y por tanto la comunidad o Umma va creciendo y aumentando, algunas de cuyas cuestiones ya hemos tratado previamente. Así en al-Andalus, o España musulmana, el qadí será el funcionario judicial, como juez<sup>20</sup> que regule los conflictos relativos a la comisión de delitos de sangre, cuestiones matrimoniales, derechos patrimoniales o

<sup>20</sup> LÓPEZ ORTIZ, J., *Derecho Musulmán, cit.*, p. 68: «El Islam no hizo por su parte sino infundir su característico sello de religiosidad en las instituciones recibidas; el cargo de cadí = juez, es, según nos enseñan los *alfaqúes*, de los que conciernen a la religión... ».

ramas del Derecho, sin que en un principio pueda actuar de oficio, sino a instancia de parte del interesado, además de tutelar, vigilar los bienes de los incapaces y de la propia comunidad, y asimismo designará a los funcionarios que conocerán, mediante delegación, de los asuntos más variados en el ámbito del derecho procesal islámico.

Existen además otros funcionarios con atribuciones judiciales; así junto al qadí, encontramos al *hakam*, para dirimir cuestiones menores y conflictos de las clases más humildes, como juez subordinado, nombrado y designado por el propio qadí, siendo de este modo una persona de su confianza, colaborando mutuamente, y destacándose por sus buenas costumbres, su integridad moral, incorruptible, imparcialidad, y perfecto conocedor de la ciencia jurídica islámica, o *fiqh*<sup>21</sup>. Al margen existirán otros funcionarios con atribuciones judiciales «menores», que conocerán de la recusación, abuso de los magistrados, de los litigios que afectan a los militares, en materia de aguas, y un largo etc. Debemos incidir en los denominados como «tribunales de la fe», cuya atribución es ocuparse de los delitos contra la fe islámica.

Como competencias funcionales del qadí, conocedor tanto de los pleitos civiles como criminales, podemos enumerar, entre otras: la concesión de sus derechos a quien lo demande, procurar la curatela a los incapaces mentales y a los alienados, declarar inhábil al insolvente para proteger sus bienes, suprimir los conflictos y pleitos entre los litigantes mediante o transacción de mutuo acuerdo o sentencia firme y obligatoria, vigilar los bienes hubus y waqf, la ejecución de los testamentos conforme la voluntad del testador y la ley religiosa, el casamiento con hombres de su condición a las mujeres casaderas sin tutor matrimonial y con voluntad de contraer matrimonio, imponer las penas tasadas, la vigilancia de los intereses públicos, el examen de los testigos instrumentales, o, mostrar la igualdad de trato en el juicio entre el fuerte y el débil mediante un procedimiento justo.

La organización territorial del Islam variará debido fundamentalmente a la rápida expansión del Islam acometida, sobre todo, durante los dos primeros siglos de la hégira, basándose, así, en modelos ajenos a la misma cultura islámica.

Así, a tenor de lo establecido por la doctrina malekí, el juez o qadí, podía recibir competencias funcionales limitadas a un territorio determinado e, incluso, si ésta es excesivamente amplia podía delegarse en otros funcionarios expertos en la materia.

De este modo en al-Andalus, como afirma Martínez Almira, las competencias se distribuían entre los gobernadores (*'amīr*), comarcas (*miṣr*), provincias (*amal*) o ciudades-comunidades (*ḡamā'a*).

El capítulo central y más extenso de la monografía objeto de análisis, es el quinto, referido a los elementos y fases del proceso islámico, y donde el proceso andalusí, que cuenta con particularidades propias y específicas, gira en torno a la figura del juez o qadí, eje y figura principal como máximo representante de la justicia ante la comunidad de creyentes (o *Umma*), quien impartirá dicha justicia, como norma general, en el marco de la mezquita, el lugar por excelencia de la residencia de la justicia islámica.

Al qadí corresponderá el impulso procesal, pues de sus actuaciones emanarán otras muchas relativas a la intervención activa de las partes en el juicio, cuyas alegaciones han de ser escuchadas y calibradas, por el propio qadí, «justa y serenamente».

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 31: «La palabra *fic*, que hoy podemos considerar como rigurosamente sinónima de ciencia jurídica, tuvo en un principio bastante mayor amplitud; venía a ser lo mismo que *ilm* = ciencia en general, como *alfaquí* = jurista, ha conservado bastante tiempo la sinonimia con *ulema* = sabio: semejante al uso español; letrado = jurista. La especialización de la ciencia jurídica tuvo como primer resultado restringir la primitiva amplitud de significado del *fic*».

Así en el proceso penal andalusí, al ocuparse sobre todo de dirimir cuestiones privadas entre los miembros de la comunidad, implica la existencia e intervención en el mismo de un «acusador privado», que junto al procesado, imputado o culpable, constituirán las partes necesarias para la existencia del proceso en sí.

Es curioso contrastar cómo en las fuentes islámicas consultadas por la autora, al igual que ocurre en los textos jurídicos y doctrinales cristianos de la época, la figura del abogado, o *wakil*, es controvertida, y no sale muy bien parada en cuanto a su actuación en el proceso, «puesto que con sus intervenciones transformaban la realidad y disfrazaban la verdad». El *wakil*, que debe ser perfecto conocedor del *fiqh*, debía recibir un poder concreto y delegado para su actuación en el proceso, ejerciendo sus funciones en virtud del contrato de *wakala*, que podía ser oneroso (como servicio de arrendamiento de obra) o gratuito (como acto de beneficencia), y que implica la defensa de los intereses del litigante, al que sustituye en el pleito.

El desarrollo del proceso, a tenor de lo expuesto por la doctrina malekí, gira en torno a la figura del juez o *qadí*, auténtico artífice del pleito<sup>22</sup>, con el auxilio de los *fuqah*..., o expertos conocedores del *fiqh*, que auxilian al juez cuando éste requiere asesoramiento sobre determinadas cuestiones en los que son perfectos conocedores<sup>23</sup>. Asimismo, la presencia de los testigos se reputa como algo fundamental, para el esclarecimiento de los hechos que se tratan de dirimir en el proceso, que está sujeto a una serie de normas funcionales.

El *qadí*, elegido por el Imán como máxima autoridad de la comunidad de creyentes en el orden material y espiritual, debe reunir una serie de cualidades que reflejen su plena capacidad física y jurídica: ser varón, púber, inteligente, libre, pertenecer al Islam, honorable, tener los sentidos de la vista, oído y el habla, conocer la ciencia jurídica, así como la rectitud, la gravedad y la serenidad.

Vistas las cualidades que deben concurrir en la figura del *qadí*, es lógico pensar que los candidatos para desempeñar dicha función sería más bien un número muy reducido, máxime al ser un cargo gratuito; pero una vez elegido el candidato, se le entregaba un documento acreditativo del cargo (denominado *marsûm* en al-Ándalus), para justificar tanto sus competencias como sus funciones, ostentando a partir de su designación, que era vitalicia, la más alta consideración social y política en la comunidad, comportando, asimismo, una serie de privilegios, como la exención de impuestos respecto de sus bienes y propiedades.

La primera fase de la instrucción del proceso islámico está dedicada a la investigación, entrando en juego para ello la llamada policía judicial o *šurṭa*, en perfecta unión y relación con el juez, para proceder a la averiguación del hecho delictivo. Dicha fase de instrucción –en la que está presente el principio de dualidad de partes–, previa al desarrollo del juicio oral, el auténtico núcleo del proceso musulmán, se inicia con la presentación de la demanda o *al-da'āw* (o denuncia, en el ámbito criminal), y la admisión de la misma por parte del juez; a continuación, seguirá la exposición de motivos por el demandante y la réplica a cargo del demandado, pudiendo llegar así, o bien, al allanamiento de la demanda por el acusado, concluyendo el litigio entre las partes, o bien, a la negación de los hechos por el demandado, por el que se abre, así, una nueva fase de pruebas exigidas al demandante. De este modo, si el actor principal no podía presentar

<sup>22</sup> LÓPEZ ORTIZ, J., *Derecho Musulmán*, cit., p. 68: «... el *cadí*, juez de auténtica significación islámica...».

<sup>23</sup> MARTOS QUESADA, J., *Introducción al mundo jurídico de la España musulmana*, Madrid, 1999, esp. p. 24: «En el Derecho musulmán, la figura del juez será el eje sobre el que gire y funcione toda la estructura jurídica...».



pruebas sobre su derecho al qadí, se exigía, por parte del demandante, el juramento al demandado con relación a los hechos; en este sentido, la negativa del acusado al juramento, implicaba la resolución final o sentencia del juez, a favor de las pretensiones del demandante.

Debemos subrayar que cualquier medio es válido para que el demandante haga valer su derecho ante el juez, pero como norma general, la demanda se formula de forma oral, pues se debe tener en cuenta el principio de oralidad que impera en el proceso islámico.

Una vez que el juez valora la legitimidad del hecho pretendido por el demandante, tiene lugar la apertura del juicio oral ante el mismo, para que las partes hagan sus correspondientes alegatos y presenten las pruebas que los sustenten, que servirán al qadí para juzgar de forma equitativa conforme a los principios de la ley islámica, debiendo tomar, si fuese necesario, las medidas cautelares que estime convenientes para así asegurar la eficacia de su resolución (pp. 117-121); al respecto, son tres las piezas que constituyen los medios de prueba en el proceso andalusí: los testimonios presentados por personas cuya honorabilidad está demostrada, el juramento de parte y la confesión por el autor del delito o infracción.

De todas ellas, sobresale, el testimonio prestado por dos testigos (pp. 122-132), «prueba fundamental sobre la que reside el sistema procesal islámico», cuya carga corresponde al demandante; será el juez el encargado de verificar la capacidad jurídica y moral de los testigos, aunque la doctrina malekí, estipulaba asimismo válido que otras personas fueran las encargadas de averiguar la honorabilidad de dichas personas.

Cualquier persona que tuviera plena capacidad jurídica, según la ley islámica podía ser considerado testigo idóneo, siendo los requisitos: ser persona juiciosa, ortodoxa, púber, tener capacidad de discernimiento, ser libre, el Islam, no estar pendiente de sufrir condena por calumnia y la *ʿadāla*. El sexo no era determinante, pero el testimonio de la mujer en materia penal debía ser reforzado con el de un varón, y en materia civil el testimonio de las mujeres debía de ser doble, pues la prueba de dos mujeres valían por el testimonio de un sólo hombre.

Como norma general la forma oral era la preceptiva de presentación del testimonio, aunque si concurrían determinadas circunstancias se admitía la forma escrita.

El *yamṭn* o juramento (pp. 132-137) era un medio de prueba considerado complementario, exigido en temas de repudio, manumisión y cuestiones patrimoniales, pero nunca en cuestiones matrimoniales, para el caso de que en el juicio oral intervenga un solo testimonio de varón o dos de mujeres (por su valor doble). La prueba del juramento corresponde al demandante, el juramento a quien niega la petición en el juicio.

La *iqrār* o confesión (pp. 137-139) es el acto por el cual el demandando se allanaba en la demanda, reconociendo la legitimidad de la solicitud del demandante, sucediendo en el mismo momento en que, a petición del juez, el demandado responde de forma voluntaria, levantándose, en el mismo momento y ante el juez, un acta judicial de la misma por su trascendencia y los efectos que producía.

Como colofón final, el sexto y último capítulo referido a la resolución final o sentencia *-ḥukm-* emitida por el juez musulmán, condenando o absolviendo al procesado, que implica la finalización del proceso y es buena prueba de la manifestación de la autoridad judicial del qadí, siempre y cuando sea, según la doctrina malekí, *muḥtahid*, esto es, «capaz de interpretar las acciones humanas respecto de las normas reveladas directamente de All...h» (p. 142), precisando para ello un conocimiento exhaustivo de las fuentes del Derecho islámico.

Y aunque, como hombre que es, el juez a la hora de pronunciarse mediante la sentencia que dirime un conflicto se puede equivocar, ese error que se debe referir a cues-

ciones materiales y nunca formales, nunca puede ni debe ser intencionado, pues según el ordenamiento jurídico musulmán resulta imposible la revisión de sentencias de los jueces por parte de instancias superiores, «al menos en cuanto a la fundamentación jurídica» se refiere.

Pero como el proceso judicial musulmán se sustenta no sólo en el juez, sino también, como pilares básicos, en el consejo de sus asesores (del qadí) y en los testigos, el error también podía provenir de estos últimos.

Serán diez las condiciones exigidas al juez «perfecto» en el proceso islámico: el propio Islam, inteligencia, pubertad, ser varón, libertad, honorabilidad, la ciencia, el sentido del oído y de la vista, capacidad de expresión verbal y que sea único. De forma, que si falta a alguna de las cinco primeras, sus resoluciones no se considerarán válidas y, por tanto, serán susceptibles de revocación; siendo válidas, en el caso de no concurrir las siguientes condiciones, y ejecutivas, siempre y cuando fueran conforme al Derecho islámico.

La impartición de la justicia musulmana, tal y como ya se ha señalado, tiene como principio básico el principio de eficacia y rapidez en la formulación de las sentencias; así visto, las resoluciones judiciales pueden tener una triple consideración judicial: por un lado, aquellas que provienen de un juez probo y sabio, que son de ejecución inmediata, sin posibilidad de revisión; por otro, aquellas que provienen de un juez probo pero ignorante, que son objeto de rechazo por su sucesor en el momento que contradicen a las fuentes del Derecho y que se pueden ejecutar en parte, mientras no contradigan dichas fuentes; y por último, aquellas que provienen de un juez injusto, que no son válidas, y que, por tanto, son objeto de revisión por el sucesor del juez cesado, además de, según la doctrina malekí, ser objeto de condena infernal por no ser equitativo en su decisión.

La resolución final, además, debía ser «fruto de la reflexión y del exhaustivo conocimiento de los hechos alegados» (p. 147), para precisamente no incurrir en error a la hora de dictar sentencia.

La sentencia, o *hukm*, como norma general, se pronunciaba de forma oral, aunque ateniéndose a determinadas formalidades, así: se debía citar el nombre y origen de las personas que comparecieron ante el juez en la fecha en que lo hicieron; se debía indicar el hecho delictivo o la reclamación por la cual los encausados se presentaban ante el qadí; la resolución debía fijar los medios de prueba utilizados; además, la sentencia se emitía conforme a la Sunna, como «alusión final que justificaba su decisión conforme a la opinión generalizada de la escuela a la que perteneciese su consejo asesor» (p. 148); finalmente, se incluía el nombre del juez, al margen de la fecha y lugar, e, incluso, se aludía a las personas presentes que testimoniaban dicho acto, colofón del proceso concreto.

Como excepción, también se permitía la forma escrita, o *mufiud*, pero sólo, según la tradición, para determinados casos, por ejemplo, el caso de que se dicte una resolución respecto de una persona de otra circunscripción territorial.

Una vez dictada, la sentencia se ejecutaba de forma inmediata, tanto si el juez estaba presente, como si no; y dicha ejecución, se podía realizar tanto dentro de la mezquita como fuera de ella, dependiendo de la ejemplaridad del castigo.

En caso de resolución final «injusta» se procedía, en primer lugar, a la restitución y cese del juez emisor, y en segundo lugar, al resarcimiento de los daños causados, teniendo el juez, como no podía ser de otra manera, responsabilidad por su actuación y por el daño causado, aplicándosele según el Derecho andalusí, si la injusticia era reconocida, el talión, además de la pena aplicada, o cabiendo, si era involuntaria, únicamente la correspondiente compensación.

Finaliza la obra, con el correspondiente apartado de *Fuentes editadas* (pp. 153-155) y de *Bibliografía* (pp. 155-161), así como una relación de *Diccionarios y Enciclopedias* (pp. 161-162), seguido, a continuación, de unos utilísimos índices *de palabras transcritas del árabe* (pp. 163-165), y *de autores y obras árabes* (p. 166), así como una *Tabla de transcripciones* (p. 166).

No ha sido, pues, tal y como hemos señalado anteriormente, el Derecho musulmán el «plato fuerte» de los historiadores de nuestro Derecho, estando un tanto huérfana la ciencia jurídico islámica «española», salvo honrosas excepciones a las que debemos hacer expresa referencia, aún a riesgo de no ser exhaustivos, pues es, al menos, de justicia: Fray José López Ortiz (Catedrático de Historia de la Iglesia y del Derecho Canónico); Salvador Vila (Catedrático de Cultura e Instituciones Musulmanas); Rafael de Ureña y Smenjaud (Catedrático de Historia de la Literatura Jurídica en la Universidad Central de Madrid, hoy Complutense, al margen de otras disciplinas jurídicas en su etapa universitaria anterior); y Claudio Sánchez Albornoz (fundador del *Anuario*, Catedrático de Historia medieval). Otros especialistas de la temática son: J. Ribera, J. Lalinde Jürs, R. Castejón Calderón, J. Aguilera Pleguezuelo, D. Peláez Portales, o, J. Martos Quesada. Asimismo, debemos mencionar la reciente aportación de Bruno Aguilera Barchet, Catedrático de la disciplina en la Universidad Rey Juan Carlos, y, en la actualidad, Secretario del *Anuario*, su *Iniciación histórica al Derecho Musulmán*<sup>24</sup>.

Sin duda alguna, la Profesora Dra. Magdalena Martínez Almira, premio de investigación sobre Derecho musulmán *Sharq al-Andalus* (1986), es, al margen de otras líneas de investigación que cultiva, y que han dado excelentes frutos, el «icono» del *arabismo español* en su dimensión jurídica, o dicho en otras palabras, el máximo exponente, hoy en día, de los estudios jurídicos históricos de España en relación con el Derecho islámico, consiguiendo con la publicación de la presente monografía, tal y como indica su maestro, el Prof. Dr. Bermúdez Aznar, «una fluida exposición de la problemática procesal islamo-andalusí», que debe tenerse muy en cuenta a la hora de abordar el estudio de la Historia jurídica española, o, al menos, de una parte, la correspondiente a Al-Andalus y su posible influencia en la evolución posterior del Derecho. Como sostiene la autora, «el estudio de las Instituciones Jurídicas supone un reto respecto al período andalusí, puesto que escasas son las fuentes y mucho más las referencias que puedan servir tanto al historiador del Derecho como al investigador en general» interesado en dicha temática, máxime teniendo en cuenta, como señala López Ortiz, que «el determinar qué cosas concretamente prohíbe la Ley; el averiguar a través de las fuentes en que se contiene la Revelación, cuál es en concreto y para cada caso la voluntad divina, ha dado en el Islam nacimiento a una riquísima literatura en la que se concreta la ciencia jurídica»<sup>25</sup> musulmana, de la que España formó parte durante más de ocho siglos, como al-Ándalus, donde la única fuente genuina era la voluntad de Dios, de Alá.

ALEJANDRO MARTÍNEZ DHIER

<sup>24</sup> AGUILERA BARCHET, B., *Iniciación histórica al Derecho Musulmán. Seguida de un ensayo sobre la historia jurídica de Al-Andalus*, ya cit.

Para todo ello, vid. MARTÍNEZ DHIER, A., «Algunas consideraciones sobre la historia del Derecho musulmán en España», ya cit, esp. pp. 189-193.

<sup>25</sup> LÓPEZ ORTIZ, J., *Derecho musulmán*, cit., p. 9.

**MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo; GONZÁLEZ DÍEZ, Emiliano. *La ciudad de Burgos en su Historia*. Instituto Municipal de Cultura y Turismo. Ayuntamiento de Burgos: Burgos, 2009. 391 pp. ISBN 978-84-87876-58-5.**

Los profesores Martínez Díez y González Díez nos presentan una nueva historia de la ciudad de Burgos, obra de excelente factura y muy cuidada edición que nace con el propósito de presentar al gran público la historia de la *caput Castellae* desde el año de su fundación por el Conde Rodríguez Porcelos, 884 d.C, hasta la actualidad. La opción de Burgos como Capital Europea de la Cultura no puede tener mejor presentación que una obra concebida con el rigor que ha presidido la trayectoria investigadora de ambos autores, adaptada a la necesidad de dar a conocer el pasado y presente de una de las principales ciudades españolas en un tono divulgativo que en nada empobrece la calidad de la obra.

Desde hace décadas, se ha puesto de relieve la importancia de la historia local como instrumento fundamental para la comprensión de los grandes acontecimientos políticos, económicos y sociales que marcaron la evolución de nuestra nación. Burgos fue crucial en la historia de Castilla y de España, y los autores, con el admirable dominio de las fuentes históricas y jurídicas que durante años han investigado, nos ofrecen un acabado conjunto de datos, fechas, acontecimientos que sirven de cañamazo a la hora de relatar la evolución de la ciudad, de sus instituciones y de sus habitantes, los anónimos y los más famosos (Rodrigo Díaz de Vivar, D. Pablo de Santamaría y su descendencia, D. José de Veitia, el Empecinado o Manuel Alonso-Martínez).

G. Martínez Díez, desde su insuperable conocimiento sobre la formación territorial y política de la Castilla altomedieval, relata la fundación de la ciudad en un solar estratégico en la Meseta norte, como una pequeña fortaleza, cruce de caminos que se convertirá en capital del Condado de Castilla (Cap. I). Certeramente, en el Cap. II, Martínez Díez, nos va dibujando la configuración territorial castellana a través del desarrollo de Burgos en los siglos X y XI; como el Condado se incorporó al reino leonés (Cap. III), y la ciudad adquirió el honor de ser considerada como la cabeza del reino de Castilla (Cap. IV). Avanzando los siglos XIII y XIV, Burgos se nos muestra como una ciudad en pleno crecimiento, bien fortificada, con numerosos puentes que salvaban la barrera natural del Arlanzón; el autor nos conduce por sus numerosas parroquias, a las que se unen nuevos poblamientos como el barrio de los francos, y, vividamente, nos relata la construcción de su emblemática catedral, de palacios, de conventos, de monasterios, sin olvidar mencionar los numerosos hospitales para los peregrinos que se dirigían a Compostela (Cap. V). Los siglos XIV y XV, convirtieron a la ciudad en residencia habitual de los reyes castellanos, y los burgaleses, nobles, villanos, judíos, moros y conversos, asistieron a acontecimientos principales como la caída de Don Álvaro de Luna, o el fallecimiento de Felipe el Hermoso, en una rica ciudad embellecida con obras arquitectónicas como la Capilla de los Condestables, la Casa del Cordón o la Cartuja de Miraflores (Caps. VI y VII).

En el Burgos del siglo XVI, toma el relevo del relato E. González Díez sin que se produzca fractura alguna en el desarrollo de la obra. El autor nos muestra el gran siglo de una ciudad convertida en meca del comercio lanero con el norte de Europa, gracias a la actividad del Consulado desde 1495. La urbe, tras la guerra de las Comunidades, experimenta un importante cambio urbanístico que se refleja en nuevas construcciones privadas conventuales y de carácter institucional, patrocinadas en su mayoría por el concejo. En Burgos se elaboraron las Leyes de 1512 que proyectaban lo mejor de Cas-

tilla para los súbditos del Nuevo Mundo, y su rica vida intelectual y cultural la convirtieron en la capital de impresores y librerías (Cap. VIII).

Si el quinientos fue el siglo de la universalidad, el seiscientos fue el de la decadencia. Burgos, empujada por la crisis hacendística, militar y política, verá el fin de su pujanza comercial, sin que el intento de revitalización del Consulado, su efímero carácter de capital judicial de Castilla en los pocos años que fue sede de la Audiencia y Chancillería, o los controvertidos proyectos reformistas de Olivares (Cap. IX) consiguieran recuperar el esplendor perdido. Con el siglo XVIII llegó con una nueva dinastía y aires renovadores; la ciudad se transformó con un nuevo trazado urbanístico, donde sobresalían construcciones como la Academia del Real Consulado del Mar, o el nuevo Consistorio. El reformismo carolino también dejó su huella en la ciudad (Cap. XVIII). A las reformas municipales, orientadas a dar más participación a los pecheros a través del Síndico personero y del procurador del Común, se unieron medidas para estimular el crecimiento económico de la ciudad—fomento del comercio a través de la revitalización del consulado y mejora de la red viaria Burgos-Santander y de los caminos con Logroño o Bilbao—.

Burgos padeció la guerra de la Independencia y en ella se vivieron los avatares de la consolidación del Estado liberal; en estos años, sin olvidar su prosapia histórica, la ciudad se fue adaptando a su nueva situación de cabeza de circunscripción administrativa, fiscal, militar y judicial. El siglo XX, llegó convulso y sangriento; tras años difíciles y oscuros, Burgos se abrió a la convivencia en democracia, uniendo al desarrollo económico una voluntariosa revitalización cultural y social donde nunca se han olvidado sus señas de identidad (Caps. X y XI)

No puedo finalizar este comentario, sin expresar mi admiración por estos dos prestigiosos historiadores del Derecho; ellos han conseguido una tarea casi imposible, superar el reto de condensar más de un milenio de historia en una obra amena, de fácil lectura, engañosamente sencilla, donde, sin embargo, en ningún momento se abandona el rigor histórico.

CARMEN LOSA CONTRERAS

**MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. *De responsabilitate. Una breve historia de la responsabilidad pública*. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2008, 320 pp. ISBN 978-84-8481-091-9**

El volumen objeto de esta reseña no tiene exactamente que ver con lo que anuncia su portada. Este libro no versa sobre la «responsabilidad pública», ni cabría calificarlo como una «monografía» y para los géneros de literatura en los que cabe recalificarlo no resulta «breve». Es para mí un largo discurso o un ensayo sobre la sujeción del Poder al Derecho y, en mucho menor medida, sobre las consecuencias de esta sujeción cifradas en la satisfacción de los afectados por la actuación no jurídica de los poderes públicos.

La relación entre el «Poder y el Derecho», más que la «responsabilidad pública», es el tema del libro, como el mismo autor hace ver en su introducción y explícita en algún rincón de la obra (p. 52). La obra mantiene una tesis, que no anuncia claramente en la introducción, pero que de alguna forma enuncia en unas últimas páginas («momentos finales») que sí que fungen como conclusión. La tesis estribaría en afirmar que no hay

responsabilidad pública (se entiende de los poderes públicos) frente al particular hasta el siglo xx. En otros términos, los del autor: una «etapa de irresponsabilidad, extendida a lo largo y ancho del siglo xix, podría ser todavía juzgada como teológica, por cuanto la soberanía y el poder que aquella encarna se siguen inspirando en Dios, en esa secularización de conceptos políticos que está en la base de la Modernidad, en una cierta divinización del aparato público. Aquél vive todavía de las rentas del Antiguo Régimen y de sus postulados más profundos y descarnados. En este primer momento que sigue al nacimiento, asentamiento y consolidación del Estado libera, a todo este amplio abanico temporal que hemos dejado atrás, y que en nuestro país podemos concretar en el período que va desde la promulgación de la Constitución de Cádiz hasta la publicación del Código Civil en julio de 1889, como elemento que culmina el edificio burgués inaugurado con la centuria, hay solamente irresponsabilidad de la administración (matizada por la responsabilidad, autorizada por aquella, del funcionario), que es herencia en la que se combina lo antiguo y lo nuevo» (p. 334). Perdóneseme la longitud de la cita, pero es conveniente traerla a colación aquí porque funciona además como un índice más significativo que el que contiene el propio libro.

El trabajo no supone investigación de primera mano sobre fuentes primarias, por eso me resisto a calificarlo como monografía, sino que constituye en gran medida una, en ocasiones peculiar, interpretación sobre los resultados alcanzados en investigaciones ajenas. El libro se mueve en un nivel de generalidad más propio de un manual que de una obra en la que se trate, siquiera brevemente, de desentrañar las claves de la inexistencia en la experiencia jurídica española de la efectiva responsabilidad de los poderes públicos. En este punto le suponemos al libro, injustamente, algo más de lo que quizás haya pretendido el autor. Pues éste en momento alguno expresa que lo que pone delante de los ojos del lector sea resultado de investigación alguna. Es más, podría considerarse que el sello editorial en el que aparece esta obra nos aporta la pista sobre los motivos de ese nivel de generalidad. En este sentido, podíamos imaginar que el libro fuera un ejemplo de un tipo de literatura en el que el investigador da a conocer de una forma sintética, pero sin renunciar a la exposición de una tesis, los resultados de investigaciones previas propias o, como en este caso, ajenas.

Pero también me resisto a encuadrar la obra en este género de literatura académica. Las razones no tienen sólo que ver con algunas carencias de carácter formal (lo que aparece como introducción no es tal, no hay relación bibliográfica, todo el texto se ha escrito de corrido sin salto de página alguno, etc.). Si me resisto a calificar el libro como monografía, pero le niego también el carácter de manual, es, en primer lugar, por la mezcla de los métodos y orientaciones historiográficas seguidas en la exposición de sus contenidos y, en segundo lugar, por cierto descuido en el manejo y caracterización de los materiales.

(i). En cuanto a los métodos y contenidos, el libro, pasada la introducción, en su segundo epígrafe enfrenta «Una (breve) Historia del Control del Poder» que resulta un resumen de la visión de la historia del derecho más tradicional sobre el absolutismo o decisionismo castellano de la edad moderna. El autor sienta el principio de que la omnipotencia, en último término, de un rey absoluto hace esencialmente imposible concebir la responsabilidad del poder en el Antiguo Régimen. Puedo estar de acuerdo con el autor en la inexistencia de este tipo de responsabilidad pública (de los poderes y no de sus agentes) por el proceder antijurídico (de los agentes y no de los poderes), pero por motivos asaz diversos.

Porque el concepto de responsabilidad jurídica del Estado, más allá de la particular de los oficiales primero y funcionarios después, es esencialmente contemporáneo y continental. Es concepto que no puede ser privado de un contexto, que tiene, en fin, espacio

y cronología. La aparición de la responsabilidad de los poderes públicos ante el individuo, más allá de la responsabilidad común que se cernía sobre el empleado público, puede tener incluso una fecha de nacimiento no desconocida para la historiografía jurídica. No debería siquiera, por notorio, citarse el Arret Blanco, mediante el que el Tribunal de Conflicts en 1873 daba carta de naturaleza a una específica responsabilidad de los poderes públicos como distinta de la común o contractual, o la legislativa, y la atribuía a la jurisdicción contencioso administrativa. La carencia, salvo error por mi parte, de referencia alguna en la obra que reseñamos a este asunto, y a la historiografía que, por decenios, ha reflexionado sobre esta decisión, resulta tremendamente significativa. Suponer, así pues, otra responsabilidad pública jurídica del Estado (distinta, como digo, de la legislativa, la contractual y/o la común) en tiempos anteriores al siglo XIX supone un anacronismo y negarla una obviedad.

Convinando en esto, otra cosa muy distinta es concluir, a partir de aquí, la inexistencia de cualquier tipo de responsabilidad pública, y la actuación libérrima de los poderes durante el Antiguo régimen. Esto sólo puede hacerse desde la banalización del discurso jurídico premoderno, en un ejercicio de lo que bien ha podido calificarse como una lectura «perspicaz» o «no densa» de las fuentes. Es el tipo de lectura que identifica los fenómenos «jurídicos» del pasado con los que hoy consideramos pertenecientes a un concreto orden normativo secularizado (esto es sin presencia de religión) y tecnificado (esto es sin dimensión o trascendencia, en términos actuales, «políticas»). Desde esta lectura bien puede afirmarse la presencia de aquellas libérrimas actuaciones de los reyes que parecían no tener consecuencias «jurídicas» porque estaban absolutamente sueltas (valga la redundancia) del «Derecho». Así puede considerarse que las, entonces no precisamente incidentales, referencias religiosas o morales, entran dentro de un campo que no interesa al historiador del derecho, y por esta vía las sujeciones de la religión o de la educación del príncipe se han de considerar no sólo livianísimas, sino ajenas y extrañas a nuestro especial objeto de historia. Dichas referencias carecen, pues, para el autor de dimensión jurídica y por lo tanto no son hábiles para suponer que poder público alguno, y para el caso del Antiguo régimen, señaladamente el rey, pueda verse mínimamente inquietado por esos frenos (p. 45).

Es algo reconocido por todos nosotros desde hace tiempo que el absolutismo europeo tenía sus problemas estructurales. Que el ejercicio de la Gracia regia y de la actuación extraordinaria de los monarcas, y de quienes actuaban en su nombre, tenía límites y estaba sometido a procedimientos, no lo es tampoco. Pero además, para quien participe incluso de ese concepto restringido de lo que es jurídico (ayer y hoy) no puede desconocerse el hecho de que incluso al más absoluto de los monarcas se le podía pensar constreñido por unas leyes cuya vulneración acarrearba consecuencias que no pueden dejar tampoco de calificarse como jurídicas. No trato de reabrir debate alguno sobre la existencia o no del absolutismo en Europa y sus límites. Solo trato de advertir sobre el hecho de que no problematizar esta cuestión tiene mucho de asunción acrítica de una determinada interpretación dialéctica sobre la historia del Estado moderno que servía a los efectos de reforzar la justificación del Estado de Derecho decimonónico (como síntesis entre el Estado de Justicia medieval y el Estado Absoluto moderno), pero que hoy en día es más objeto de estudio que instrumento para el análisis. El empleo en esta primera parte del libro de esta perspectiva condiciona el resto del desarrollo del volumen.

Sea como fuera, no sólo se relativiza el valor –entonces también jurídico– del reproche moral o religioso de un príncipe que trasgrediera las que se consideraban leyes fundamentales de la Monarquía, sino que tampoco se concede espacio a los mecanismos de resistencia arbitrados en unas y otras sociedades políticas, con mayor

o menor eficacia, para mantener el orden jurídico de aquel tiempo contra las que se pensaban extralimitaciones regias. Y finalmente, ceñido el trabajo en esta parte a la descripción estrictamente castellana, se ignoran totalmente reacciones revolucionarias (en un sentido antiguo de restauración del orden jurídico) que son producto de la acentuación de pretensiones absolutistas de gestión del poder en las Monarquías modernas.

Y es pertinente señalar esta laguna, porque precisamente el autor se pone como problema en los epígrafes tercero y cuarto lo que podemos intuir como claves de una transformación. Para ello se realiza («Momentos revolucionarios, momentos de cambio») una suerte de breve historia del constitucionalismo atlántico (norteamericano y francés para más señas), en el que podemos reconocer la modelística forjada por Fioravanti. El autor, para sustentar su tesis de fondo, rescata un constitucionalismo garantista de corte norteamericano como contramodelo del constitucionalismo de dirección política francés. En el primero habría responsabilidad de los poderes públicos, y en el segundo no. Pero esta exposición hace más evidente la carencia del examen de la Revolución inglesa en el epígrafe anterior, y por extensión de todos aquellos mecanismos que, con mayor o menor fortuna, con menor o mayor (según nuestro punto de vista) carácter jurídico trataban de sujetar la soberanía del monarca entendida en términos de soberanía legislativa. América quedaría como excepción a esa continua irresponsabilidad de los poderes públicos de la que Francia constituiría el modelo extendido a toda Europa, y particularmente a España.

En el epígrafe cuarto del libro («Hacia el Estado de Derecho») se parte de la formulación de un concepto de Estado de Derecho en la más auténtica tradición de la publicista centroeuropea del siglo XIX, que marcaría el *desideratum*, el punto final donde debería llegar la vinculación del Poder al Derecho y la responsabilidad del Estado por su actuar contra esta vinculación. Atiéndase que por formular así la categoría del Estado de Derecho, la obra sigue participando de esa perspectiva decimonónica que servía para construir un modelo de Estado en el Ochocientos (como punto final del proceso dialéctico desde el Estado de justicia al Estado absoluto y de este al Estado de Derecho) pero que hoy se nos aparece como insuficiente herramienta de análisis. El autor parece quedar atrapado por la perspectiva cuando en este punto llega incluso a predicar la categoría estatal de tiempos medievales, lo que, como poco, debe merecer hoy día alguna justificación (p. 91); o cuando, por afirmar la continuidad, no distingue entre Estado de Derecho decimonónico y Estado constitucional presente (111, 115). Pero mediado este discurso que se sitúa en un género que podríamos calificar a caballo entre una Teoría del Estado y una introducción histórica a la dogmática jurídico constitucional, el autor nos sorprende al cambiar radicalmente de método y hasta de orientación historiográfica. Para contraponer Estado de Derecho-Constitucional contemporáneo al modelo de organización política previo, el autor recoge y acoge la perspectiva de historia del derecho que habla de jurisdiccionalismo para explicar las claves del ejercicio del poder político en el Antiguo Régimen. Si hasta aquí el autor se ha movido en coordenadas historiográficas más tradicionales, en este epígrafe cambia absolutamente de tono y realiza una apuesta por una historia del derecho que parte del supuesto de la persistencia todavía en los albores del XIX de un modo jurisdiccional (a la inglesa) de gestión del poder y de la decisión política como manifestación de la inmanencia de una sociedad política estructurada todavía según una lógica corporativa (130-140).

En el epígrafe quinto de la obra dedicado al análisis del primer constitucionalismo español («Momentos constitucionales»), el autor mezcla las interpretaciones de corrientes historiográficas bien distintas, entre las que comparecen la de los autores que



han sostenido que la cultura constitucional de primera hora cabe calificarla aún como jurisdiccional, como la de quienes siguen predicando su filiación legicéntrica y francesa. El autor parece decantarse por esta última opción, aunque para ello cite la lectura de los representantes de la primera corriente. Por ello la interpretación de la propuesta historiográfica, para entendernos, «jurisdiccionalista» no resulta del todo correcta. Le sirve al autor ahora para indicar que en Cádiz aunque se sometió al responsabilidad a todos los poderes públicos y a todos los empleados, las Cortes, como subrogadas en el papel de los Monarcas, y funcionando en régimen de Asamblea, quedaron también al margen de esta responsabilidad. La identificación francesa estropea la lectura de esta historiográfica (p. 200).

Finalmente, el penúltimo epígrafe («Pareceres doctrinales») no parece sino la colección de largos fragmentos de las obras de los padres fundadores del Derecho administrativo español, donde se reproduce y se interioriza, más que se valora, un discurso entonces más performativo que denotativo sobre la necesidad de la creación de una Administración como sujeto, fuerte, centralizado, jerarquizado e irresponsable.

El intento de conciliar perspectivas y métodos tan diferentes genera en ocasiones el efecto de ciertas incongruencias que no sólo se producen en el conjunto de la obra, sino en una misma página. Un ejemplo llamativo tiene que ver con la concepción que se maneja sobre el orden jurídico del Antiguo Régimen. Perdónese de nuevo la longitud de la cita: «Lo jurídico en el Antiguo Régimen, con el predominio tiránico del *Ius Commune*, se muestra a los ojos del observador contemporáneo como un sistema que se quería estático, inmutable, tendente a la conservación de todo un orden natural trascendente, de raíces divinas, singularizado en la preeminencia de la religión por encima de cualquier regla de moralidad. Así aparecía recubierto con un marchamo tradicional y pluralista, abierto a la interpretación, variado y diverso siempre en construcción y nunca cerrado. De ahí, arrancaba su claro aspecto probabilista, derivado del acentuado juego, en cierta forma libre, sin ataduras, de lo jurisprudencial, por ende, pleno de inseguridades, con un monarca, que, no obstante todo lo anterior, aparece como el eje sobre el que pivota la conservación, el desarrollo y la vida del orden jurídico mismo, puesto que su voluntad es la que determina la admisión de estos derechos, de nuevas relaciones, de nuevas cuestiones a ser tratadas desde la óptica de lo jurídico» (p. 96). Pero compárese además este texto con la concepción que maneja en el antepenúltimo epígrafe de la obra (p. 257), donde se despacha el paso del Derecho Común al Derecho Liberal, como el simple paso del desarrollo jurisprudencial al cauce administrativo, manteniéndose en uno y otro tiempo el denominador común de la formulación legal.

(ii) En cuanto a los materiales bibliográficos sobre los que se sustentan las afirmaciones que se vierten en esta obra, no puede afirmarse, en modo alguno, que sean escasos aunque no exista una relación final. El aparato de la obra no es criticable por la cantidad de referencias pero, a mi modo de ver, sí debe serlo por la manera como se construye una parte significativa de las notas a pie de página. Si no se distingue entre orientaciones y perspectivas en el texto, tampoco se hace en la cita de los autores. Para una muestra puedo servirme del mismo fragmento que acabo de extractar en el párrafo anterior, que se apoya en una nota que comienza: «Para ese orden jurídico preconstitucional, del Derecho Común dominante en la Modernidad, nos pueden servir las visiones de...» y allí da paso a una relación de obras de los siguientes autores, sin mayor acotación, matiz ni diferencia: Sánchez Arcilla, Clavero, Petit, Vallejo, Hespanha, Garriga, González Alonso. Véase otro ejemplo, entre los muchos que trufan la obra, en la lectura que hace el autor sobre la potestad reglamentaria gaditana. En el texto se viene a afirmar que no hubo una potestad reglamentaria autónoma, (p. 192, y 204) sino sólo ejecutiva de ley, y

para apoyar esta afirmación se cita al pie, y por este orden, el trabajo de Garriga y «como complemento», los anteriores de Gallego Anabitarte y de Caamaño. Lo mismo acontece en relación con la justicia gaditana. Sinceramente no me reconozco en la conclusión, para la que se cita mi trabajo, de que en la justicia gaditana «Predomina la visión patológica del Derecho y no su normal desarrollo fisiológico» (p. 196-197).

La extensión y la falta de precisión en la construcción de las referencias impiden que este libro se convierta, a pesar de su abundante aparato, en una suerte de introducción a la Historia del Derecho. Pero también la confusión a la que induce en el manejo de conceptos bien determinados en la historiografía jurídica contemporánea desaconsejan el empleo docente de esta obra. Tal es el caso, p.e. de expresiones como la de «reicentrismo», acuñada por Grossi para significar la mentalidad sobre las situaciones reales y el dominio premoderno, asentada en las cosas y no en las personas, y que en esta obra quiere significar prioridad de la propiedad privada y del individuo propietario sobre el ser humano (p. 177).

En cuanto al manejo de las fuentes normativas y doctrinales en que se apoya, y que se concentran en los dos últimos epígrafes, a mi modo de ver la longitud de los extractos resulta excesiva. Los textos, como sucede en particular con los publicistas del Ocho-cientos español, no son precisamente desconocidos, y en su cita yuxtapuesta, como se ha mencionado más arriba, se reproduce más que se valora. Probablemente la reproducción extensa de estos fragmentos sea otra pista de la finalidad docente a la que ha respondido la elaboración de la obra, cuyo estilo tiene mucho de oral, pero en la que además, a mi gusto, se peca en exceso del recurso a la enumeración y la reiteración. Más parece la transcripción de un largo discurso que un texto en el que el autor haya vuelto sobre lo escrito o haya reflexionado sobre la oportunidad, o no, de adoptar una u otra opción sistemática, metodológica o historiográfica.

FERNANDO MARTÍNEZ PÉREZ

**MARTÍNEZ RUIZ, Enrique.** *Los soldados del rey. Los ejércitos de la Monarquía Hispánica (1480-1700)*. Ed. Actas, Madrid, 2008, 1.070 pp. ISBN 978-84-9739-073-6

Parangonando el concepto de «revolución militar», que tantos ríos de tinta ha hecho correr desde que Michael Roberts empleara este término en 1955, se puede afirmar que en el ámbito de la historia militar de la España Moderna, y en especial para el período de los Austrias, se ha producido una verdadera «revolución historiográfica» en las tres últimas décadas. Se ha pasado de un estado de conocimientos que se cimentaba en las obras de escritores decimonónicos a una profunda renovación de estudios, de diversificación de temáticas, de enfoques y de metodologías, que han posibilitado un salto cualitativo y cuantitativo que no encuentra precedentes en otras parcelas del modernismo. Y precisamente ese enorme caudal de estudios, junto con el enorme esfuerzo de investigación, de recopilación y de síntesis de Enrique Martínez Ruiz, es lo que permite hoy que vea la luz este inmenso libro, *Los soldados del rey*, que, sin lugar a dudas, está llamado a convertirse en obra de cabecera de la historiografía militar española.

Su autor es uno de los principales baluartes de un selecto grupo de historiadores que lideran esa revolución historiográfica que, paradójicamente, comenzó con libros

señeros de hispanistas europeos, entre los cuales, merecen destacarse los nombres de Geoffrey Parker, de René Quatrefags y de Irving A. A. Thompson. Tras sus espléndidas monografías, respectivamente, *El ejército de Flandes y el camino español* (1976), los *Tercios españoles* (1979) y *Guerra y decadencia* (1981), un nutrido grupo de historiadores españoles –entre los que se encuentra Enrique Martínez Ruiz– tomaron el relevo y profundizaron en un estudio que, a todas luces, se mostraba capital no sólo para la comprensión de la historia militar sino para el conocimiento de la política, la economía y la sociedad de la España del Antiguo Régimen. A esa generación se ha sumado en fechas más recientes una nueva hornada de jóvenes historiadores que han dedicado sus esfuerzos a la investigación sobre el ejército de los Austrias. La nómina, que omitimos por extensa, se encuentra muy bien recogida en la extensa bibliografía inserta al final del libro.

Pero esta obra no es sólo el resultado de una elaboración, del trabajo metódico, de la recopilación de publicaciones, de lecturas múltiples –contabiliza más de mil doscientas referencias– de síntesis de conocimientos, sino que, además nace del profundo conocimiento del autor de los ejércitos de la monarquía hispánica en los siglos XVI y XVII. Sus numerosos trabajos sobre la institución militar en este período –más de una treintena de artículos y capítulos de libros– constituyen el mejor aval para escribir una obra en la que se integra la experiencia personal de primera mano, en archivo, con el análisis profundo sobre el enorme caudal de publicaciones que han aparecido en los últimos años.

Estructurada en cuatro partes claramente diferenciadas, la obra constituye un compendio perfectamente organizado de lo que fue realidad de los «ejércitos de la monarquía hispánica». La utilización del plural «ejércitos» para aludir a la institución militar de los Austrias me parece uno de los grandes aciertos del trabajo, porque es precisamente esa articulación, de diferentes ejércitos dependientes de un solo monarca, la que organiza y da sentido al conjunto del libro. Como muy bien detalla el autor, no hubo un solo ejército sino dos grandes estructuras radicalmente diferenciadas, una compuesta por el ejército que se podría denominar como «peninsular» o interior –con profundas particularidades regionales–, complementado por el ejército de «reserva» formado por las Guardas de Castilla, y otro gran cuerpo de ejército integrado por el ejército «exterior» que combatió en dos escenarios bélicos, el Mediterráneo y, sobre todo, el Atlántico, en donde tuvo un protagonismo de primera magnitud la guerra de los Países Bajos.

La primera parte de la obra rompe por completo con esa estructura que podríamos definir como de «geografías militares», para proceder a un análisis evolutivo del sistema militar de los Austrias, desde sus orígenes hasta su ocaso, si bien para la supresión definitiva de ese «modelo militar» habría que esperar hasta los primeros años del siglo XVIII, momento en que se produce la adopción del nuevo sistema militar, el «regimental», importado de Francia y que, como es obvio, escapa por completo del objeto de estudio de esta obra. Tomando como punto de partida la fase inicial de creación de estructuras militares permanentes durante el reinado de los Reyes Católicos, período en el que tendrá un papel decisivo el «laboratorio granadino», o lo que es lo mismo la guerra de Granada que culmina en 1492, el autor realiza un completo recorrido por los principales hitos de los cambios organizativos que tuvieron sus etapas siguientes en las campañas del Gran Capitán en Italia y en las ordenanzas de los años 1502, 1525 y 1536, éstas últimas germen de una nueva estructura, la del Tercio, llamada a ser la columna vertebral de los ejércitos de la monarquía hispánica. La fase de consolidación de la nueva organización y administración de la guerra se producirá en el reinado de Felipe II, etapa en la que el crecimiento del número de efectivos y de los necesarios recursos financieros para su sostenimiento se

enmarcan en una política internacional más expansiva pero también en el contexto de la «revolución militar» que se experimentó en los principales ejércitos europeos de la época. Del siglo xvii son objeto de atención el proyecto de Unión de Armas, la creación de las Juntas de Guerra y las etapas finales del «modelo militar» español de los Austrias. Con gran acierto, se completa esta extensa primera parte con el estudio de la financiación de una maquinaria militar en constante crecimiento y con permanentes necesidades que, a la postre, se acabó convirtiendo en el problema fundamental para una hacienda regia casi siempre exhausta como consecuencia unas demandas de recursos financieros muy superiores a los ingresos de la monarquía.

El segundo gran núcleo de la obra está formado por el estudio de la geografía de la defensa peninsular, con sus múltiples variantes específicas según las peculiaridades de cada ubicación y los potenciales enemigos. Pero antes del estudio pormenorizado de cada espacio, el autor pone énfasis en el análisis de la encrucijada de la década que se inicia en 1570, cuando Felipe II obtuvo una débil respuesta de los señores laicos, de los prelados y de las ciudades a sus demandas de recursos humanos y económicos para sostener la defensa peninsular. A partir de ahí se nos presenta un recorrido por las dos fronteras, la terrestre y la marítima, que comienza por Navarra, Aragón, Cataluña –doblemente fronteriza, por mar y tierra– y que prosigue por la costa meridional de Andalucía –centrada sobre todo en la defensa de la costa del reino de Granada–, por Murcia y el reino de Valencia, para culminar finalmente con el estudio de la defensa costera septentrional, desde Guipúzcoa a Galicia pasando por la costa cantábrica. El extenso territorio estudiado, las peculiaridades defensivas, la presencia de espacios forales, los múltiples sistemas defensivos, el papel de las milicias, de las oligarquías locales, de la nobleza, las problemáticas especiales en torno a 1640 en Cataluña y Portugal, la singularidad de los ámbitos insulares, o la persistencia del corso turcoberberisco en el Mediterráneo, son tan sólo algunos de los múltiples aspectos estudiados en relación a lo que fue un sistema defensivo peninsular marcado por la complejidad derivada de esa extensa frontera siempre amenazada y siempre necesitada de fortificaciones y de hombres que garantizaran la seguridad de cada territorio.

Mención aparte requiere el capítulo –con el que concluye la segunda parte– relativo a las guardas viejas de Castilla. Se aborda de forma minuciosa porque, entre otras razones, Enrique Martínez Ruiz es el principal especialista en este tema desde hace años, como lo prueban sus numerosas publicaciones en revistas especializadas, capítulos de libros y congresos. Cuerpo de reserva interior, el completo estudio que realiza sobre las Guardas parte de su creación como unidades permanentes en 1493, para analizar luego sus sucesivos reglamentos así como los sempiternos problemas de los alojamientos y de la falta de dinero para su mantenimiento. De todo ese conjunto de ordenanzas destacan las de 1554, por cuanto serán la base de las posteriores de 1573 y 1613, y porque regularán de forma exhaustiva tanto su organización como los métodos administrativos y económicos para el control del gasto militar. Se completa este apartado con el análisis de los cuerpos encargados de la seguridad del rey, las Guardias Reales, y con unas interesantes consideraciones sobre la desvinculación de las Órdenes Militares de su vieja obligación medieval de contribuir a la defensa de la monarquía que, en los tiempos modernos, en lugar de seguir prestando el servicio personal los caballeros de hábito quedó reducida a aportaciones económicas y a la formación episódica de algunas unidades militares.

La tercera parte del libro sale de las fronteras peninsulares para estudiar el mayor contingente militar que mantuvo la monarquía hispánica durante los siglos xvi y xvii: el ejército exterior. Siguiendo la misma estructura de análisis territorial, distingue los dos grandes ámbitos, Mediterráneo y Atlántico, en los que los Tercios de la monarquía his-

pánica intervinieron. En el primero diferencia dos escenarios, el Norte de África y Milán, con dos problemáticas bien diferenciadas. De una parte, los enclaves norteafricanos que se erigen desde época de los Reyes Católicos en espacios vitales para el control del Mediterráneo en el conflicto permanente entre la Europa cristiana y el mundo musulmán. Desde los primeros momentos de su ocupación no pasarían de ser núcleos estratégicos costeros, pues el avance hacia el interior siempre se vio impedido por las propias dificultades que la monarquía tuvo para abastecerlos de víveres, hombres y pertrechos militares.

En los territorios italianos distingue entre Milán, el bastión meridional de Nápoles y Sicilia, más Cerdeña y los presidios de la Toscana. De todos ellos, sin lugar a dudas, Milán fue uno de los principales puntos estratégicos del eje del «Camino Español» que enlazaba el Mediterráneo con los Países Bajos, al tiempo que funcionó como «llave de Italia» para España ante cualquier tentativa para penetrar en la península desde el norte. Se trata sin duda de uno de los aspectos mejor conocidos de la historia militar de la España de los Austrias y sobre el que todos los historiadores han coincidido en resaltar su importancia estratégica que, por otro lado, tuvo como contrapartida, como han mostrado los recientes estudios de Davide Maffi, en la imposición de una fiscalidad elevada así como una intensa exacción de recursos humanos. En segundo nivel de relevancia estratégica se situaron los presidios de Toscana, en donde se pusieron en práctica desde mediados del siglo XVI los modernos sistemas de fortificación en bastiones para defender un territorio que debía ser pieza clave en la logística militar entre el norte y el sur de la península italiana y en la defensa frente al corso norteafricano. Menor importancia estratégica tuvieron Nápoles, Sicilia y Cerdeña, pero de los tres casos se nos detalla su organización militar y algunos acontecimientos claves como la guerra de Mesina.

El escenario atlántico, más allá de la caso puntual de las islas Canarias como enclave esencial para el tráfico americano, y del Franco Condado como lugar estratégico para el abastecimiento de los ejércitos que luchaban en los Países Bajos, el grueso del estudio en este ámbito se centra en la guerra de Flandes, la que denomina de forma muy expresiva como «el pozo sin fondo», por la cantidad de recursos humanos y económicos que consumió. Su recorrido por esta guerra va desde las campañas primeras del duque de Alba hasta los intentos finales para detener las ambiciones imperialistas de Luis XIV. Pero su estudio no se centra exclusivamente en los acontecimientos militares o en las características de la guerra sino que pone el acento en cuestiones tan fundamentales como fueron la logística, la organización administrativa, el papel desempeñado por las milicias de los Países Bajos católicos del sur, así como la financiación y el reclutamiento de hombres para una contienda bélica que absorbió durante largo tiempo ingentes recursos de la monarquía española.

Se completa este tercer gran bloque del libro con un estudio orgánico sobre el Tercio, un tema que generó numerosas confusiones hace años y que finalmente puso en claro el hispanista francés René Quatrefages. Con buen criterio plantea el estudio del «Tercio en reposo» y del «Tercio en acción», de tal modo que analiza desde el origen de la creación de esta unidad, su composición, organización, cadena de mando, estructura interna, efectivos y número de hombres y unidades, hasta las armas y las tácticas de combate. Particular interés tienen en este apartado las páginas dedicadas a la vida de los soldados, que se amplían luego en otro capítulo más adelante para mostrar su penosa existencia mientras sirvieron al rey de España.

La obra culmina con una cuarta parte que, bajo el título genérico de «los hombres», aborda tres aspectos fundamentales para la comprensión de la historia de los ejércitos de los Austrias: el reclutamiento, el fuero militar y la vida del soldado. Respecto a la pri-

mera problemática, el autor aborda las distintas formas de reclutamiento, tanto en el ejército regular como en las milicias, teniendo en cuenta que las unidades precisaron de forma permanente de soldados, no sólo en el momento de formación de los cuerpos sino para cubrir las bajas causadas por la guerra, las heridas y, sobre todo, por la desertión. El aumento de las necesidades de soldados corrió paralelo al descenso demográfico en Castilla en las últimas décadas del siglo XVI, de tal modo que la monarquía, cual hicieron otros estados europeos, acudió a la contratación de soldados extranjeros. El autor explica cómo la escasez de recursos humanos y la falta de voluntarios obligó a una diversificación de las formas de reclutamiento, pasando de modo progresivo de formas directas, por parte de la Corona, al «reclutamiento intermediario», denominación esta última acuñada por el profesor Thompson para definir las funciones asumidas en esta tarea, sobre todo desde los años cuarenta del siglo XVII, por municipios, reinos y nobles. El siguiente paso fue la privatización del reclutamiento, el recurso a asentistas particulares que aportaron hombres tanto para la formación de nuevos regimientos como para nutrir de soldados extranjeros los cuerpos de naciones que servían en los ejércitos de la monarquía hispánica. De todas estas formas de reclutamiento, Enrique Martínez Ruiz estudia sus implicaciones socioeconómicas, así como la función de la nobleza, tanto en las tareas de recluta como en su contribución personal, labores que se fueron diluyendo paulatinamente en la medida en que la guerra precisó de mayores recursos económicos y de mayor competencia técnica para su ejercicio.

El segundo tema de esta parte final de la obra se centra en el fuero. Sin duda, resulta acertada su individualización como un capítulo especial, por cuanto el fuero, o lo que es lo mismo el disfrute de un estatuto privilegiado especial, diferenciado de la jurisdicción civil ordinaria, fue uno de los principales atractivos de la vida militar, tanto para soldados como para oficiales. De hecho, se puede hablar incluso de «fueros», pues hubo diferencias jurídicas privativas según se tratase de soldados u oficiales y, a su vez, dentro de estos últimos en razón a los grados del escalafón. Desde su institucionalización como un derecho propio de la milicia, la existencia de una justicia militar especial provocó numerosos conflictos de competencias con la jurisdicción civil, pero al mismo tiempo tuvo una dimensión interna muy importante en la institución militar al establecer un sistema punitivo interno con severos castigos que eran sustanciados, primero por los capitanes de las compañías, luego por los auditores, y finalmente por el Consejo de Guerra, la más alta instancia judicial en materia militar. La obra concluye con un interesante capítulo dedicado a la vida cotidiana del soldado que viene a ser una notable ampliación de las páginas que dedica a esta misma cuestión en el apartado del Tercio. Ahora, nos presenta no sólo a los soldados que servían en el ejército exterior, sino a los soldados que lo hacían en los distintos frentes militares y núcleos defensivos de la monarquía. Esas páginas que describen, entre otros temas, el alistamiento, los alojamientos, la problemática de las pagas –siempre tardías y escasas– y la asistencia sanitaria, concluyen con una significativa interrogante en torno al hipotético horizonte de gloria que alentó a miles de hombres para hacer de la guerra su profesión.

Estamos pues ante una obra que ha de convertirse en referencia inexcusable en los estudios sobre historia militar e historia institucional de la España Moderna. Nada ha quedado en el tintero. De lo que no se ha podido escribir es sobre aquello que precisa aún de numerosas investigaciones de base en archivos. A mi juicio, aún siendo muchos los temas que restan aún por estudiar, algunos se me antojan como capitales. Me refiero a la historia social de los soldados y oficiales, al papel de la nobleza, a la movilidad social que generó la carrera de las armas, y a la financiación de la guerra. Pero eso es tarea para el futuro, para las jóvenes generaciones que con tanto anhelo «luchan en los archivos» por seguir desentrañando la historia ignota. Por el momento, todos los intere-

sados, historiadores o no, tienen ante sí un compendio de historia de los ejércitos de la monarquía hispánica que será norte y guía de conocimientos y de futuras investigaciones. En suma, una obra de referencia insustituible.

FRANCISCO ANDÚJAR CASTILLO

**MARZAL RODRÍGUEZ, Pascual. *Una historia sin justicia. Cátedra, política y magistratura en la vida de Mariano Gómez*, Prólogo de Mariano Peset. Universitat de València, 2009, 321 pp. ISBN 978-84-3707-652-2.**

«Personajes republicanos desconocidos». Así se titula el apartado de fondos fotográficos de la Biblioteca Nacional en el que se conserva el retrato de Mariano Gómez González que sirve de entrada a la monografía reseñada en estas líneas. En esa mera etiqueta ya se evidencian dos circunstancias que han podido determinar hasta el momento el análisis historiográfico. El bibliotecario que redactó el rótulo seguramente se dejó guiar por las habituales hagiografías histórico-políticas de la Segunda República, en las cuales solo hay hueco para las conocidas voces de Manuel Azaña, Niceto Alcalá-Zamora, José María Gil Robles y demás próceres de aquel período histórico. Pero en su rotulación acaso también pudiera pesar el sistemático y eficaz programa de extirpación, supresión o tergiversación de la memoria republicana llevado a cabo por el régimen franquista. Ambas determinaciones, instintivas e incorporadas como un acto reflejo y natural al quehacer de nuestro catalogador imaginario<sup>1</sup>, se podrían haber conjugado así para hundir en el olvido a un notorio personaje público de los años treinta, como lo fue Mariano Gómez, catedrático de derecho político, rector de la Universidad de Valencia, magistrado y presidente del Tribunal Supremo.

El texto que ponderamos se libera justamente de ambas constricciones. Por un lado, la sola circunstancia de dedicar un entero libro –excelentemente encuadernado, por cierto– a Mariano Gómez nos permite apreciar que su autor, Pascual Marzal, no se deja condicionar por las jerarquías y las preferencias establecidas por el saber jurídico actual, al que solo parecen interesar las aproximaciones reiteradas a unos mismos y célebres nombres<sup>2</sup>. Tanto es así, en tan cuidada estima se tiene lo pensado y vivido por este autor, que la presente monografía viene acompañada, en forma de «Apéndice documental» (pp. 227-301), no solo por una selección de cartas elocuentes, sino también por un escrito inédito de Mariano Gómez sobre historia política internacional: *La doctrina de Monroe* (1910), pp. 227-269. Y, por otro lado, desde el mismo título se nos aclara que el propósito consiste en restituir en lo posible la figura de un notable jurista sepultado en el olvido por un acto de iniquidad, pero entendiéndolo que tal restitución, junto a su calado ético, cuenta además con intenciones de afinamiento historiográfico, pues son frecuentes

<sup>1</sup> Resuena en este recurso retórico la lección de historiografía dada por VALLEJO, Jesús, en «Ejemplo del catalogador riguroso», *Penélope* 25 (2001), pp. 171-174.

<sup>2</sup> Sobre las circunstancias que conducen al estudio de juristas hasta el momento postergados, vid. MARTÍN, Sebastián «De la enseñanza a la ciencia del derecho. Biografía colectiva de juristas españoles (1857-1943)», *CIAN* 12/1 (2009), pp. 33-51. Tan determinantes resultan tales circunstancias, que el mismo Mariano Gómez, hasta el momento casi desconocido, ha sido también estudiado de forma simultánea por Pedro Pablo Miralles Sangro, «Al servicio de la Justicia y de la República». *Mariano Gómez (1883-1951)*, Dilex, Madrid, 2010.

los errores y deslices cometidos por los historiadores cuando se cruzan con la peculiar singladura de Mariano Gómez<sup>3</sup>.

Aparte de estas premisas, el libro que tratamos goza de algunos méritos debidos a la formación de su autor. Diríase incluso que el personaje biografiado, Mariano Gómez, no podía tener mejor biógrafo que Pascual Marzal, familiarizado con la historia local valenciana, experto en la magistratura española de los años treinta y, gracias a la impronta de su maestro Mariano Peset, buen conocedor de la historia universitaria<sup>4</sup>. Y es que la trayectoria profesional típica del académico del primer tercio del siglo veinte, las particularidades de la vida política y universitaria de la ciudad de Valencia durante ese mismo lapso y la política judicial republicana son tres líneas que convergen en el personaje estudiado, y su correcto conocimiento podría decirse que invitaba a dedicarle una completa biografía.

Una biografía que, en cualquier caso, se desembara de casi toda reflexión metodológica para acudir directamente a la reconstrucción de la vida profesional y la obra jurídica de Mariano Gómez. Los recursos empleados para acometerla son elementales, pero no por ello menos eficaces: ordenación cronológica, resumen brevísimo y valoración de sus obras, exposición y contextualización histórico-política de sus vivencias, enjuiciamiento moral y psicológico de la «personalidad» del jurista tratado.

Quizá en tales recursos residan algunas de las debilidades de nuestro libro. Una de ellas se refiere a la discutible pertinencia de entrar a valorar, en una biografía profesional, los aspectos más subjetivos de las decisiones del biografiado. Si, por la estructural limitación de las fuentes y el desconocimiento consiguiente de todas las circunstancias concurrentes, resulta difícil y comprometido juzgar actuaciones concretas de un agente histórico, mayor controversia pueden provocar las calificaciones psicológicas, los juicios de conciencia o la valoración de unas presuntas «cualidades humanas». Muestra de los sentimientos encontrados del biógrafo respecto de su objeto de estudio, el autor de la presente monografía, junto a elogios y reconocimientos que reflejan su afección al personaje, sugiere de forma reiterada a lo largo de sus páginas una consideración negativa y algo angosta de su ascensión profesional, entendida del mismo modo que la concibieron los depuradores de Mariano Gómez (p. 107), esto es, como evidencia no tanto del destino de un sujeto con talento sino de censurable arribismo, reprochable ambición y táctico oportunismo (p. ej., pp. 31-33, p. 98, p. 147 o p. 143, sobre la tensión entre sus ambiciones y sus «valores morales»). Pero, ¿es por necesidad, y en sí mismo,

<sup>3</sup> Como ejemplos de esta misma labor de recuperación de autores y obras olvidados en buena parte por el resultado de la guerra civil puede citarse la edición de textos de José María OTS CAPDEQUÍ al cuidado de Mariano PESET bajo el título *Obra dispersa*, Generalitat Valenciana, 1992, o la creciente atención prestada a Manuel Martínez Pedroso, catedrático de derecho político de la Universidad de Sevilla, político socialista y exiliado en México, a cuya trayectoria le van dedicando conferencias y estudios historiadores del derecho como ANTONIO MERCHÁN ÁLVAREZ –*vid.* «El profesor Manuel Martínez Pedroso: un jurista andaluz de la Segunda República», conferencia referida en <http://institucional.us.es/extension/MemoriaHistorica/programa.php>–o Manuel J. PÉLAEZ –*vid.* «La depuración política y universitaria de Manuel Martínez Pedroso (1936-1946), Catedrático de Derecho Político y diputado del Partido Socialista Obrero Español», consultable en [www.ciere.org](http://www.ciere.org)–.

<sup>4</sup> Basten tres títulos para acreditar estas líneas de investigación: «Perfil de los catedráticos de Leyes y Cánones en Valencia (1707-1733)», en *Anuario de Historia del Derecho español* 67 (1997), pp. 551-572; «Una polémica profesional: catedráticos y magistrados durante la II República», en Adela MORA (ed.), *La enseñanza del derecho en el siglo xx: homenaje a Mariano Peset*, Madrid, Dykinson, 2004; y *Magistratura y República: el Tribunal Supremo (1931-1939)*, Valencia, Ed. Práctica del Derecho, 2005.



un signo reprochable el no resignarse a ser «un ciudadano anónimo» y aspirar a las más altas cotas de la universidad, la política y la magistratura si se cuentan con las capacidades para lograrlo? ¿No deberán dirigirse más bien las críticas a los medios empleados para verificar dicha elevación? Y, colocados ya en los citados medios, ¿qué hay de inmoral en la búsqueda de «contactos, inclusiones e influencias» con la asistencia a «tertulias, charlas o veladas» (p. 32), que no eran sino espacios de socialización de la clase media ilustrada?

Otra de las debilidades indicadas alude a la práctica habitual de recuperar obras pasadas con la mera síntesis de sus contenidos. De cualquier forma, no puede sin más afirmarse que todo el relato de Marzal quede encerrado en la férrea unidad del autor y su obra<sup>5</sup>; antes al contrario, en nuestro libro son puestas constantemente en relación las ideas y actos de Mariano Gómez con los escenarios en que discurrió. Por eso precisamente, la mejor parte del texto, según se insistirá a continuación, es la dedicada a su labor judicial, concebida siempre como una trayectoria inscrita en el complejo campo de tensiones que fue la judicatura de los céleres años treinta. Pero, por la misma razón, el apartado más vulnerable es el que trata de su aportación como catedrático de derecho político, al no relacionarse debidamente con las contribuciones de otros autores coetáneos y, más en general, con la fase que estaba atravesando la disciplina por entonces.

Además de los elementales recursos expositivos antedichos –que están en la base de las debilidades mencionadas–, Marzal se sirve de una útil y precedente ordenación. Sabido es que en una sola vida individual se encierran muchas vidas particulares. Y cualquier tentativa biográfica, para ser completa, ha de recorrerlas todas<sup>6</sup>. En este caso, el aspecto más profesional de la vida de Mariano Gómez se dividió en tres vocaciones muy marcadas: la de estudioso universitario, la de político y la de juez. A cada una de ellas va dedicado un capítulo, y en cada uno de estos habremos de detenernos siquiera con brevedad.

Como he indicado, el apartado más frágil en mi opinión es el que aborda su cometido como catedrático. En él hay espacio para examinar sus obras y sus empeños más institucionales, desde la lucha por la autonomía universitaria al impulso que de sus esfuerzos obtuvo la colección de la biblioteca de la Universidad de Valencia. En este punto, los problemas se localizan, a mi juicio, en el comentario y análisis de sus textos doctrinales. Cuando un historiador tiene frente a sí un legajo o una obra pasada, ¿en qué ha de consistir su labor antes de ponerse a escribir? En primer lugar, y siempre a mi entender, en un trabajo de selección, discriminación e interpretación de lo historiográficamente relevante, que no tiene por qué ser ni lo más obvio ni lo más grandilocuente, pues la significación historiográfica muy bien puede palpar en hechos anecdóticos y acontecimientos en apariencia colaterales. Y tal labor selectiva, en segundo lugar, solo podrá ir afinándose con una comprensión cada vez más profunda y detallada del complejo contexto en que se produjo la fuente o texto consultado, entendiendo aquí que la

<sup>5</sup> La principal causa de la pobreza de los recorridos doxográficos, según Michel FOUCAULT, «¿Qué es un autor?» (1969), en Id., *Entre filosofía y literatura*, Barcelona, Paidós, 1999 (trad. Miguel MOREY), pp. 329-360. Sobre estas y otras disyuntivas metodológicas de la empresa biográfica, vid. Sebastián MARTÍN, «Dilemas metodológicos y percepción histórico-jurídica de la biografía del jurista»; en Esteban CONDE NARANJO (ed.), *Vidas por el derecho. Métodos, carreras e ideologías de juristas europeos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (en prensa).

<sup>6</sup> Cf. Pierre BOURDIEU, *La ilusión biográfica* (1986), Bolivia, Cuadernos Literarios, 1998 (trad. Adriana BLAJOS), y, como ejemplo de aplicación de esta premisa en el terreno de las biografías de juristas, vid. Roger MÜLLER, *Verwaltungsrecht als Wissenschaft. Fritz Fleiner 1867-1937*, Frankfurt a. M., Vittorio Klostermann, 2006.

categoría del contexto es flexible y graduable, es decir, que habrá que decidir en cada caso cuáles son las coyunturas y circunstancias que efectivamente iluminan la comprensión del documento o fuente en cuestión.

Pues bien, en lo que respecta al análisis de la obra jurídico-política de Mariano Gómez, creo que no se llevan a término ninguno de los dos requerimientos. Tanto la descripción de sus textos como la ilustración de sus avatares académicos acusa con demasiada frecuencia cierta superficialidad y, en ocasiones, la tendencia a incurrir en la reproducción de un mapa a escala 1:1. ¿Es históricamente significativo, por ejemplo, que los miembros de un tribunal de oposición se reúnan «el 18 de enero de 1915 para aprobar el cuestionario integrado por 130 temas» (p. 51)? ¿No es más exigente preguntarse en qué consistía ese régimen de oposiciones como sistema de cooptación profesional y en qué medida el profesor estudiado se ajustó a sus exigencias? Por otra parte, ¿cuenta con entidad historiográfica el número de páginas y apartados de un texto o el hecho de que su redacción sea «clara y sencilla»? ¿Basta para comentar una obra doctrinal con resumir los epígrafes, comprobar si tiene notas al pie y destacar las autoridades y fuentes utilizadas en su confección si de ello no se extraen conclusiones ulteriores?

En mi opinión, estas descripciones exteriores e incompletas impiden apreciar tanto la dimensión general de los asuntos tratados por un autor como su aportación particular a un debate; extremos, ambos, igual de necesarios para la historia intelectual. La tesis doctoral de Mariano Gómez sobre las fuentes del derecho, sucintamente examinada en pp. 41-43, ¿no hubiese quedado más cabalmente expuesta con una mínima reconstrucción del intenso debate sobre dicho asunto producido a todavía pocos años de la codificación? Su estudio crítico sobre la penetración española en Marruecos (pp. 46-48), en lugar de indicando las «partes» de que se compone y los temas tratados en cada una de ellas, ¿no sería más transparente para el lector si se hubiesen analizado dichos temas en relación a la política internacional española y a los axiomas del saber internacionalista de aquel momento? Su manual de derecho político y, por extensión, su concreta posición dentro del campo del derecho público español, ¿no se habrían comprendido mejor si se hubiese intentado relacionar su aporte jurídico-político con las obras y trayectorias de otros profesores de derecho político contemporáneos a Mariano Gómez? De haberse procedido así, al menos se habría evitado algún error de cierta entidad, como el de confundir a un inexistente Juan Alberto «Sardón» con Juan Alberto *Jardón* y Santa Eulalia, ayudante de Adolfo Posada en la Comisión de Reformas Sociales, catedrático de la materia en la Universidad de Sevilla, experto en el pensamiento jurídico católico español y primer receptor (crítico) de las ideas solidaristas de León Duguit en la academia española<sup>7</sup>.

Al examen de su vida como jurista sucede el estudio de su acendrada vocación política. A partir de aquí, el tono de la exposición gana espesor y el perfil de Mariano Gómez queda impecablemente delineado. Mucho tiene que ver en ello el considerable y variado soporte documental en que se apoya nuestro libro. Artículos de prensa, epistolarios, memorias, diarios, autobiografías, fondos personales, archivos judiciales, documentos universitarios y hasta fuentes orales son utilizados con el fin de esclarecer todas las dedicaciones e inclinaciones de aquel jurista. En el caso de las políticas, el lector

<sup>7</sup> Vid. *La filosofía política del Renacimiento en España*, Madrid, PÉREZ CABALLERO, A., 1913 y *Las teorías políticas de Duguit*, Madrid, Reus, 1919. Ello habría además evitado el escándalo y la incompreensión por el hecho de que «Posada» optase en la oposición por un «desconocido Juan Alberto Sardón», que no prosiguió su «carrera académica» ni escribió «obra doctrinal alguna» (p. 51, n. 72).

encontrará cumplida narración de sus actividades al frente del Ateneo Mercantil de Valencia, su inscripción en «las viejas rivalidades entre grupos de poder de la sociedad valenciana» (p. 96), su activa y costosa oposición civil a la dictadura de Primo, su participación en la «implantación pacífica» de la República, su contribución a la posterior organización del «republicanismo conservador» de aquella región y su ulterior fracaso electoral.

Con el repaso de sus obras más periodísticas, Marzal rastrea además los diferentes aspectos de su «ideal político» regeneracionista. Es en este asunto donde mayor perplejidad puede experimentar el lector, al contemplar a un personaje de derechas pero que se declara a sí mismo socialista (p. 28) y ensalza las doctrinas izquierdistas (p. 131), católico pero que ofrece una visión harto reveladora de la quema de conventos (p. 131, n. 271) y miembro al mismo tiempo de la «Derecha Liberal Republicana» y de la «Alianza de Izquierdas Antidinásticas» (p. 121). ¿Qué significaba entonces a la altura de 1931 ser conservador, de derechas y cristiano, como se supone lo era Mariano Gómez? Aunque este asunto sobre la profesión de creencia conservadora en los años treinta no quede tematizado expresamente, muchas son las conclusiones que sobre él permite extraer el volumen de Marzal.

Como abundantes son las reflexiones que suscita el capítulo dedicado a la tarea judicial, el mejor de todos según mi opinión, pues en él se documentan extensa y detalladamente tanto el campo judicial de la República como la posición que tuvo y los movimientos que en él hizo Mariano Gómez. Es aquí cuando se constata la decisiva relevancia institucional del personaje, primer presidente civil de la sala castrense del Supremo y máxima autoridad judicial republicana durante la conflagración. Tal relevancia se debió en buena parte a su destacada presencia en procesos determinantes para el curso mismo de la República –desde el incoado contra el general Sanjurjo por su frustrado golpe (pp. 153 y ss.) hasta los improvisados a principios del enfrentamiento bélico para frenar la justicia privada (pp. 170 y ss.)–, pero también a su presidencia del Tribunal Supremo en un momento, el de la guerra civil, en que éste asumió numerosas y crecidas competencias de calado consultivo y hasta legislativo (p. 188).

Como no podía ser de otra forma, es igualmente en esta parte donde se toma contacto con las aportaciones más distintivas del autor –como la «Sala de Equidad» instaurada a iniciativa suya en el Supremo (p. 197)– y con las vicisitudes más espinosas que hubo de atravesar un Mariano Gómez al frente de tribunales populares, responsable último de una justicia bélica y entregado a una causa que pronto se supo fracasada. Las páginas de Marzal nos ilustran así sobre episodios decisivos y moralmente muy problemáticos de la vida de su biografiado, ya sea el proceso que sentenció contra el político conservador Salazar Alonso o bien el chantaje recibido del exministro anarquista de justicia García Oliver para que no impulsase una comprometida reforma judicial. Aunque con persistente tendencia a considerar como fruto de la ambición, la oportunidad y el cálculo lo que acaso fuese consecuencia exclusiva de un sentido y riguroso compromiso ético-político, el autor sopesa en este caso con ponderación las más delicadas intervenciones de su biografiado hasta llegar a una sentencia exculpatoria no exenta de justas observaciones críticas (p. 175, p. 181).

Y, en fin, es también en este capítulo judicial cuando las peripecias del sujeto biografiado nos sirven ya de canal para comprender fenómenos de índole más profunda y general, como las arraigadas concomitancias entre el poder ejecutivo y el judicial, la sobrevenida desafección institucional de ciertos colectivos derechistas, la inevitable

dimensión política de la labor jurisprudencial, los entresijos de la justicia en guerra<sup>8</sup> o la impracticable preservación de las estructuras estatales en la zona republicana desde julio de 1936.

El epílogo, por último, permite asimismo aproximarnos al doloroso desarraigo del exilio a través de un Mariano Gómez desahuciado, desengañado e intelectualmente paralizado<sup>9</sup>. Con ello se muestra la profunda injusticia que fue infligida sobre numerosas personas por motivos ideológicos. Y es esta injusticia la que el ejercicio de la historia como memoria pretende al menos contribuir a reparar. Bienvenidos sean, pues, libros como *Una historia sin justicia*, que ayudan a ir logrando ese noble fin al paso que rescatan para el saber jurídico las reveladoras experiencias de sus más inmediatos antepasados.

SEBASTIÁN MARTÍN

**MASFERRER DOMINGO, Aniceto.** *La inhabilitación y suspensión del ejercicio de la función pública en la tradición penal anglosajona. Especial consideración al derecho francés, alemán, español, inglés y norteamericano.* Ministerio del Interior, Madrid, 2009. 484 pp. ISBN 978-84-8150-287-9

El estudio de la pena de infamia en España y su correspondiente publicación (2001), ha servido al profesor Masferrer, titular de la Universidad de Valencia, para hilvanar aquella investigación que fue objeto de su tesis doctoral con el pormenorizado estudio de otras dos penas que, a pesar de su relevancia práctica, no han tenido hasta ahora una dedicación destacada ni en la doctrina ni tampoco han merecido una dedicación notoria en la investigación histórico-jurídica. De esta manera, este ilustre historiador del derecho nos sorprende ahora con un extenso trabajo titulado «La inhabilitación y suspensión del ejercicio de la función pública en la tradición penal europea y anglosajona» que, publicado este año 2009, consiguió el primer accésit del Premio nacional Victoria Kent 2008.

La obra del profesor Masferrer es un trabajo concienzudo, fruto de su pelea continuada con los textos legales, los doctrinales y con los de aplicación del derecho. Se trata, pues, de un estudio complejo, de dificultosa realización, que desde el principio nos enfrenta a un método de estudio poco utilizado entre los historiadores del derecho (salvo honrosas excepciones), pues exige abordar el conocimiento de unas normas sancionadoras desde una óptica verdaderamente original que constituye en sí misma un reto. Se trata del análisis del derecho penal histórico desde una perspectiva comparada que,

<sup>8</sup> Tema sobre el que puede verse la obra de Raúl C. CANCIO FERNÁNDEZ, *Guerra civil y tribunales: de los jurados populares a la justicia franquista (1936-1939)*, Cáceres, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, 2007.

<sup>9</sup> Es llamativo el número de atractivos títulos que Mariano GÓMEZ decía tener ultimados en esas fechas y que nunca llevó a la imprenta. A la lista de publicaciones en el exilio que MARZAL facilita, cabría añadir algún texto más, como sus artículos en la revista argentina *La Ley* sobre «La Magistratura y los nuevos recursos de «plena jurisdicción» y de «ilegitimidad»» publicados en los tomos 20 y 21, correspondientes a los años 1940 y 1941, a los que tengo acceso gracias a la gentileza del buen colega Alejandro Agüero.

superando el plano estrictamente nacional, se adentra en las semejanzas, paralelismos y contradicciones que se han producido en diferentes países a lo largo de la historia cuando en ellos se ha pretendido regular la imposición de dos penas concretas: la inhabilitación y la suspensión en el ejercicio de la función pública. Es decir, en otras palabras, cuando se ha planteado la imposición de dichas sanciones, ¿cuál ha sido la solución que el legislador ha elegido en los países de nuestro ámbito cultural actual? Ya sea en Francia, en Alemania, en Inglaterra o en los Estados Unidos, ¿se han regulado estas sanciones de la misma manera que en España? ¿Cómo se ha reflejado en las leyes? ¿Qué evolución ha tenido la regulación jurídica en cada uno de ellos? ¿Se ha partido de los mismos principios? ¿A qué conclusiones se ha llegado? ¿Cuál ha sido la discusión doctrinal por excelencia que ha prevalecido a la hora de imponer unas u otras penas en los mencionados países? Y finalmente, ¿cómo se han aplicado estas penas por los diferentes tribunales a lo largo de la historia?

Naturalmente, con ser de por sí un objetivo dificultoso, ésta no es la esencia del estudio, si bien pudiera parecer suficiente a primera vista. Y no lo es porque el profesor Masferrer ha estimado que abordar con tales limitaciones el trabajo conduciría sin remedio a una investigación meramente descriptiva de las normas que se han dictado sobre la materia y de la doctrina jurídica que ha servido al legislador para sustentar su declaración de voluntad. Al contrario, el profesor Masferrer ha optado por explicar las razones que han conducido a las divergencias en el tratamiento de estas penas. Entiende con Ortega que en la historia, «es el descubrimiento del porqué todavía más ineludible incluso que en física ya que no sólo el historiar es, a fuer de conocimiento, pesquisa de por qué las cosas son como son, sino que lo historiado, lo conocido, la cosa misma que de ella habla está hecha de porqués». Desentrañar los porqués de las disimilitudes que nuestro autor descubre en las diferentes legislaciones y promover una futura transformación de la legislación en este campo tan específico es el objeto de esta obra que el lector dispone desde ahora.

Con este ambicioso objetivo, el estudio da comienzo con una primera parte que, titulada «las penas inhabilitantes en el derecho anterior a la codificación», analiza el derecho penal del Antiguo Régimen en Castilla y Cataluña tomando como punto de referencia fundamental la Novísima Recopilación y la tercera Recopilación catalana. En estos textos se recogen tres tipos de penas: la privación del oficio público, la inhabilitación, relacionadas ambas con la pena de infamia, y la suspensión. Cuestión que el autor elude es el grado de aplicación de las normas en esta cuestión pues, en su opinión, es probable que los delitos que promovían la imposición de tales penas, salvo en casos graves, quedaran impunes, pues la responsabilidad era exigida por el propio Rey que era el que había designado al oficial convicto (p. 54).

La segunda parte de la obra, su primer capítulo se centra en el estudio comparado de las penas de suspensión e inhabilitación para el ejercicio de la función pública en el derecho francés y el belga durante la etapa codificadora. En relación con el primero, Masferrer se enfrenta con el estudio del Código Penal de 1791 y al napoleónico de 1810, textos que transforman el derecho criminal del absolutismo, planteando el autor la escasa utilidad del dilema doctrinal sobre la reforma o la ruptura que tales textos pudieron suponer. Será en esta última norma donde, a pesar de su mayor rigor represivo, la pena de inhabilitación para el ejercicio de la función pública deja ya de tener carácter infamante.

Finalmente, estudia la reforma de 1832 que introdujo la detención dentro de las penas aflictivas e infamantes, —desaparece la picota—, al tiempo que suprimía las penas de marca y confiscación de bienes. Después de ocuparse en las posiciones propuestas por la doctrina francesa en torno a las penas «inhabilitantes» y su conveniencia dentro del sistema punitivo francés, se enfrenta nuestro autor con el estudio de la codificación

belga, en buena medida deudora de la francesa al haber regido el *Code penal* napoleónico en aquel país desde 1811 hasta 1867.

En el capítulo II de esta segunda parte aborda la obra el estudio de las «penas inhabilitantes» en la codificación penal alemana en la que se conciben como sanciones accesorias de penas principales como la de presidio, tendencia que ya se apreciaba en el siglo XVIII. No obstante, la tarea codificadora alemana se verá notablemente influenciada por el Código francés de 1810 tanto en el Código penal bávaro de 1813 como en el prusiano de 1851 en el que las «penas inhabilitantes» quedan eliminadas como autónomas, manteniéndose excepcionalmente ese carácter tan sólo la inhabilitación para la función pública, otorgando a tales sanciones un carácter infamante que recuerda el sistema ya superado de las *Ehrenstrafen* («penas contra el honor»), más propias del Antiguo Régimen.

La reforma de 1871, en la que se publica el Código Penal del Imperio, perfecciona el carácter accesorio de estas penas, destacando su dependencia de la pérdida de los derechos civiles así como su imposición cuando la pena principal sea la de muerte o la de presidio. La evolución criticable de estas sanciones que se edifica en una época tan tardía, según destaca el autor, se debe no tanto a su naturaleza jurídica accesorio, sino a que se conciban como una consecuencia de la pérdida de los derechos civiles y, aún sin llegar a constituir la muerte civil, se sigan considerando como penas infamantes (p. 139).

Entre 1871 y 1969 son escasas y de poca profundidad las reformas legales relativas a la inhabilitación para el ejercicio de la función pública remarcando su introducción como consecuencia o efecto accesorio de la pena principal. Todo ello a pesar de que los diferentes Códigos alemanes no se habían ocupado de regular con precisión una cuestión tan trascendental como la duración de las penas de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, asunto que debía resolver el juez en la misma sentencia de cada caso concreto (p. 183).

En el capítulo III, Masferrer analiza la evolución de estas penas en la codificación española subrayando la relevancia del Código penal de 1848 que, al no reconocer ninguna pena infamante, supondrá una renovación cualitativa que llegará hasta nuestros días. Sólo el Código de 1928 introducirá una modificación notable cuando suprima el carácter perpetuo de las penas inhabilitantes, transformación que se verá reducida cuando el propio texto prescriba la imposición de tales sanciones aplicando tanto el principio de legalidad como el arbitrio del tribunal sancionador. El Código penal de 1932 y el de 1944 recogerán la modificación del texto de 1928 citada, pero no admitirán en modo alguno que la imposición de estas penas dependa del acuerdo del juez que sentencie la causa. Más tarde, el Código penal de 1973 y la reforma de 1995 permanecerán, en líneas generales, fieles a la tradición recibida del texto de 1848.

El autor, al tratar de la opinión de la doctrina acerca de las penas de suspensión e inhabilitación no tiene más remedio que asumir la escasa trascendencia que los comentaristas les otorgaron, inclinándose la mayor parte de los autores por aceptar la regulación del texto de 1848 por consagrar una práctica que además de racional era antigua. Sólo González Serrano critica la imposición de «penas inhabilitantes» como accesorio de otras sanciones por entender que hasta los propios tribunales «olvidaban» de imponerlas, especialmente cuando se trataba de causas relacionadas con el ejercicio de actividades políticas, dándose el caso de que en más de una ocasión se sentaban diputados electos condenados a la pena de inhabilitación porque el Gobierno de turno era tolerante. Si esta es la práctica real, más vale, concluía este jurista citado por Masferrer, suprimir del Código penal penas que luego no se aplican (p. 274).

Finalmente, el autor estudia la imposición de estas penas por los tribunales españoles, en particular las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo, reseñando cómo a partir del Código de 1870 la jurisprudencia no concretaba en todos los supuestos los

cargos a los que alcanzaba la inhabilitación, refugiándose en muchas ocasiones en fórmulas ambiguas. Y cómo es a partir de 1942 cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece por vez primera que los juzgadores especifiquen expresamente los cargos o empleos públicos a cuya privación se condena al reo, decisión que luego la propia práctica de los tribunales se encargaría de incumplir.

Dada esta realidad y como colofón a este capítulo, el autor propone la necesidad de una serie de reformas que son, entre otras, la supresión de las penas inhabilitantes como accesorias, aplicándolas únicamente cuando así lo determine la ley para una acción anti-jurídica; la ampliación de la pena de suspensión en los delitos de menor gravedad y la búsqueda del fin correctivo y resocializador de estas penas de forma que la inhabilitación o la incapacitación legal se restrinja a determinados puestos de trabajo (p. 316).

La tercera parte del libro es la destinada al análisis de estas penas en la tradición criminal anglosajona donde Masferrer comienza por destacar la indiferencia con que estas cuestiones son tratadas por los juristas ingleses hasta el punto de poderse afirmar que las inhabilitaciones nunca formaron parte de su sistema punitivo. Al contrario de lo que ocurre en América, donde su doctrina ha mostrado por ellas un interés mucho mayor en los últimos años.

La obra del profesor Masferrer resulta, como se ha reseñado al comienzo de estas líneas, un trabajo complejo pues, en nuestra opinión, inaugura en buena medida un método de trabajo al que no estamos habituados. El estudio del derecho comparado, con las complicaciones que esa opción conlleva, tiene como fruto un libro denso, de difícil lectura, ya que exige conocer no sólo la historia del derecho hispano, sino también la de los países de nuestro entorno cultural, Francia, Inglaterra, Alemania y Estados Unidos.

Si escribir esta obra ha requerido un enorme esfuerzo también su autor ha debido asumir una serie de renunciaciones que, sin duda, lastran la eficacia de la misma. En particular se añora la ausencia de un referente histórico capaz de suavizar la excesiva concentración de elementos jurídicos y, al tiempo, de servir de hilo conductor a toda la narración. De la manera con que está expuesto se puede tener la sensación de la existencia real de una autonomía del Derecho que sabemos que el autor no comparte. Por otro lado, la primera parte en la que se tratan las penas inhabilitantes en el derecho anterior a la codificación, solicita un tratamiento semejante cuando se habla del derecho de otras naciones. Es evidente que tal posibilidad no es viable por la especialidad del trabajo. Pero no por ello queda de manifiesto un cierto desequilibrio. Tal vez ello habría supuesto otorgar al trabajo una extensión desmedida y acaso inviable en el supuesto de mantener el rigor escrupuloso que el autor pretende y consigue. Razón por la que lograr un cierto equilibrio hubiera hecho bueno el adagio de que «elegir es prescindir».

No obstante, la obra del profesor Masferrer ve cumplidas las expectativas del jurista más exigente, no solo por su claridad expositora, sino por la precisión conceptual de sus contenidos, rigor que resulta enriquecido por el empleo del método comparativo que pone en evidencia las diferencias y similitudes existentes no sólo entre diversos ordenamientos jurídico-penales de la tradición continental o europea, sino también entre los dos más relevantes de la tradición del *Common law* (Inglaterra y Estados Unidos).

En definitiva, estamos ante una obra brillante que refleja el tesón y el coraje de su autor para enfrentarse a un trabajo tan interesante como denso, tan concienzudo como complejo. Dificultades de las que sale airoso cumpliendo plenamente su objetivo principal: el análisis de las divergencias de las penas inhabilitantes en el contexto histórico-jurídico de nuestro entorno en la época de la codificación.

JUAN SAINZ GUERRA

**MIQUEL, J. *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente derecho español*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, Studia Albornotiana, XCVII, 2009, 344 pp. ISBN 978-84-613-3932-7**

En Noviembre de 2008 el profesor Juan Miquel estaba gozando de una beca Humboldt en Munich. La muerte le sorprendió en «acto de servicio», estudiando y lleno de ilusión. Durante la primavera anterior había dictado un curso de «Derecho comparado» en la Universidad Pompeu Fabra y había comentado varias veces con satisfacción a sus alumnos que estaba preparando la edición de un trabajo que había confeccionado en los años sesenta.

El libro que aquí se recensiona se corresponde con la edición de ese trabajo, complementada con algunos estudios que profesor Miquel había publicado en los últimos años. Por su particular valor intelectual y sentimental, este libro póstumo resulta difícil de comentar, y más aún a quienes le conocimos y ahora le añoramos, si bien resulta una obligación –tan triste como grata– hacerse eco de su publicación en los medios especializados.

En el *Anuario de Historia del Derecho Español* publicó el profesor Miquel algunos de sus primeros trabajos: su tesis «El rango hipotecario en el derecho romano clásico» (1959) y «La doctrina de la causa de la tradición en los juristas bizantinos» (1961). Es algo más que una mera coincidencia el que en esta revista se reseñe ahora una obra escrita en la misma época en la que aparecieron estos dos artículos. Juan Miquel decía, no sin sorna, que dado que la *ciencia civilística* no había avanzado tanto en los últimos cuarenta años, podía publicarse sin retoque alguno su trabajo. Esta reflexión, que puede hacer pensar a más de uno, queda patente en el prólogo que el profesor Miquel escribió para esta obra.

Ciertamente, el trabajo exhibía ya algunos de los rasgos más atractivos y sobresalientes de la obra intelectual de Juan Miquel: la vocación interdisciplinar, el gusto por la historia del pensamiento y de las instituciones jurídicas, y la claridad expositiva. La factura de su estudio es aparentemente clásica: la historia de los conceptos jurídicos precede al estudio dogmático. Sin embargo, la labor de este profesor no es una mera recreación vacua sobre las fuentes romanas para mostrar las raíces romanísticas de una institución civil. Al contrario, como romanista consagrado y jurista de fuste, Juan Miquel acudía al derecho romano para iluminar la comprensión de las instituciones contemporáneas del derecho civil. De esa forma no sólo mostraba la deuda de la civilística con la romanística (de carácter ideológico y legitimador), sino la historicidad del propio derecho, de manera que los problemas conceptuales del derecho actual tienen unas raíces en cuestiones jurídicas ya dirimidas en el pasado.

Para el autor del libro no existía ninguna separación entre el derecho romano y el derecho civil actual si se sabían engarzar correctamente a través de la historia del derecho. El estudio de las interpolaciones, giros, matices lingüísticos etc., no son, como pudieran parecer *a priori*, recreaciones eruditas sino recopilaciones de indicios que sirven para seguir el *iter* de cada una de las instituciones. Con ello Miquel afirmaba la vigencia de la romanística para desentrañar el alcance de los conceptos e instituciones del derecho positivo.

El profesor Miquel sabía estudiar los problemas con la perspectiva de las grandes aves, que sobrevuelan los muros y barreras de contención que intentan atrincherar el conocimiento. La denuncia explícita de la falta de comunicación entre las áreas es algo que ya estaba patente en el trabajo de 1962, y es algo que preocupó profundamente al



autor desde aquel momento, como puede verse en las obras que se adjuntan en el libro. Ese rigor lógico y esa profunda preocupación lingüística son los rasgos que, como indica el profesor Heinrich Hosell en el prólogo del libro, caracterizan a la obra del profesor Juan Miquel. Esa perspectiva interdisciplinar es, por añadidura, el *plus* que caracteriza a los grandes estudiosos, y esta obra temprana no hace sino confirmar la clarividencia de su autor, corroborada con creces en estudios ulteriores.

La tesis principal que se defiende en su trabajo era que si se estudian la causa de la tradición, el título de la usucapión, la causa de la posesión y el título en la teoría del título y del modo por separado, no pueden verse las conexiones que existen entre sí. Para ver los ligámenes, debe dejarse la dogmática civilística del derecho positivo de cada país –en este caso, la española– y debe rastrearse su origen en el derecho romano y en su evolución histórica.

Para el profesor Miquel a medida que se estudia la *iusta causa traditionis* en las fuentes, en la doctrina y en las legislaciones de derecho clásico, posclásico y justiniano, bizantino, en los glosadores y en la obra de Savigny el problema parece perfilarse mejor, de suerte que la posible inconexión en el derecho español resulta más del desconocimiento de las fuentes clásicas y de su itinerario histórico, que de la dificultad hermenéutica de desentrañar lingüísticamente el sentido.

El segundo capítulo hace lo mismo con el título de la usucapión, y se recorre el mismo itinerario histórico que en la *iusta causa traditionis*. El tercer capítulo no es más que la conclusión lógica e histórica del camino anterior: en él se examinan por separado la causa de la posesión, la causa de la tradición y el título de la usucapión. Las conclusiones que extrae Miquel muestran que «la causa de la posesión es un concepto amplio, que abraza tanto la causa de la tradición como el título de la usucapión, sirviendo para cualificar un tipo de posesión, que en el Derecho romano clásico se llama posesión en concepto de dueño y que en el Derecho romano clásico se llamaba *possessio civilis*» (p. 185). De esta conclusión, y siempre desde un punto de vista lógico, el autor concluye con otros corolarios que permiten entender mejor la naturaleza y las conexiones entre estas instituciones.

Desde el punto de vista de la historia del derecho, tal vez los trabajos que acompañan al principal tienen un interés aún mayor. En concreto, su artículo «Deo Auctore: Legittimità e legittimazione del potere nell'Europa dell'Alto Medioevo», incluido en el volumen *Tradizione romanistica e Costituzione*, es un trabajo de gran calado histórico, que permite entender la «legitimación» que se arrogó Justiniano para legislar en nombre de Dios. El profesor Miquel parte de la exégesis de las palabras que se encuentran al inicio del Digesto «*Deo auctore nostrum gubernantes imperium, quod nobis a divina maiestate traditum est*» para mostrar la relación entre la teocracia de Justiniano y su transmisión como clave jurídica para la legitimación de la teocracia de la Santa Sede a partir de Gregorio Magno.

Otro trabajo de gran interés iushistórico es el titulado «Savigny y el nacimiento del contrato real abstracto: historia del texto e historia de las estructuras dogmáticas», en la que explica, a partir de la transmisión histórica del Palimpsesto de Verona, los problemas hermenéuticos que tuvo Savigny. Este trabajo está muy relacionado con el tema de los errores mecánicos en la transmisión textual, una preocupación constante en la obra intelectual del profesor Miquel.

El resto de los trabajos que acompañan a *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente derecho español* tienen mucho mayor interés para la civilística y para los estudiosos del derecho romano privado que para la historia del derecho. Todos ellos ya habían sido publicados previamente: ««*Iusta causa traditionis*» y «*Iusta causa usucapiendi*» en las Instituciones de Gayo», «*Exceptio rei voluntate eius venditae*

(Ulp. 16 AD ED) D 6, 2, 14», «Eigentumsübertragung im Recht des spanischen Código Civil», «Compraventa y transmisión de la propiedad», «La antítesis *usucapio pro emptore/usucapio pro soluto*» y «*Traditio rei alienae voluntate domini*», y todos ellos, como recuerda Jorge Miquel en las páginas preliminares, tienen en ese trabajo de 1962 «el tronco del que salieron esos otros trabajos que crecieron como ramas fuertes, y que sirvieron de semilla y cobijaron también los trabajos de sus discípulos» (pp. 10-11).

El libro, a la postre, ha resultado un homenaje póstumo al autor. En el prólogo, el autor encabeza su reflexión escribiendo «habent sua fata libelli». Los hados han propiciado que el texto con el que el Juan Miquel quería acceder a la Universidad se publicase después de su muerte. En cierta manera, esta obra permite revivir su vida y su trayectoria intelectual después de cuarenta y cinco años de su estancia en el Real Colegio de España en Bolonia. La prestigiosa colección *Studia Albortotiana*, dirigida por Evelio Verdura y Tuells, ha albergado el libro del joven profesor Miquel: quedaba así saldada una deuda intelectual contraída en sus primeros años de estudio. Así nos gusta recordarlo a todos, joven de espíritu y fecundo en nuevas ideas. Este volumen ayudará a mantener esa imagen en nuestra memoria.

RAFAEL RAMIS BARCELÓ

**OBARRIO MORENO, Juan Alfredo.** *La preterición en el ámbito del ius commune: los comentarios de Tomás Cerdán de Tallada al Fuero Declaran. Estudio, traducción y transcripción, Dykinson, S.L., Madrid, 2009, 388 pp. ISBN 978-84-9849-452-5*

Nuevo trabajo del profesor Juan A. Obarrio, uno más fruto de su continua e incansable investigación jurídica. Una monografía rigurosa, que responde a un doble objetivo del propio autor, por dos razones dispares y de distinta naturaleza pero íntimamente relacionadas, estrechamente vinculadas en el estudio del derecho romano: para reivindicar el estudio del latín en un momento de plena decadencia de su enseñanza, pero de indudable necesidad para conocer todo lo romanista; y para profundizar en el conocimiento del Derecho romano a través de uno de los máximos exponentes de la doctrina jurídica valenciana del s. XVI, la obra que da título a esta obra de Tomás Cerdán.

Esa doble tarea culmina con la transcripción, la traducción simultánea y el estudio de los *Comentarios* del jurista Tomás Cerdán de Tallada al fuero valenciano *Declarans*, concedido por el rey Martí en 1403 (para aclarar otro anterior de Pedro II), y relativo a la preterición de los hijos de un primer matrimonio mediante el recurso a falsedades «por instigaciones y habladurías propias de madrastras» (como señala el propio Cerdán justificando a su vez su obra).

Una edición destinada fundamentalmente a los juristas, para hacer comprensible a sus lectores el texto que se transcribe, desarrollando y ampliando sus citas del derecho foral de Valencia y del *Corpus Iuris Civilis*, sus fuentes principales, así como de la literatura jurídica valenciana y de otros autores coetáneos de otros territorios, en una ingente labor de localización y descripción de fuentes. Buscando aquellas expresiones y giros verbales que pueden facilitar su lectura, y realizando una traducción fidedigna del texto de Cerdán. Incluso se señalan las erratas detectadas.

En cualquier caso esta monografía es el resultado de un completo y complejo estudio que Obarrio desarrolla brillantemente, con un muy completo estudio introductorio, elaborado en dos amplios capítulos en los que describe con sumo detalle las características y el contenido de la obra de Cerdán.

En una primera parte de su trabajo, Obarrio describe la estructura formal del documento que transcribe; y constata que el jurista en su obra sigue la misma sistemática de los glosadores en el examen de textos jurídicos: estudio filológico de las distintas voces de la norma que se estudia; luego procede a su análisis lógico (según el método escolástico); divide la norma que se estudia en distintos párrafos para una mejor comprensión; después se introduce un resumen de la ley o norma que se examina (*expositio litterae*); expuestas las partes que integran el comentario, se desarrollan los distintos supuestos teórico-prácticos en que se puede ver circunscrito el correspondiente precepto foral; a continuación se desarrollan las *quaestiones* (dudas y soluciones en la aplicación de la norma); en otra parte el autor suscribe una solución, la que considera más apropiada al caso (señalando aún opiniones contrarias a la suya y otras concordantes, sin olvidar las fuentes legales y doctrinales de aplicación); y finalmente el comentario culmina con una conclusión sobre la aplicación del derecho foral y un breve epílogo.

Una estructura formal interna de la obra de Cerdán dentro del marco general del *ius commune*, especialmente de los textos justinianos (Código, Digesto e Instituciones), y del *Corpus Iuris Canonici* (aunque en este caso en menor grado). En esta introducción Obarrio incluso relaciona los autores que Cerdán cita en sus Comentarios (una larga lista de autores romanos, glosadores y comentaristas, y otros juristas franceses y castellanos hasta el s. XVI).

En el segundo capítulo de la introducción, bajo el título de *Quaestiones forenses*, Obarrio analiza el proemio de los *Comentarios* con el que Cerdán se refiere a la finalidad y estructura del fuero que estudia, e incluso alude él mismo a la dificultad que entraña su análisis; y decide dividir su obra en cuatro partes relativas a: la preterición de los hijos, la sucesión a favor de un heredero ajeno cuando hubiera quedado preterido el hijo, el suplemento de legítima a favor del hijo preterido si la cuota del heredero extraño no era suficiente para alcanzar su legítima, y la reversión al caudal hereditario de la cuota del extraño que adquiere el hijo preterido (para ya dividirla entre los hijos del testador).

Ya para desarrollar su estudio, Cerdán, después de datar el fuero y siguiendo a Azón, expone sus distintas acepciones (mercado, cesión a acreedores, territorio o distrito, cubierta de las naves, y derecho), y delimita el término a su ámbito jurídico. Aun así, refiere como fuero es la denominación que en definitiva, el rey Jaume I introdujo para designar las leyes del reino valenciano. A partir de aquí, el jurista se adentra en el estudio de la figura del rey soberano y legislador (mediante las formulas: *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator, potestas legis condendae, fori sunt ius commune istius regni Valentiae*).

Como Obarrio expone, Cerdán defiende la importancia y trascendencia de la literatura jurídica como fuente de interpretación fundamental del derecho, como una vía para dar solución jurídica a las cuestiones que la práctica forense planteaba y que el Ordenamiento foral no contemplaba. Un criterio contrario a la concepción imperante de prohibir toda interpretación del *ius proprium*; pero la doctrina valenciana, aun reconociendo que el derecho exige una interpretación literal (lo que impedía acudir a los derechos romano y canónico), y paradójicamente siguiendo el criterio de Justiniano, sostuvo que la *interpretatio* era la única vía para llegar a un recto conocimiento de la ley, descubriendo su verdadero sentido y supliendo su insuficiencia.

Y ya delimitados estos aspectos propiamente del ámbito público, nuestro autor, en un intento de determinar si la realidad del *ius proprium* se inscribía en las fuentes del *ius*

*commune*, pasa a tratar una de las cuestiones más trascendentes y complejas en el ámbito del derecho sucesorio: el de demostrar el carácter forzoso de la sucesión filial, y con él el de las sanciones que puede conllevar la preterición de los hijos y nietos legítimos en los bienes paternos y maternos. Para llevar a cabo este cometido, Cerdán realiza un minucioso y detallado estudio de las instituciones partiendo del Derecho romano (como precedente legislativo), sigue con el Derecho visigodo (Breviario de Alarico, y los Códigos de Eurico y el *Liber Iudiciorum*) y el Derecho bajomedieval (las primeras *Summae* medievales, las *Petri exceptiones legum romanorum*, etc.), hasta llegar a la recepción del *ius commune*, y aún considerando la regulación que de las mismas instituciones disponen las legislaciones castellana y catalana.

Delimitado el concepto y los efectos de la preterición, la literatura jurídica establece una amplia casuística en torno a los distintos supuestos y efectos que la institución tuvo en los distintos y múltiples ordenamientos tardomedievales. Y así acude a Bártolo, a Baldo de Ubaldis, Cino de Pistoia, etc. En este marco Cerdán aún plantea remedios jurídicos para salvaguardar la voluntad del testador, e incluso pretende resolver cuestiones o dudas no resueltas por la norma foral (sobre los parientes, *filius emancipatus*, *filia maritata*, *filius legitimatus*, así hasta 12).

Otra institución que Cerdán trata en su libro es la de la legítima, se refiere a sus beneficiarios, y analiza su concepto y contenido.

Ya en una segunda parte del libro a partir de la página 193, se realiza la transcripción y la traducción simultánea del texto de Cerdán, con ambas versiones latina y castellana contrastadas de manera que el lector tiene ante sí el texto latino objeto de su estudio y su traducción en la página contigua. El lector cuenta directamente con ambos textos latino y castellano.

Cerrando la obra ya de Obarrio, figura una relación de las fuentes (del derecho), de la bibliografía utilizadas, etc. Ello acredita aún más su solvencia técnica y científica.

Una monografía en conclusión, brillante, bien elaborada, con la que además de todo lo expuesto, se realiza también una relevante exégesis de las fuentes jurídicas y literarias desde el Derecho romano. En todo caso, Obarrio constituye uno más de esos estudiosos del Derecho romano excepcional, con una profusa producción científica, en la que en los distintos aspectos de que trata, intenta conjugar el derecho foral valenciano con el viejo derecho común y los derechos propios de los territorios inmediatos.

JOSEP SERRANO DAURA

**OLÓRIZ, Hermilio de.** *Resumen histórico del Antiguo Reino de Navarra; Fundamento y defensa de los fueros; La cuestión foral. Reseña de los principales acontecimientos ocurridos desde mayo de 1893 a julio de 1894.* Edición de José Luis Nieva Zardoya. Donostia-San Sebastián, Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autónomo de Vasconia, 2009, 368 p. (Textos Jurídicos de Vasconia. Navarra; 1) ISBN 978-84-613-6987-4.

La Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autónomo de Vasconia ha iniciado, dentro de su colección *Textos jurídicos de Vasconia*, una línea dedicada a los textos jurídicos navarros, y la edición de estas tres obras de Hermilio de Olóriz y Azparrén, cantor de la patria navarra, inauguran esta serie.

Y, en mi opinión, nadie está mejor capacitado que José Luis Nieva Zardoya para llevar a cabo la edición de dichas obras. Este doctor en Historia se ha revelado como uno de los mejores conocedores de la cultura Navarra a lo largo del siglo XIX, en general, y del movimiento euskaro finisecular, en particular [*La idea euskara de Navarra* (1998), *Asociación Euskara y la lengua* (2000) y «Liberalismo, fuerismo y nacionalismo vasco», en *Los liberales. Fuerismo y liberalismo en el País Vasco* (2002), y *Navarra: memoria política e identidad* (2004, en coautoría con J. M. Sánchez-Prieto), principalmente]. Por ello, dentro de su línea de investigación, cobra especial sentido editar las obras de Olóriz, por ser un personaje a quien conoce muy bien («Olóriz, cronista y poeta navarro: «¡Viva Gamazo!», en *La Gamazada. Ocho estudios para un centenario*, Pamplona, 1995).

La presente edición se abre con un breve, pero ilustrativo, estudio introductorio (del que se ofrece una versión en castellano y otra en vasco) titulado: «La Historia como derecho: Hermilio de Olóriz (1854-1919)», en el que nos presenta al autor y a su obra (pp. 7-32 y 33-58). Desde las primeras líneas, se nos muestra a un Olóriz (patriota navarro –al decir de Arturo Campión–), comprometido con la causa navarra. Casi el primer dato que se nos ofrece se remonta a 1877, fecha en la que, junto con una docena de personas, entre las que se encontraban Iturralde y Suit y Campión, funda la Academia Etnográfica de Navarra, que pasaría, días después, a denominarse Asociación Euskera Navarra. Si bien J. L. Nieva no se detiene en ella por haberlo hecho en otros momentos, entiendo que repasar sucintamente los que podríamos considerar como principios ideológicos de esta asociación (con fuerte influjo en los intelectuales navarros de finales del ochocientos), nos ayudará a conocer mejor el pensamiento de este pamplonés, pensamiento que se desglosa en estas páginas introductorias.

Navarra posee una personalidad histórica, política y jurídica propia. Esa personalidad encuentra en su régimen foral y en la idea de pacto inherente a él, su expresión más acabada. Dicho régimen foral fue vulnerado por la Ley Paccionada de 1841, por lo que se reivindica el retorno a la situación anterior a ella, y todo ello, desde la comprensión de una Navarra que, como parte integrante del pueblo euskaro, ha de hermanarse con las provincias vascongadas (hermanas de raza), para conseguir de España el respeto de sus fueros y, en consecuencia, el retorno a su condición de reino, tal y como lo fue entre 1512 y 1841. J. L. Nieva, por este motivo, subraya el fuerismo de Olóriz y su vinculación con el nacionalismo sabiniano: «Al fin y al cabo, el nacionalismo de Sabino Arana no sería sino el último paso del fuerismo, el eslabón final de una cadena de reivindicaciones de lo propio, cuyo engarce sería impensable sin el fuerismo de Olóriz, su penúltimo soporte» (p. 10 y 36). En su opinión (lo dejó escrito años antes) Olóriz «es un personaje más interpretado y juzgado que realmente conocido y a quien se tiende a dejar en un segundo plano en el trío que formaría junto a Iturralde y Campión como predecesores del nacionalismo vasco». En esta tesitura, el escenario propiciado por la Gamazada, dio alas a las esperanzas de este poeta navarro, que vio gozoso despertar a su pueblo y, olvidándose de sus seculares diferencias, luchar unido contra el enemigo común, la España ingrata. Su actividad en esos días nos habla de su compromiso y de la íntima convicción que alberga de encontrarse en una encrucijada propicia: «Pues si el Gobierno ha roto la ley del 41, Navarra puede dar por rescindida esa Ley y tendrá derecho a gozar de los Fueros consignados en el Pacto de 1512» (*Cartilla Foral*). El fin de la Gamazada le devuelve a la realidad. Una vez cesado el ministro Gamazo, y relegado su Proyecto de Ley de Presupuestos, Navarra vuelve a dormirse. De aquellos acontecimientos, luces de bengala, que propiciaron la explosión fuerista, sólo quedan el dolor de la frustración y una abandonada súplica: «Por eso, Madre querida,/ a Vos desolado llego,/ porque sé que todo ruego/ encuentra en Vos acogida;/ y mi patria amor

buscó./ sólo en premio a su plegaria/ que por fin se salve Euskaleria.../ ¡unque al polvo ruede yo! (poema *A la Virgen de Roncesvalles*, cfr. «Olóriz, cronista y poeta», p. 285).

Las páginas introductorias se cierran con una referencia específica a cada una de las obras que integran la edición, a su contexto histórico y a su contenido. J. L. Nieva, con acierto, ha optado por presentárnoslas siguiendo un criterio temático y no cronológico, por lo que *Fundamentos y Fueros*, primera en el tiempo, aparece precedida por el *Resumen histórico*. La elección da una mayor coherencia al discurso seguido por Olóriz, y facilita la comprensión de la historia y de la realidad de Navarra que posee.

Por lo que respecta al *Resumen histórico del antiguo Reino de Navarra* (Pamplona 1887), como su título indica, es un breve repaso a la historia del reino de la mano de sus reyes. Comienza en el momento en el que, a raíz de la invasión musulmana, decidió cambiar su nombre, Basconia, por el de Navarra, y su gobierno federativo, por el de un monarca obligado a reinar respetando las cláusulas de gobierno previamente fijadas por el reino. Su recorrido llega hasta la incorporación del reino, una vez conquistado, a la Corona de Castilla. Todavía se extiende unas líneas más, para dejar constancia de posteriores intentos por recobrar la independencia, el último en 1521. En esta obra «Olóriz narra la larga historia de un viejo pueblo guerrero, capaz de repeler a fieros invasores, llevar sus huestes a lejanos confines, crear reinos poderosos y ayudar decisivamente a las armas cristianas» (pp. 21-48). Un noble pueblo al que «pasiones bastardas» terminan por domeñar; y frente a la noble Navarra, la desleal Castilla. La historia narrada por Olóriz fue una historia necesaria, hija de su tiempo. Como destaca J. L. Nieva, a finales de siglo se requería una revisión de la memoria patria porque la historia realizada por Yanguas y Miranda, medio siglo antes, había quedado anticuada. En efecto, entre una y otra se erigía incontestable la Ley Paccionada de 1841. «¡Ay Castilla!, ¡Castilla...! (...) ¡nunca te hubiera conocido!» (lamento con el que Olóriz cierra el capítulo cuarto: «Cruzada antifuerista», de su obra *Fundamento y defensa de los fueros*, p. 191).

En cuanto a *Fundamento y defensa de los fueros*, primera en el tiempo, es, probablemente, la obra de Hermilio Olóriz más conocida y citada, en buena medida, porque ha sido considerada el antecedente directo de *Bizcaya por su independencia* de Sabino Arana. El objetivo de Olóriz es nítido: conseguir la unión de todos los navarros en torno a sus fueros. En sus páginas—declara—no busca más que «trabajar por Navarra. Defender sus combatidas libertades y mostrar los males que la desunión ha traído al país» («Al lector», p. 137). Así, la conquista por Castilla en 1512, se explica tanto por las fricciones internas entre beaumonteses y agramonteses, como por la política ambiciosa de Fernando el Católico quien, «para extender sus dominios divide los ánimos de Navarra, esparce en ellas, con las luchas, el llanto y la desolación, logra que un partido le sirva inconscientemente, ciega con su adormecedora amistad á nuestros Reyes, y al sonar la hora del crimen se arroja sobre ellos como el tigre sobre su víctima», p. 154-155). A partir de la incorporación, y hasta la Ley Paccionada de 1841, la historia de Navarra la resume Olóriz en un singular concepto: *contrafuero*. Lo acontecido entre 1839 y 1841 vuelve a ser una nueva lección para Navarra. Cuando en el año 41 se atacaron las libertades de la región vasco-navarra, su defensa no fue posible, de nuevo, por la desunión. Los comisionados navarros no supieron presentar un frente común con los de Vascongadas, siendo sus fueros objeto de una reforma tan sustancial como grave (p. 197). Si Navarra perdió, entonces, parte de sus fueros, ahora, corre el riesgo de perderlos por completo. Es el miedo a una unión vasco-navarra lo único que hace al Gobierno ser cauto en su deseo de erradicar los fueros. Planteado así el problema, la conclusión resulta obvia: «Uníos pues, uníos en torno al santo árbol de los fueros» (p. 199). Olóriz, barruntando lo peor, zarandeaba el espíritu foral navarro que «dormido estaba y muerto

parecía»; palabras con las que inicia la última de las obras que recoge la presente edición (p. 247).

*La cuestión foral. Reseña de los principales acontecimientos ocurridos desde mayo de 1893 a julio de 1894*, la escribe Olóriz en su condición cronista de la Diputación. Esta circunstancia le lleva –en opinión de J. L. Nieva– a rebajar el tono de sus reivindicaciones, en la medida en la que se siente notario del discurso oficial de dicha institución. Sin embargo, Olóriz no fue simple cronista de los acontecimientos que narra o, al menos, no lo fue sólo. Por vivir los acontecimientos y narrarlos en primera persona, se transformó en un protagonista comprometido de los mismos. Tal vez por eso, en su introducción, se exculpa por la dificultad que encuentra para alejarse de sus propios sentimientos. Y, en realidad, no desea hacerlo. Sueña con el despertar del espíritu foral, y espera, por qué no, que la Divina Providencia tal vez quiera valerse de los planes del ministro Gamazo para sacar a Navarra de su sueño letárgico: «¡Viva Gamazo! Que por él ha amanecido para Navarra el día más grande de su historia. ¡Gracias a él en Navarra no hay hoy más que navarros!» (pp. 245 y 255, cit. p. 206). Con emoción repasa los sucesos y se detiene en los momentos más estelares, como la manifestación del 4 de mayo en Pamplona, o el apoteósico recibimiento dispensado en Castejón a los diputados navarros que acudieron a Madrid para entrevistarse con el ministro. A la hora de cerrar su crónica, no se conocía la decisión del Gobierno. Navarra permanecía en tensa espera y Olóriz expectante. Poco después, D. Germán Gamazo fue cesado y el pacto de 1841, «engendro raquíutico y miserable» (p. 299), volvió a regir en su integridad. ¿Barruntaba Olóriz que Navarra retornaba a su secular letargo? ¿Acaso no hubiera sido mejor que el ministro, y con él el Gobierno, se hubieran mantenido en su empeño fiscal?

Llegados a este punto, no considero falta de pertinencia el preguntarnos por la oportunidad de la edición de estas tres obras de Olóriz, en un momento en el que Navarra se plantea la conveniencia de llevar a cabo una reforma sustancial de su Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra de 1982, con el fin de adaptarla a la realidad jurídico y política actual. La legislatura pasada fue escenario de un encendido debate en el seno de la Ponencia de autogobierno, encargada de estudiar y valorar propuestas encaminadas a desarrollar su régimen de autogobierno. El momento para profundizar en el autogobierno parecía propicio. Sin embargo, a pesar de que los distintos grupos políticos representados en la Ponencia compartían el punto de partida: la conveniencia de reformar la Ley de Amejoramiento, las profundas diferencias manifestadas en las sesiones les impidieron llegar a un acuerdo. No fueron cuestiones insignificantes las que frustraron la reforma. Todo lo contrario. Las discusiones giraron en torno a temas tan sustantivos como el de la propia concepción de la foralidad navarra y, en consecuencia, de la naturaleza de la Ley de Amejoramiento de 1982; e, indisociablemente unido a él, el de la identidad de Navarra.

La Disposición adicional primera de la Constitución de 1978, al respetar y amparar los derechos históricos de Navarra, daba cobertura constitucional a un régimen, el Foral navarro, cuyo fundamento no se iba a encontrar tanto en la propia Constitución, como en el carácter originario de esos derechos históricos. Basta con leer el preámbulo de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral Navarro de 1982 para percibir la clave histórica con la que se reformula la nueva realidad política en el marco de la España de las autonomías. En dicho marco, y fiel a esos derechos históricos que la Constitución reconoce como anteriores a ella, Navarra accedió a su condición de Comunidad Foral a través de un pacto, vía no prevista en la Constitución, sino en su derecho histórico. Así, de la misma manera que la Ley de Modificación de Fueros de 1841 se consideró paccionada, la nueva Ley Orgánica de 1982 se entendió, y así lo recoge su preámbulo, fruto de un pacto entre el Estado y Navarra, a través de su Dipu-

tación Foral. En coherencia con esta línea argumental, Navarra no se reconoce como una Comunidad Autónoma, sino como una Comunidad Foral, y su Ley de 1982 no es un Estatuto de Autonomía, sino una Ley de Amejoramiento, por lo que cualquier modificación que en ella quiera introducirse debe ser fruto de un nuevo pacto entre partes. No cabe duda de que, siendo ésta la interpretación oficial (en la medida en la que lo es la que recoge en su preámbulo la Ley de Amejoramiento de 1982), no es la única posible. No es necesario recordar aquí las numerosas voces que, desde distintos ámbitos, han negado la naturaleza paccionada de la Ley de 1841 y, en consecuencia, su condición de fundamento histórico-político para el diseño actual de Navarra. Desde esta óptica, Navarra sería una Comunidad Autónoma más radicada en la Constitución, y la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral Navarro de 1982, su Estatuto de Autonomía que, en cuanto tal, podría ser modificado por vía parlamentaria, sometiéndolo a *referendum*. Sin embargo, para ello, sería necesario introducir una profunda reforma en la Ley de 1982; reforma reclamada por distintos grupos políticos.

Mientras escribo estas líneas, el Presidente del Gobierno de Navarra y el Ministro de Política Territorial del Estado español han suscrito un acuerdo de modificación del Amejoramiento del Fuero de Navarra (18 de marzo de 2010). Se trata de una reforma limitada cuya clave principal sigue siendo la relación bilateral entre los gobiernos de España y de Navarra. Navarra, o al menos la línea *navarrista*, mayoritaria desde la Transición, mantiene la idea de pacto, esencia de su foralidad.

Indisociablemente unida a esta cuestión foral, se plantea la de la identidad de Navarra. Si para la anterior, era la Disposición Adicional primera la que daba cobertura al debate, en ésta identitaria, la cobertura la aporta la Disposición Transitoria cuarta que deja abierta la posibilidad de que Navarra se incorpore al régimen autonómico vasco, si así lo decide. La redacción de esta Disposición ha situado en primera línea de la vida política navarra el secular debate en torno a la identidad de esta Comunidad Foral. No se trata de un debate meramente académico. En el marco de la construcción de la España de las autonomías, debatir en torno a la identidad de este territorio histórico es debatir sobre su futuro político; es, en definitiva, plantear el dilema Navarra-Euskadi. A este debate comparecen hoy, en síntesis, dos posiciones ideológicas difícilmente conciliables. Por una parte, la de aquéllos que, sin negar las raíces vasconas de este territorio «solar de los vascones», defienden el derecho de Navarra a mantener su propia identidad, diferenciada de la de los territorios vascongados. Son los denominados *navarristas*. El «hecho diferencial» de lo navarro –dirá J. I. del Burgo, una de sus figuras más señaladas– hunde sus raíces en el Fuero, «institución que ha garantizado en todo momento la existencia de un autogobierno que a lo largo de la historia ha sido capaz de aunar lo que, de por sí, era tremendamente distinto» (*Navarra en la encrucijada*, Pamplona, 1980, p. 29). La esencia de la foralidad navarra reside, así, en el pacto; pacto para mantener su personalidad y autonomía, y pacto para integrarse en España, nación de la que forma parte. El *navarrismo*, entendido de este modo, no rechaza lo vasco. Lo que rechaza, de plano, es la integración de Navarra en la Comunidad Autónoma Vasca, porque quiere seguir manteniendo para ella un marco político-institucional propio y diferenciado dentro de España. Por la otra parte, están los *vasquistas* o *nacionalistas* que se muestran partidarios de la integración de Navarra en la Comunidad Autónoma Vasca. Fundamentan su opción en la condición vasca de Navarra, y subrayan la identidad que siempre ha existido entre los territorios vascongados y Navarra: identidad de lengua, de raza y de personalidad jurídica y política; identidad que, según ellos, se contraponen a la del resto de los territorios de la monarquía española. Aspiran, en definitiva, a la consecución de un viejo ideal: la unión vasco-navarra que busca la existencia de un marco político-institucional común para Álava, Guipuzcoa, Vizcaya y Navarra. En defi-



nitiva, se trata de decidir si *Navarra es Navarra* o *Navarra es Euskal Herria* (en el lenguaje político actual *Euskadi*, término reprobado por los euskaros).

Para los defensores de una y otra opción, la historia y la memoria histórica se muestran aliadas incondicionales. En ellas buscan y seleccionan incansablemente los datos y los argumentos que les servirán, después, para fundamentar sus pretensiones políticas. En este sentido, puede decirse que la historia es un arma política, y el historiador que, pertrechado de sus preconcepciones (inevitables), penetra en el pasado, lo interpreta y lo pone al servicio de la política, no es del todo inocente. La historiografía vasca, y también la Navarra, se encuentran hoy enzarzadas en la *polémica foral*, que –como afirma J. M.<sup>a</sup> Sánchez-Prieto– trasciende el pasado para afectar la misma definición y construcción del Estado («Fuerismo e historiografía. La memoria política vasca anterior al nacionalismo», en *Los liberales. Fuerismo y liberalismo en el País Vasco* Vitoria, 2002). Tenía razón Olóriz al escribir: «precisa el historiador, entre otras singulares dotes, serenidad de juicio que, siendo harto difícil de alcanzar en épocas normales, es casi imposible de obtener en días de crisis y de lucha como los presentes» (p. 245).

La obra de Olóriz, al igual que la Gamazada, puede ser hoy objeto de interpretaciones de uno y otro signo. Unos y otros pueden acudir a sus escritos y apropiarse de sus argumentos en una nueva relectura de la historia que armonice con sus intereses políticos. Así, podría decirse que los *navarristas* han heredado de Olóriz la defensa de los fueros y la idea de pacto (pacto tras la conquista, pacto en 1841 y pacto, ahora, para diseñar su inserción en el Estado de las autonomías); sin embargo, se alejan radicalmente de él, hasta rechazarlo, en su deseo de ruptura y franco distanciamiento de España. Los *nacionalistas*, por su parte, no comparten con el poeta navarro la idea de pacto. No lo hubo en 1841 y, desde luego, no lo puede haber hoy en el marco de la actual Constitución. Para avanzar en su autogobierno, Navarra no necesita pactar con el Estado. Pero si no se sienten herederos en la idea de pacto, sí lo son del ideal de un pueblo euskaro que marca sus diferencias frente a España. En este ámbito, la interpretación de J. L. Nieva me parece clara: el fuerismo, es precursor del nacionalismo, pero aún esta afirmación necesita ser matizada, «porque si bien apareció un nacionalismo no separatista, no estaría de más plantearse el surgimiento de un fuerismo secesionista. Acaso desde posiciones fueristas, de mera defensa de los fueros, se podría promulgar la separación como la única forma de preservar la historia patria [...] Olóriz fue quizá quien más proclive se halló a dar ese paso» («Liberalismo, fuerismo», p. 421).

Líneas más arriba me preguntaba por la oportunidad de la presente edición. No dudo de ella. Sólo leyendo sus obras podremos conocer el pensamiento de Hermilio de Olóriz, como desea J. L. Nieva, a quien agradecemos el esfuerzo que ha realizado para acercarnos esta sobria edición.

La serie navarra de los *Textos Jurídicos de Vasconia* tiene ya su continuidad en la espléndida edición de la voluminosa *Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra hechas en sus Cortes Generales desde el año 1512 hasta el de 1716 inclusive*, de Joaquín Elizondo, que ha corrido a cargo de A. Zubiri Jaurrieta (Donostia-San Sebastián, 2009). Es de agradecer el empeño de esta Fundación, dirigida por el profesor Gregorio Monreal y Zia, el facilitar a la comunidad científica el acceso a las fuentes histórico-jurídicas, cuyo manejo es imprescindible para conocer mejor nuestra historia, y, en especial, la de mi querido Reino de Navarra que ha de mirar al futuro con confianza.

PILAR ARREGUI ZAMORANO

**ORDUÑA REBOLLO, Enrique.** *Historia del municipalismo español*. Iustel, Madrid, 2005. 278 pp. *Historia de la Legislación de Régimen Local (siglos XVIII a XX)*. (Orduña Rebollo, Enrique: Estudio Preliminar y selección de textos. Coscolluela Montaner, Luis: Estudio Preliminar del siglo XX). Iustel, Madrid, 2008. 1.689 pp. ISBN 84-9644-024-9 ISBN-13: 978-84-9644-0-24-1.

La brillante y dilatada dedicación de Enrique Orduña Rebollo a temas de régimen local desde hace ya varios años es de sobra conocida por todos los que trabajamos sobre estas cuestiones. Muchas son las páginas que con un rigor y constancia dignos de destacar ha escrito intentando, y consiguiendo, avanzar en el conocimiento de la historia de la Administración local española, especialmente de los siglos XVIII, XIX Y XX, o estudiando algunas de las instituciones que han conformado el armazón de la organización local en diversos momentos de nuestra historia, como el concejo abierto, los intendentes o la diputación provincial de Segovia.

A esta finalidad, en concreto explicar y clarificar el devenir de las organizaciones municipal y territorial, responden dos nuevas aportaciones que el citado autor ha publicado en Iustel: *Historia del municipalismo en España* en 2005 e *Historia de la legislación de régimen local (siglos XVIII a XX)* en 2008, en la que a la transcripción de los textos seleccionados antepone un amplio Estudio Preliminar. Debido a la coincidencia en el enfoque y en buena parte del contenido del primer libro citado y de ese Estudio Preliminar he estimado oportuno ocuparme de ambas obras conjuntamente para evitar reiteraciones innecesarias.

La primera de ellas, realizada con un afán evidentemente divulgativo, está dividida en seis capítulos, bastante equilibrados en cuanto a su extensión, en los que disecciona hábilmente, siguiendo una secuencia cronológica, la historia del régimen municipal en la Península diferenciando los diversos modelos organizativos que se han sucedido desde la Hispania romana hasta nuestros días, haciendo referencia, por un lado, a los organismos o autoridades que ejercieron el poder en cada una de las etapas que se suceden y a las atribuciones que desempeñaron en sus respectivos contextos, y por otro, a las innumerables fuentes jurídicas que a lo largo de los siglos han recogido el derecho que ha regulado los más diversos aspectos de la vida municipal. Ensambla, pues, con acierto la vertiente institucional y orgánica con la normativa.

En concreto, aproximadamente la mitad de las 262 páginas que componen el texto de este libro se dedican al análisis de los municipios desde la dominación romana hasta el siglo XVIII, abarcando la otra mitad el municipalismo de los siglos XIX y XX. En todas ellas late soterradamente la lucha constante mantenida por los municipios desde su aparición en los lejanos siglos del Medioevo por conservar y ampliar su originaria autonomía, quebrantada en innumerables ocasiones por el afán intervencionista del poder regio y por el deseo centralizador del moderno Estado liberal.

Los siglos comprendidos entre la invasión romana y el fin de la Edad Media son estudiados en los dos primeros capítulos. En el primero de ellos, bajo la denominación «El municipio histórico español», engloba el examen del municipio romano en Hispania, la crisis de la organización municipal en la época visigoda con la aparición, a finales de este período, de una rudimentaria organización local, el *conventus publicus vecinorum*, y el apasionante y complejo devenir de la vida municipal desde la invasión musulmana en los albores del siglo VIII hasta fines del XV.

Así, con innegable soltura, transita por el largo camino recorrido desde la aparición en los siglos iniciales de la Reconquista de pequeñas comunidades de vida rural en las

tierras situadas al norte del Duero con el *Concilium* o concejo abierto integrado por todos los vecinos como órgano de gobierno hasta la definitiva institucionalización en Castilla durante el reinado de Alfonso XI del Regimiento en las principales ciudades, que significó, por un lado, la consolidación de una situación que de facto existía ya en los dos siglos anteriores, caracterizada por el dominio de los principales oficios concejiles por una minoría oligárquica, y por otro, el inicio de un creciente intervencionismo regio en la vida local, que se acentuó con el comienzo por estas fechas del envío a las ciudades de unos oficiales de designación regia, los corregidores. Tampoco escaparon a este proceso restrictivo en cuanto al gobierno local los municipios de los territorios más orientales, Navarra, Aragón y Cataluña, en los que las primitivas asambleas vecinales fueron sustituidas por otras más restringidas, integradas no por regidores sino por jurados, que recibieron distintas denominaciones, como Capítulo o Cabildo en Aragón o *Consell* en Cataluña, extendiéndose también a Valencia y Mallorca después de su incorporación a la Corona aragonesa.

En el segundo de estos dos capítulos iniciales, «Aparición y consolidación del derecho municipal», creo que muy acertadamente por la indudable importancia que reviste la cuestión, estudia el derecho que reguló la vida de los municipios durante la Edad Media, diferenciando dos apartados: los fueros y las ordenanzas municipales.

En relación con los fueros, después de analizar en primer lugar la diversidad de normas que paulatinamente configuraron los diversos derechos municipales: costumbres, cartas de población, fueros breves y fueros extensos, en segundo lugar se detiene a exponer por separado el derecho municipal de cada uno de los territorios y reinos cristianos bajomedievales. En este recorrido, frente al estudio más pormenorizado de los fueros en Navarra y Aragón, de las *consuetudines* y *costums* en Cataluña y del derecho local de Valencia y Mallorca, se echa en falta una exposición, por otra parte necesariamente escueta, de las importantísimas redacciones extensas que fraguaron especialmente en las extremaduras leonesa y castellana, el Fuero de Cuenca por citar alguna, ya que respecto a estos dos reinos de León y Castilla hace hincapié sobre todo en los intentos de la monarquía para superar la dispersión normativa y el localismo jurídico dominante con las múltiples concesiones del Fuero Juzgo y el Fuero Real por Fernando III y Alfonso X. Respecto a la segunda cuestión, Orduña explica que desde fines del siglo xv la potestad normativa de los concejos se canalizó a través de las ordenanzas municipales, que regulaban preferentemente asuntos de carácter estrictamente local, y que, elaboradas por los concejos, tenían que ser aprobadas por el Consejo de Castilla, muestra de la intensa intervención regia en la vida local.

Quizá por razones de una mejor sistemática hubiese sido aconsejable englobar todo lo referido al municipio medieval en un único capítulo que abarcara tanto la parte institucional y orgánica como la dedicada a explicar la fuentes jurídicas de esas centurias.

«El municipio en la Monarquía hispana» constituye el contenido del tercer capítulo del libro que reseñamos. Como expone Orduña Rebollo, la penetración creciente y constante del poder regio y la política de las ventas de oficios, que se generalizó en el siglo xvi, fueron los dos rasgos definitorios de la situación de los municipios castellanos en la modernidad, mientras que en los territorios aragoneses se extendió el sistema insulatorio, difundido ya ampliamente durante la decimoquinta centuria, para la provisión de los oficios locales bajo el control de la Corona lo que originó una pérdida de autonomía municipal. También se refiere a lo acontecido en el siglo xviii en esos territorios de la Corona de Aragón, especialmente en Cataluña, a raíz del otorgamiento por Felipe V de los Decretos de Nueva Planta que suprimieron las formas tradicionales de gobierno local sustituyéndolas por las castellanas. Finalmente, analiza en el apartado correspondiente al municipio catalán las reformas carolinas de 1766 (creación de las figuras de

elección popular de los diputados del común y el procurador síndico personero como integrantes de los ayuntamientos) a la postre fracasadas, provocadas por las crisis de abastecimientos y motines subsiguientes que se generalizaron por las ciudades españolas durante el mes de marzo de ese año. A mi juicio, estas reformas no deberían haberse expuesto circunscritas al municipio catalán, sino en un apartado diferente referido a los municipios en general, tal y como hace en el Estudio Preliminar al tratar del reformismo ilustrado y los municipios.

En el capítulo cuarto, «El primer municipio constitucional. 1812-1869», estudia la senda recorrida por el régimen municipal desde la invasión francesa hasta el triunfo de la revolución de 1868. En concreto, explica, en primer lugar, la organización municipal diseñada por José Bonaparte; en segundo, el municipio gaditano exponiendo los trabajos previos a la redacción de la Constitución de 1812 (los de la Junta de Legislación y la Consulta al País ambos en 1809), los debates de las Cortes gaditanas sobre el proyecto y el texto definitivo y el posterior desarrollo normativo de los artículos constitucionales, especialmente las dos Instrucciones para el gobierno económico-político de las provincias de 1813 y 1823; y en tercer lugar, aborda, al compás de la alternancia en el poder de los moderados y los progresistas, la evolución de la organización municipal durante el reinado de Isabel II y el Sexenio democrático determinada fundamentalmente por la promulgación del Decreto de 23 de julio de 1835 para el arreglo provisional de los ayuntamientos del reino, la sanción por la reina regente de la Ley orgánica y de atribuciones de los ayuntamientos de 14 de julio de 1840, la elaboración por los moderados de la Ley de 8 de enero de 1845 de organización y atribuciones de los ayuntamientos que mantuvo su vigencia hasta finales del reinado isabelino, con la breve interrupción del Bienio Progresista en el que se restableció inicialmente la Instrucción de 1823 ya anacrónica y se promulgó una nueva Ley de ayuntamientos el 5 de julio de 1856 de duración efímera, los intentos del ministro Posada Herrera para sustituir la Ley del 45, presentando en noviembre de 1860 y en marzo de 1866 dos proyectos que no prosperaron, y, triunfante la revolución y exiliada la reina, la promulgación de una nueva ley de ayuntamientos, la Ley Municipal de 20 de agosto de 1870.

En el capítulo quinto, «Un siglo de municipalismo: de la Restauración canovista al fin del autoritarismo», analiza el devenir de la organización municipal durante la Restauración y el régimen franquista. La explicación de la organización municipal emanada de la Constitución de 1876, que se plasmó en las reformas introducidas a la Ley del 70 por la Ley de 16 de diciembre de 1876 y en la elaboración de la nueva Ley Municipal de 2 de octubre de 1877; los innumerables y fracasados intentos de reforma de esa Ley del 77 que se sucedieron durante cuarenta y siete años, destacando por su importancia los presentados en 1903 y 1907 por Antonio Maura y el Proyecto de Ley de grandes ciudades de 1919; la promulgación durante la Dictadura de Primo de Rivera del Estatuto Municipal de 1924; la aparición en 1926, al compás del flujo del movimiento asociacionista municipal que surgió en la Europa de entreguerras, de la Unión de Municipios Españoles; la promulgación durante la Segunda República de la tardía Ley Municipal de 31 de octubre 1835; y, ya durante los cuarenta años del régimen de Franco, además de la creación en 1940 del Instituto de Estudios de la Administración Local, las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 julio de 1945 (articulada por el Decreto de 16 de diciembre de 1950) y de 3 de diciembre 1953, refundidas ambas por el Decreto de 24 de junio de 1955, que fueron el eje vertebrador de la regulación municipal en los años del franquismo, y, ante el clamor generalizado de la necesidad de una reforma, la aprobación el 19 de noviembre de 1975 de la Ley de Bases del Estatuto del Régimen Local conforman el contenido de este capítulo.

Finalmente, en un amplio capítulo sexto, bajo la denominación «Los municipios democráticos», examina con detalle la evolución del régimen municipal desde 1975 hasta nuestros días; etapa que, por definición, cae fuera de la órbita del estudio de los historiadores del derecho como es mi caso. Explica la precaria situación de la organización de la vida municipal hasta 1978; la nueva regulación, que no fraguó, tras el fracaso del Proyecto de Ley de Bases de Régimen Local remitido por la UCD a las Cortes en mayo de 1981, año en que se creó la Federación Española de Municipios, hasta la aprobación el 2 de abril de 1985 bajo el gobierno del PSOE de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local; la aparición en 1985 de la Carta Europea de Autonomía Local, que entró en vigor en España en 1989; y el Pacto Local (o de segunda descentralización) que cuajó en una serie de reformas legislativas plasmadas fundamentalmente en una Ley de 21 de abril de 1999 con la finalidad fundamental de transferir competencias a las entidades locales tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas, aunque estas últimas han sido bastante reacias a este traspaso.

El segundo libro que reseñamos contiene un Estudio Preliminar obra de Enrique Rebollo (con unas breves páginas del profesor Cosculluela dedicadas al siglo xx) que abarca las aproximadamente 200 primeras páginas y en las que, con el mismo enfoque que hemos mencionado para la primera obra, va desgranando ahora la historia del régimen local, puesto que, a la vez que estrecha las coordenadas temporales reducidas a los siglos xviii a xx, amplía el ámbito material, ya que no sólo expone la organización municipal sino también la territorial. Además de ese Estudio preliminar, las restantes páginas hasta completar las casi 1700 comprenden una cuidada, amplia y utilísimas selección de los textos que el mencionado Orduña ha estimado más representativos e importantes en ese recorrido histórico.

En relación con el Estudio Preliminar, como la exposición de la organización municipal coincide en cuanto a su contenido y casi en cuanto a su amplitud con lo explicado anteriormente<sup>1</sup>, para evitar repeticiones no deseadas me voy a limitar a recensionar la materia referida a la organización territorial. En efecto, Orduña en siete apartados hace un recorrido por todas las vicisitudes que atravesó la configuración territorial del Estado, desde la invasión francesa hasta el régimen franquista.

En el apartado primero, «Reformismo ilustrado y municipios», nada dice Orduña sobre la organización territorial, y, por tanto, sin explicar previamente cual era la caótica situación territorial del Antiguo Régimen, expone en el segundo bajo la rúbrica «El municipio napoleónico en España» el proceso de gestación del Decreto de 17 de abril de 1810 que dividió el territorio en treinta y ocho prefecturas con un prefecto al frente de cada una de ellas como máxima autoridad dependiente del gobierno central.

En el apartado tercero, «Municipios y provincias en los albores constitucionales», acomete el análisis de los convulsos años que trascurrieron entre 1810 y 1833, explicando, en primer lugar, lo acontecido entre 1810 y 1814, es decir, los trabajos previos a la promulgación de la Constitución de Cádiz en 1812, (al igual que respecto a los municipios, los de la Junta de Legislación y sobre todo los resultados de la Consulta al País); la abolición del régimen señorial por el Decreto de 6 de agosto de 1811, que ordenaba la incorporación a la nación de los señoríos jurisdiccionales con lo que se consiguió unificar todo el territorio desde el punto de vista jurisdiccional; las discusiones previas y la regulación en la Constitución gaditana de las diputaciones provinciales que, junto con el jefe político nombrado por el rey, fueron los dos pilares sobre los que descansaba el

---

<sup>1</sup> El mismo ORDUÑA en varias ocasiones reconoce en este Estudio Preliminar (pp. 38, 44...) que para la explicación de la organización municipal sigue, entre otras obras, su *Historia del municipalismo español*.

gobierno de las provincias; las normas que desarrollaron los preceptos constitucionales, especialmente la mencionada Instrucción de 1813; y el frustrado intento de cumplir el mandato constitucional del artículo 11 que disponía que se llevase a cabo «una división más conveniente del territorio español», ya que el Proyecto Bauza de división provincial de 1813 no llegó a aprobarse en las Cortes debido al restablecimiento del absolutismo al retorno de Fernando VII. En segundo lugar expone lo acaecido durante el Trienio Liberal, básicamente la regulación en la Instrucción de 1823 y la división provisional del territorio español en provincias aprobada por Decreto de 27 de enero de 1822. Y en tercer lugar, examina el casi desconocido Proyecto de división territorial de Larramendi y Lamas de 1829, durante la década absolutista, unánimemente considerado como el «eslabón perdido» entre la división provincial de 1822 y la de 1833.

«Municipios y provincias en la transición hacia el Liberalismo» es el título del cuarto apartado, dedicado a los años 1833 a 1836, en los que se dieron pasos importantes para la conformación de la estructura territorial de España. La creación por Decreto de 23 de octubre de 1833 de los subdelegados de fomento como agentes del gobierno en las provincias, la aprobación por Decreto de 30 de noviembre de 1833 de la nueva división provincial de Javier de Burgos, que con ciertos cambios es la que está actualmente vigente, y la división de las provincias en partidos judiciales por Decreto de 21 de abril de 1834 son las cuestiones que Orduña analiza detalladamente. También, con posterioridad al Estatuto Real de 1834, el Decreto de 21 de septiembre de 1835 sobre el modo de constituir y formar las diputaciones provinciales, que a partir de este momento y sin solución de continuidad, bajo diversas regulaciones, han estado presentes hasta nuestros días en la organización del territorio.

En el apartado quinto, «La administración local entre progresistas y moderados. La cuestión foral», estudia el reinado de Isabel II desde 1836 y el Sexenio revolucionario. En él nos explica, en primer lugar, la promulgación del Decreto de 13 de septiembre de 1837 sobre organización de las diputaciones provinciales, que desempeñaron un papel decisivo en la lucha contra los carlistas durante estos años. En segundo lugar, expone pormenorizadamente el problema de la cuestión foral en Vascongadas y Navarra, que, una vez terminada la primera guerra carlista, partiendo de la Ley de 25 de octubre de 1839 se resolvió satisfactoriamente para Navarra en la llamada Ley «paccionada» de 16 de agosto de 1841, pero no así para Vascongadas que por el Decreto de 29 de octubre de 1841 recibió una regulación represiva, quedando pendiente la resolución definitiva del problema. En tercer lugar, analiza la organización territorial diseñada por los moderados en las Leyes de 8 de enero de 1845 de organización y atribuciones de las diputaciones provinciales, y de 2 de abril de ese mismo año decretando las atribuciones de los gobiernos políticos; la vigencia efímera de los Decretos de Escosura de finales de diciembre de 1847, que representan el primer intento de regionalizar la administración civil y el Decreto de 27 de diciembre de 1849, que refundió las figuras del jefe político y los intendentes en una sola autoridad superior que era el gobernador de la provincia; el Proyecto de Ley Provincial del Bienio Progresista que no llegó a aprobarse; la nueva Ley de 25 de septiembre de 1863 sobre el gobierno y administración de las provincias, haciéndose también referencia a la legislación de Ensanche para intentar solucionar los problemas urbanísticos de la época. Y en cuarto lugar, examina el régimen local en el Sexenio, en concreto la aprobación de la nueva Ley Provincial de 20 de agosto de 1870.

En el apartado sexto, «El régimen local de la Restauración en la península y en América. Los Concierptos económicos», se analiza lo acontecido en el último cuarto del siglo XIX. Explica Orduña el desarrollo para Vascongadas, terminada la tercera guerra carlista, de la Ley de 1839 con la promulgación de la Ley de 21 de julio de 1876 que

cerraba el problema del proceso foral vasco y navarro, pero subsistiendo unas peculiaridades propias y diferentes para estos territorios; la reforma de la Ley de 1870 por la Ley de 16 de diciembre de 1876; la promulgación de la nueva Ley Provincial en octubre de 1877, que tuvo una vigencia muy corta, puesto que fue sustituida por la Ley Provincial de 29 de agosto de 1882 que estuvo en vigor hasta 1925; la regulación de los conciertos económicos entre el estado y Navarra en febrero de 1877 y entre el estado y las tres provincias vascongadas en noviembre de ese mismo año y sus sucesivas revisiones, por ejemplo en 1894 y 1900; las nuevas regulaciones acerca del Ensanche urbanístico; la legislación local de Cuba y Puerto Rico; y los innumerables intentos frustrados de reforma de la organización local hasta 1900.

Y el apartado séptimo, «Las Mancomunidades, los Estatutos de Calvo Sotelo. La ley municipal de 1935 y las del autoritarismo», lo dedica al estudio de los treinta últimos años de la Restauración, de la Segunda República y del régimen franquista. En concreto, expone los numerosos y malogrados intentos de reforma, como los ya citados Proyectos de Maura; la aprobación del Decreto de 18 de diciembre 1913 que posibilitaba que las provincias, representadas por sus diputaciones, constituyesen mancomunidades para fines exclusivamente administrativos y la constitución por las cuatro provincias catalanas de la Mancomunidad catalana aprobada por Decreto de marzo de 1914, que pervivió, asumiendo la casi totalidad de las competencias de las cuatro diputaciones catalanas, hasta 1925; la aprobación durante la Dictadura de Primo de Rivera en el último año citado del Estatuto Provincial, que no se derogó hasta 1945; la discusión, ya proclamada la Segunda República, durante los debates del nuevo texto constitucional sobre la forma de organización del Estado, reconociéndose la existencia de municipios mancomunados en provincias y de las regiones que debían constituirse en régimen de autonomía, aunque el régimen provincial no se plasmó en una ley posterior debido al protagonismo que alcanzó la cuestión regional; y, finalmente, se limita a bosquejar unas muy escuetas referencias sobre la regulación del régimen local en el franquismo, omitiendo además la explicación de lo acaecido desde la Transición hasta nuestros días. Quizá estas carencias que se detectan en el Estudio Preliminar de Orduña se deben a que a él se agregan otras aproximadamente veinticinco páginas en las que Luis Cosculluela estudia con más detenimiento el régimen local durante el siglo xx y colma en cierta medida los vacíos antes indicados.

En cuanto a los textos recogidos en el libro, la selección realizada por Enrique Orduña, de gran riqueza y variedad, ayudará sobremanera a los estudiosos de estas cuestiones al fácil manejo de las fuentes relativas al régimen local en estos siglos, aunque hubiera sido deseable la incorporación de otras importantes disposiciones correspondientes a la segunda mitad de la pasada centuria, pues el último documento incluido data de 1953. En concreto, de los ciento dos documentos seleccionados, cuatro corresponden al siglo xviii, noventa al xix y ocho al xx.

Además, no se limita a una simple selección de los textos legislativos que fueron promulgados y tuvieron una vigencia más o menos prolongada, sino que, con un rigor y minuciosidad encomiables, incluye los numerosos proyectos fracasados que jalonaron la historia de nuestro régimen local en estas centurias, añadiendo también documentos que contienen las discusiones o los debates en las Cortes que anteceden a la elaboración de determinadas disposiciones e, incluso, textos doctrinales, como los de Alberto Lista, que nos ilustran sobre el pensamiento de los historiadores, juristas y administrativistas de la época acerca de cuestiones de régimen local.

En definitiva, Enrique Orduña, conocedor y trabajador infatigable sobre temática local, en las dos obras reseñadas desmenuza con gran claridad expositiva las sucesivas etapas de la historia del régimen local y explica el devenir y régimen jurídico de las

diversas instituciones y autoridades que en cada una de esas etapas se han encargado del gobierno local, sazonado todo ello adecuadamente con múltiples referencias a las fuentes jurídicas de cada época. Es de agradecer el enorme esfuerzo de síntesis desplegado a lo largo de las páginas reseñadas en este intento, logrado brillantemente, de exponer, detallada y ordenadamente y con una nitidez digna de elogio, el sinuoso camino recorrido por las organizaciones municipal y territorial a lo largo del tiempo. También me congratulo por la espléndida selección de textos que nos presenta y que va a facilitar enormemente el trabajo de todos los historiadores y juristas que quieran aproximarse o ampliar sus conocimientos sobre la historia de la Administración local española. Únicamente me queda, pues, felicitar al autor por estos dos útiles y magníficos libros, en espera de las nuevas aportaciones con las que indudablemente, conocida su trayectoria, nos sorprenderá en el futuro.

REGINA POLO MARTÍN

**PÉQUIGNOT, Stéphane. *Au nom du roi. Pratique diplomatique et pouvoir durant le regne de Jacques II D'Aragon (1291-1327)*, Madrid: Casa de Velázquez, 2009, 631 pp. CD-Rom. ISBN 978-84-96820-29-6. ISSN 0213-9758.**

La intensa actividad diplomática de Jaime II de Aragón es objeto de estudio y análisis por los historiadores españoles y extranjeros. La razón de este interés radica en la ingente cantidad de documentos emanados de la Curia regia que, conservados en distintos archivos, dejan constancia del énfasis puesto por el soberano en la defensa de su derecho, del honor y beneficio de la monarquía aragonesa. Estos son los argumentos esgrimidos por el autor de la obra que fue publicada recientemente.

Stéphane Péquignot, maître de conférences en Historia Médiéval en l'École pratique des Hautes Études de Paris, y antiguo miembro de l'École de Hautes Études Hispaniques et Ibériques de la Casa de Velázquez, justifica su trabajo a partir de los argumentos expuestos anteriormente. Pero, en realidad, no hay mejor argumento que la realización de una tesis. A tenor de este trabajo, se puede afirmar que la *thèse de doctorat* publicada puede llegar a ser una obra de gran alcance y repercusión por su marcado carácter científico y por la metodología seguida que trasluce rigor, seriedad y el compromiso con la Historia de un gran investigador. Y así se puede afirmar después de la lectura de esta obra.

Para el historiador del Derecho la monografía capta la atención por el título. El título de la obra (*Au nom du roi*) alude, directamente, a la delegación de una facultad regia que le es propia: la negociación con otros Príncipes y/o Estados. El interés que suscita en el lector esta monografía se ve reforzado por la referencia, en el subtítulo, al ejercicio del poder real a nivel general y, en concreto, a las relaciones exteriores. Una temática fundamental para comprender el papel que el rey desempeña como titular de la Monarquía en nuestro Derecho histórico. Ciertamente, el historiador del Derecho encontrará a lo largo del texto argumentos, referencias históricas y citas documentales que explican el devenir de la práctica cancilleresca y los efectos jurídicos en el ejercicio del gobierno, tanto a nivel interior como exterior, y de la política diplomática cuestionada durante el reinado de Jaime II.



El autor confiesa que la elección de la temática fue decisiva por la repercusión que su trabajo pudiera tener y, fundamentalmente, por la responsabilidad que debía asumir ante la ingente documentación conservada –y ello a pesar de la pérdida de la documentación angevina de Nápoles–, en su mayor parte en el Archivo de la Corona de Aragón. Y, por esta misma razón, dedica las primeras páginas de su introducción a explicar la necesidad de precisar conceptualmente el término «diplomática». Una noción que adquiere contenido a partir del estudio de 233 embajadas desempeñadas a través de 349 embajadores y de una selección de 2.000 pergaminos, 4.000 cartas reales fechadas, 2.000 cartas reales no fechadas y las *Extra Series*; fuentes directas de conocimiento que representan un 30% del total de la documentación conservada de Jaime II.

La documentación sobre la que Péquignot investiga no ha sido analizada de forma cronológica pero sí temática. Pues bien, a pesar de que el autor lamenta la falta de renovación historiográfica en la Península Ibérica sobre la Corona de Aragón, en el año 2009 se ha dado la feliz coincidencia de la publicación por parte del Prof. Juan Manuel del Estal del *Itinerario del rey Jaime II*, una obra publicada por la Institución Fernando el Católico bajo un prisma distinto, conforme constata el título de la monografía. El itinerario del rey era tema frecuentemente aludido por el Prof. Del Estal en las clases impartidas en la Facultad de Filosofía y Letras –recordadas por sus alumnos con gran viveza, por el magisterio y entusiasmo que le son reconocidos–, donde se hacían continuas alusiones a la intensa actividad del monarca, y a sus admirables dotes y cualidades como «negociador de asuntos trascendentes para el buen ejercicio del gobierno». De ahí que los trabajos de los profesores Del Estal y Péquignot se complementen de una forma extraordinaria y permitan conocer las causas de muchas de las actuaciones y decisiones del rey de Jaime II.

La obra se estructura en tres partes y una conclusión general. Las tres partes comprenden once capítulos. A diferencia de lo que sucede con el resto, la primera parte tiene una conclusión que, a tenor de su contenido, se justifica por la innovación que supone la *implementación* de un sistema de relaciones entre dirigentes y Estados apenas conocido en territorio aragonés.

El autor centra su atención en los documentos objeto de estudio, con ellos constituye un primer eje de referencia para analizar todos los elementos y circunstancias que concurren en su elaboración. El soporte material es fundamental en una época en la que los documentos «clásicos», a saber: credenciales, instrucciones, poderes y salvoconductos (p.25), dejan indeleble impronta. La presencia de esta documentación se debe a la escribanía real, que asume un gran protagonismo, además de la responsabilidad de registrar y guardar todos aquellos documentos que, a través de los itinerarios del rey, dejan constancia de su ejercicio de gobierno. Un proceso cuya singularidad reside en la aplicación de una estricta metodología para la elaboración, expedición y conservación de los documentos, actividades todas ellas descritas sobre la base de la documentación consultada en el capítulo primero. En el mismo, Péquignot llama la atención sobre el papel primordial del Bernat d'Aversó, *notari guarda-segells* a quien considera el «hombre orquesta» de la Chancillería. Las funciones desempeñadas por este notario barcelonés ponen de relieve la complejidad de una actividad minuciosamente desarrollada, y escrupulosamente supervisada por el *mestre racional* (p.43).

Se aventura el autor a considerar al notario d'Aversó *una especie de «secretario personal»* (p.45), no por los consejos y auxilio que pueda proporcionar al rey en su tarea de gobierno sino por el hecho de la fidelidad que le demuestra. Una fidelidad que le hace valedor de su confianza y que se concreta en la autorización para plasmar por escrito el pensamiento y voluntad real. De este modo, además de la formación, dos son los méritos considerados para la selección y nombramiento de cargos al servicio del rey:

eficacia y prudencia, para el desempeño de las funciones inherentes a las actuaciones de la diplomacia y, por ende, a la custodia de los documentos a su servicio.

El estudio de la documentación expuesta se aborda desde distintos puntos de vista. Cualquier elemento del documento tiene para el autor una importancia justamente valorada; destaca, por ejemplo, la atención prestada a las notas, situadas al margen, que le han permitido identificar y seleccionar los escritos más útiles para el fin propuesto con este trabajo (p. 53). Por otro lado, la utilidad del documento es apreciable gracias a la encomiable labor de los archiveros y registradores, quienes no solo garantizan la guarda de los manuscritos sino que, además, favorecen, mediante una precisa labor de catalogación y custodia documental en el *Registrum secreta* (cap. III), la circulación de los documentos. Péquignot constata que los documentos diplomáticos del reinado de Jaime II son documentos vivos, generadores de otra suerte de documentos, y referentes en futuras acciones de gobierno. El autor ofrece la visión de una institución en continua actividad productiva, con un rendimiento cuantificable. Una actividad que pretende ser amortizada a corto o medio plazo.

Conforme al contenido del capítulo III se puede afirmar que Jaime II fue, en todo momento y a lo largo de sus treinta y seis años de reinado, consciente de la importancia que el saber podía reportar al ejercicio de gobierno; no en vano, recurrió a cuantas personas pudieran suministrar datos y conocimientos en la materia que nos ocupa. Por ello no se olvida Péquignot de dedicar parte de su estudio a quienes se desplazaban de un lugar a otro y facilitaban datos precisos para que las acciones de gobierno fueran eficaces. Los informantes no son considerados instrumentos al servicio de los intereses del gobierno —así intenta justificarlo el autor de la monografía— sino que tienen un papel más útil, en cuanto que son los encargados de seleccionar, construir, jerarquizar y transmitir la información precisa para que ésta produzca sus efectos. Sin duda ofrece argumentos suficientes para hablar de una nueva categoría de servidores del monarca, cuyo número se ve incrementado con el paso del tiempo, siendo una categoría en el entramado institucional de la que apenas se ha ocupado la historiografía; no obstante, de este sector surgen *battles* u *hostiarius* durante el siglo XIV (p. 123).

La Chancillería adquirió durante el reinado de Jaime II un prestigio innegable, no solo por la actividad desarrollada —fundamental para entender la acción de gobierno— sino por la especialización de quienes allí eran destinados. Pero tanto la puesta en marcha como su perfeccionamiento tuvieron un coste para la monarquía. Jaime II se vio obligado a negociar, en diferentes ocasiones y con interlocutores distintos, el sostenimiento de la institución, entendiendo por tal a todos los órganos y fieles servidores de la Chancillería. No en vano, la obtención de recursos es objeto de un capítulo (IV) en el que se aborda una cuestión trascendental para el reconocimiento de la credibilidad del monarca y de su política de gobierno: el nivel de endeudamiento para sufragar los costes de la diplomacia, y la gestión de los recursos obtenidos por esta vía. Un endeudamiento que incluso fue objeto de denuncia al rey por sus tesoreros (p.163). Este es un tema de gran interés que se retomará en otro capítulo y parte de la obra (p. 241), planteando al lector interrogantes sobre si no será éste un tema de repercusión a otros niveles que quedan fuera de este estudio. En cualquier caso, y a través de una sucinta conclusión-valoración, Péquignot pone punto y final a los capítulos de la primera parte.

En la segunda parte de la obra, y respetando la asignación de cuatro capítulos por cada una de las tres que la componen, se presenta un nuevo eje de referencia: las embajadas y cuantas personas hacen posible su desarrollo. El papel de protagonistas lo asumen el rey, los embajadores y las personas al servicio de éstos que coadyuvan a la consecución de los fines proyectados. Tres son las cuestiones que centran el capítulo V: la supeditación de los embajadores a la voluntad y deseos del rey, la especialización en

materias de gran trascendencia para la estabilidad del reinado, y en tercer lugar la excesiva dependencia de los familiares del rey para la asignación de embajadas y cometidos específicos. Cada uno de estos aspectos posee sus correspondientes corolarios: la delimitación de competencias y los efectos jurídicos derivados de la extralimitación por parte de los embajadores (p.178); la importancia que adquieren las embajadas para concertar enlaces matrimoniales idóneos –una temática que se aborda en este capítulo (p.228) y a lo largo de todo el capítulo XI–; y, finalmente, las expectativas creadas en un sector de la nobleza para la consecución de puestos de reconocido prestigio en la Corte (232).

A lo largo del capítulo VI se aborda la especialización de los embajadores. Tal especialización se consigue por la prolongada actividad desarrollada en el tiempo y por la adjudicación de empresas de análogo contenido cuando aquellos conseguían éxito en las precedentes encomiendas. La especialización de los embajadores se justifica en la descripción de los itinerarios que estos fieles servidores del rey realizan durante el ejercicio de las funciones. Unas funciones que se concretan en la representación y transmisión de los mensajes reales. Además, son frecuentes las referencias documentales a su condición de embajadores donde, por otro lado, se pueden reconocer sus capacidades y preparación intelectual. Su formación que se pone de manifiesto en la capacidad para mediar ante conflictos generados entre los reyes a quienes representan; y es por ello por lo que son considerados, en ocasiones, alter ego del monarca (p.306). Las negociaciones que promueven tienen, en opinión de Péquignot, una gran dosis de *mediación* (p. 346) y se justifica por la capacidad para adecuar y adaptar –más que para interpretar– el contenido de sus misivas a las exigencias de la parte destinataria, por razón de idoneidad y de la coyuntura en la que se encuentren. Dicha Una actividad es minuciosamente tratada en el capítulo siguiente, el número VIII, en el que se enfatiza sobre el compromiso adquirido por el embajador en la consecución de la voluntad real.

En la tercera parte de la obra el eje de referencia propuesto es la diplomacia. Si hasta el momento los documentos y embajadas constituían los ejes sobre los que construir una imagen bidimensional de la acción de gobierno en el plano exterior, con este nuevo eje se completa la imagen en tres dimensiones. Una imagen en la que está presente la diplomacia como corolario del poder que se le reconoce al rey, a Jaime II como titular de un territorio de una extensión territorial y proyección respetable. La documentación analizada para este trabajo pone de relieve el papel del embajador en cuanto mediador (404, 504 y 510) en conflictos puntuales pero prolongados en el tiempo. El hecho de tener que desplazarse a lugares distantes para solventar cuestiones delicadas de gobierno entre dos Estados o Reinos favorece la duración de estos procesos. Se trata de encuentros en los que es condición necesaria la presencia de los representantes reales. En efecto, la presencia es garantía de compromiso para ambas partes y facilita la resolución de aquél. Dicho encuentro exige, por otra parte, la asunción de cautelas y medidas para garantizar la seguridad y eficacia del mismo. Por ello el autor de esta monografía presta atención a los términos documentados que hacen referencia a estos encuentros, y que copan parte del capítulo IX. Se trata de una terminología con especial significado jurídico: tierra de nadie, corte itinerante, o conflicto de jurisdicciones. Estos aspectos Aspectos que son considerados tanto por el rey a título personal como en su relación con las *Corts* –según la terminología documental de la época en el Reino de Aragón– como importantes para la consecución de acuerdos consensuados con los poderes urbanos (p.442). un planteamiento propio de una tesis doctoral en Péquignot atisba una problemática que quedaría fuera del tema de la tesis objeto de este trabajo.

Una temática sin duda, toda ella, interesante para comprender el papel del rey Jaime II en la Corte de Aragón y el devenir de sus relaciones con sus más inmediatos colaboradores y fieles servidores. Relaciones que estaban mediatizadas por documentos en los que se contenía la voluntad real y que eran encomendados a los hacedores de la *diplomacia*. La acción de representación y mediación era llevada a término mediante prácticas diversas y en muchas ocasiones rodeadas de una parafernalia excesiva e intencionada. Aspectos, todos ellos, que el autor presenta a modo de conclusión en las cuatro páginas finales de su trabajo.

El texto, escrito en francés, es de lectura ágil, aún utilizando un registro formal y culto, lo que enriquece considerablemente la obra. Merece ser destacada la forma en la que se ha resuelto la presentación de las citas documentales. El autor ha optado por reducir la reproducción textual a párrafos puntuales que, por razón de idoneidad y oportunidad, justifican algunas de las afirmaciones o datos sobre la actuación de una institución, o de personas al servicio del gobierno de Jaime II (p. 80). Son citas puntuales, traducidas al francés y transcritas a pie de página en lengua original, lo que garantiza la fidelidad al texto. El autor recurre en numerosas ocasiones a analizar etimológicamente la terminología utilizada en la documentación, poniendo especial énfasis en la contextualización del lector. La inserción de estas aclaraciones en el mismo cuerpo del texto (98), denotan una preocupación por la fijación de los términos utilizados durante este periodo.

Péquiñot recurre en ocasiones puntuales al análisis comparado de la actividad en la Chancillería. Esta metodología le permite destacar la singularidad de la institución aragonesa y la evolución que la misma experimenta en relación a otros territorios fronterizos en el marco mediterráneo (p.125).

Completa este estudio un resumen en tres lenguas (francés, español e inglés), una serie de tablas y un útil CD-ROM con el diccionario de embajadores, y otras personas al servicio de la diplomacia bajo el término general de «courriers». También se incluye junto con un fichero que contiene la relación de embajadas y de vistas por parte del rey. En suma, Todo ello conforma un magnífico trabajo, resultado de la dedicación y el rigor propio de un reconocido y prestigioso historiador e hispanista medieval.

M.<sup>a</sup> MAGDALENA MARTÍNEZ ALMIRA

**PINO ABAD, Miguel. *El Recurso de suplicación en Castilla. Expresión de la gracia regia*. Prólogo de José M.<sup>a</sup> García Marín. Madrid-Barcelona: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006, 263 pgs. ISBN-13: 978-84-9768-384-5.**

En esta monografía, aparecida hace ya algún tiempo, el profesor Miguel Pino Abad sigue haciendo gala de su gusto y su pericia a la hora de dedicarse a un arduo y complejo aspecto de la Historia del Derecho como es la del Derecho procesal<sup>1</sup>. Miguel Pino es un verdadero especialista en cuestiones procesales y penológicas del Antiguo Régimen, sin que su ello suponga, como acertadamente señala su maestro, J. M.<sup>a</sup> García Marín, una «calcárea adherencia del investigador a un único tema que denota una repro-

<sup>1</sup> *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*, Córdoba, 1999 o *La tacha de testigos en su evolución histórica hasta la nueva Ley de enjuiciamiento*, Córdoba, 2002,

chable falta de curiosidad científica, generadora, a la postre de graves carencias intelectuales». Desde su probada experiencia en diversos ámbitos de la Historia jurídica, Miguel Pino, nos ofrece un completísimo estudio de la Súplica y Segunda Suplicación entre los siglos XIII y XIX, tema fundamental para conocer el aparato procesal del Antiguo Régimen, lo que permite a sus colegas y estudiosos del mundo histórico jurídico la ocasión de aprender mucho y bien.

Los recursos objeto de estudio nacen en la segunda mitad del siglo XIII, al calor de la consolidación del derecho territorial castellano; se consideraban de carácter extraordinario, pues no en vano el autor les tilda «expresión de la gracia regia», reflejo de la potestad jurisdiccional del monarca. Tras una larga vida, con abundantes reformas en su configuración, la separación de poderes y los cambios procesales que el nuevo Estado liberal-burgués requería, hicieron que, a partir de 1838, desapareciera la segunda suplicación, y la suplicación se reservara prácticamente a los autos interlocutorios, como muestran las leyes de enjuiciamiento criminal de 1872 y 1882, así como la de enjuiciamiento civil de 1881.

La suplicación era el recurso que cabía interponer a los litigantes contra las sentencias civiles o penales, que, al haberse dictado directamente por el Rey, o por sus tribunales y jueces superiores, «a priori» ya se consideraban firmes y por tanto no susceptibles de posterior apelación.

La segunda suplicación tenía una justificación similar, aunque a partir de 1390 institucionalizó con rasgos propios. Este recurso, también llamado de las «mil quinientas» se interponía contra las sentencias en grado de revista dadas por las Audiencias, Chancillerías, y por el Consejo Real, en causas previamente incoadas ante estas altas instancias. Para su interposición se exigían unos requisitos muy estrictos: comenzaba con la presentación de un escrito formal al Rey, solicitando que graciosamente revisara la sentencia emitida sobre asuntos «arduos», complejos y de elevada cuantía; se sustanciaba en un plazo de diez días, con la ineludible obligación de depositar una cuantiosa fianza, mil quinientas doblas, que el recurrente perdía si la sentencia era confirmatoria de la dada en grado de revista.

Nos encontramos pues ante recursos procesales cuya pervivencia a través de todo el Antiguo Régimen, a pesar de continuas mutaciones y reformas, se justificaba por el objetivo irrenunciable de alcanzar la Justicia, fin último de la soberanía. El rey en uso de la misma, graciosamente, los utilizaba tanto para suavizar el extremo rigor de algunos jueces en sentencias inapelables, como para tutelar los derechos legítimos de litigantes claramente perjudicados en la sentencia de revista. Esta finalidad explica la importancia que la segunda suplicación adquirió en las Indias como, medio de defensa para proteger a naturales y litigantes sin recursos<sup>2</sup>.

Fijado el objeto del trabajo, el autor, con una metodología analítica-descriptiva, va recorriendo etapas temporales, desgranando y analizando los problemas que en cada momento surgen, e intentando explicar cada nueva reforma normativa como contestación a las denuncias que sobre las carencias y fallos en su momento hacen los procuradores de las Cortes y los juristas de la época. Miguel Pino constantemente se arriesga a valorar si las sucesivas reformas se tradujeron en una mejora de la institución y, posteriormente, analiza las consecuencias que para el justiciable acarrearán medidas como el cambio de órgano competente para conocer los recursos, la fijación o modificación de los requisitos para su sustanciación (fianza, plazos y formalidades exigidas en la interposición del recurso), y la ejecución de las sentencias resultantes.

---

<sup>2</sup> Véanse especialmente las páginas 164 a 173 del libro que nos ocupa.

Es necesario destacar que el autor no se queda en la mera acumulación de datos organizados en un esquema de trabajo más o menos aceptable, sino que, entre líneas, permite conocer al atento lector el acabado el modelo procesal que consagró el *Ius Commune*. Pino Abad va engarzando la vida de los recursos con los principios que sustentaban el proceso: la mayoría de justicia del rey, junto con la vinculación necesaria de jueces y magistrados a un orden procesal que, en todo caso, les obliga a juzgar únicamente conforme a lo alegado y probado en el proceso, siempre en aras de alcanzar la verdad y la justicia. El autor nos sugiere que el arbitrio judicial, no era mera arbitrariedad, sino el instrumento necesario para corregir los desajustes jurídicos, en espera de nuevas normas adecuadas. Así mismo nos hace reflexionar como la complejidad de estos recursos no es más que el reflejo de un enrevesado sistema procesal, donde los justiciables, al no verse suficientemente amparados en sus derechos, necesitaban recurrir a mecanismos extraordinarios.

En definitiva, Miguel Pino consigue dar la dimensión exacta al problema de la lentitud de la Administración de Justicia, agravada por las maliciosas prácticas dilatorias que los recurrentes utilizaron en estos siglos, sin que la imposición de las cuantiosísimas fianzas y la ejecución previa a la aparición de la sentencia de suplica pudieran evitar. Acertadamente se concluye que estos problemas generaron una desconfianza hacia la Administración de justicia y sus actores de tal calibre que justifica, en el primer tercio del XIX, la adopción de un nuevo «paradigma» procesal donde la sujeción del juez a la ley, y la generalización de recursos como la casación, dejaron sin utilidad social recursos como los que se tratan en esta obra.

La defensa de las tesis que el autor nos propone explica la estructura interna de la obra, en tres grandes bloques. En el primero de ellos se aborda el estudio de la suplicación entre los siglos XIII y XIX, al que dedica los dos primeros capítulos; Tras presentar los perfiles generales del recurso tal y como apareció en el siglo XIII (pp. 17-46); sigue con la determinación de su objeto; pasa revista a la sucesiva atribución de competencia para conocerlo, —primero por el juez de las apelaciones, y, más tarde, por las Audiencias y por el Consejo Real, con los consecuentes problemas que esa indefinición generó— y finaliza con un completo estudio de su tramitación: término para interponerlo, forma, sustanciación ante los jueces competentes, aportación de pruebas, ejecución de la sentencia y condena en costas.

Determinado el marco general, el capítulo II va desgranando exhaustivamente los cambios normativos, muchas veces de ida y vuelta, a los que se sometió la suplicación; concluye Pino que éstos, en su mayoría y sin mucho éxito, se dirigieron a agilizar el proceso y evitar actuaciones fraudulentas de los recurrentes. Concienzudamente expone como se fue configurando la suplicación en el reinado de los Reyes Católicos (pp. 49-70), a través de las reformas normativas recogidas en las Cortes de Toledo de 1480, en las Ordenanzas de Córdoba de 1485, en las de Medina del Campo de 1489, y en las Ordenanzas para abreviar los pleitos de 1499 y 1502; sin olvidar, tampoco, las especialidades surgidas con el nacimiento de la Audiencia y Chancillería de Ciudad Real y Galicia. A las reformas los reinados de Dña Juana, Carlos I y Felipe II vigentes hasta el siglo XVIII, les dedica las páginas 70 a 84, donde se hace eco de la ampliación del objeto del recurso a las sentencias referidas a Hacienda, juicios de tenuta, juicios de residencia y a las sentencias de las Audiencias y Chancillerías en ámbito civil y criminal. Termina este periodo histórico analizando las especialidades del recurso en la Audiencia de Sevilla, que se reproducirán en la de Canarias. En su parte final, el capítulo aborda el nuevo panorama surgido en el siglo XVIII, con las reformas que se hicieron necesarias por la nueva planta de las Audiencias de la Corona de Aragón, y la creación de las Audiencias de Asturias y Extremadura (pp. 89-92).

Con criterios similares, el autor se adentra en la singularidad del recurso de segunda suplicación institucionalizado en 1390. En un breve capítulo III define su naturaleza y como se reguló en las Cortes de Segovia de dicho año; qué requisitos eran necesarios para interponerlo; la obligación ineludible de prestar la fianza y la competencia para conocerlo, nacida de la voluntad real (pp. 95-100). Es el punto de partida para desarrollar la vida de la segunda suplicación a lo largo de los siglos xv a xviii (pp. 103-159), y los problemas que su uso generó; para ello da voz a la doctrina castellana que va expresando su criterio a la hora de definir el alcance de los requisitos, por ejemplo el concepto de la «arduidad», o de resolver normativamente dichos problemas en orden a la legitimidad para recurrir, el depósito previo de la fianza y su cuantía. Aborda el temprano monopolio del Consejo Real para conocer el recurso a través de la Sala de las Mil Quienientas, y los problemas surgidos en su tramitación. El capítulo finaliza con las singularidades de la segunda suplicación en el Consejo de Indias y en el de Guerra. Quizá el excelente desarrollo del estudio sobre la segunda suplicación queda un tanto deslucido por cierta falta de equilibrio entre los dos capítulos, que se hubiera resuelto con un tratamiento conjunto.

El libro concluye con una tercera parte a la que se dedica el Capítulo V, donde se nos muestra el ocaso de los recursos. Miguel Pino nos muestra el primer tercio del XIX, como un periodo de indefinición y cambios: primer liberalismo, vuelta al antiguo sistema y efímera atribución de su conocimiento al Tribunal Supremo de España e Indias (pp. 179-186). En el *Reglamento para Administración de Justicia de 1835* se limitaron los supuestos en los que se permitía imponer la suplicación, mientras que el conocimiento de los recursos de segunda suplicación quedaba atribuido al Tribunal Supremo, restringiendo el reglamento su resolución a los interpuestos antes de 1835, y cercenando la posibilidad de interponerlos en el futuro, lo que supuso su práctica extinción. El recurso de suplicación sufrió nuevas modificaciones por la *Ley* que sustanciaba los pleitos de menor y mayor cuantía de 1838, mientras que *Real Decreto sobre recursos de segunda suplicación e injusticia notoria de 1838* consagró el fin de la segunda suplicación; como bien dice Miguel Pino, «la acuciante necesidad de simplificar los trámites procesales, estaba en abierta contradicción con la existencia de un recurso como éste que lejos de ser un mecanismo de defensa de los litigantes... se había convertido en una perniciosa herramienta dilatoria, carente en muchas ocasiones del más mínimo fundamento».

Finalmente, es de justicia alabar el excelente manejo de fuentes jurídicas de naturaleza dispar. Las continuas referencias legislativas, vienen siempre matizadas por el oportuno comentario doctrinal, y algunas referencias a pleitos concretos. La obra se cierra con una extensa relación de fuentes manuscritas e impresas, una cuidada relación bibliográfica, y un apéndice documental muy interesante, al que modestamente pienso que, en una obra tan magníficamente planteada, se debía haber dado un mayor protagonismo.

Concluyo insistiendo en la buena factura e importancia de la publicación que aquí se analiza; Miguel Pino ha empleado sus extensos conocimientos con una loable honestidad intelectual; que le permite ofrecernos el conocimiento acabado de una institución fundamental en la vida procesal castellana. En esta monografía forma parte del cada vez mas numeroso elenco de obras imprescindibles para abordar, con el preciso rigor intelectual, la construcción de una Historia del Derecho procesal.

CARMEN LOSA CONTRERAS

**PRODI, P. *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho*, Madrid, Katz, 2008. 457 pp. ISBN 978-84-9685-931-9**

En el año 2008 apareció la traducción de *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, (Società Editrice Il Mulino, Bologna, 2000) del profesor Prodi, una obra muy bien recibida por la crítica, y que ha resultado ser uno de los mejores libros de historia del pensamiento jurídico de los últimos años. Para celebrar su traducción al español, quisiera enfatizar en esta reseña la importancia de la obra, ahora al alcance de un mayor público en el mundo hispano.

El libro se define más por su subtítulo que por su título. El lector podría pensar erróneamente que se trata de una historia de la justicia como dilema entre el derecho y la ética, pero realmente el problema que trata el autor es la historia de la justicia desde la perspectiva jurisdiccional: cuáles han sido en la Historia las sedes formales y materiales que han ejercido la justicia. Su conclusión es que ésta se ha ejercido en un pluralismo de foros: los dos más importantes y representativos son el de la jurisdicción civil y el de la eclesiástica. La primera se ha ocupado históricamente del delito, y la segunda del pecado. Así pues, la obra estudia el control del delito y del pecado, y las tensiones entre los diferentes foros para conocerlos y juzgarlos.

Es por ese motivo, que la Historia de la justicia de Prodi sea una obra exclusivamente europea y occidental: su interés es mostrar que la persona formada en esa civilización ha estado acostumbrada a un fuero externo y a otro interno, a diferenciar entre el delito y el pecado. La dialéctica entre ambas esferas alimenta, según Prodi, la evolución de la soberanía y de la jurisdicción europea.

Hay que recalcar que el libro se sitúa en la frontera entre la historia de las ideas y la historia del derecho. Por ello puede mostrarse crítico con la historiografía tradicional de ambas disciplinas e hilvanar un discurso sólido con las obras más renovadoras de cada una de ellas. La tesis principal de Prodi se encuentra en consonancia con la de los historiadores del pensamiento político medieval, tales como André Muralt (*La estructura de la Filosofía política moderna*) o Walter Ullmann (*Historia del pensamiento político en la Edad Media*), que destacan la importancia de la Edad Media en la formación intelectual de la Modernidad Europea. Prodi, en su análisis, se sitúa en la línea de Brian Tierney (*The idea of Natural Rights*) o de H. Berman (*Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*), examinando la ideología subyacente en el derecho positivo, estudiando con atención las normas civiles y, sobre todo, la formación del «derecho canónico», para construir sobre ello un discurso teórico.

Con este enfoque puede criticar cómodamente a los historiadores de la Filosofía, del Derecho y de la Teología y el Derecho canónico por la rigidez en sus planteamientos, entre los que destaca la contraposición inamovible entre el fuero civil y el eclesiástico, así como también la idea de que la uniformidad de fuero representa el progreso. Para justificar su proceder propugna dos condiciones: a) no recluirse en una disciplina y b) hacer un seguimiento diacrónico de la frontera entre todas ellas (p. 18).

Prodi remarca en los dos primeros capítulos que el derecho canónico es algo exclusivamente occidental, pues en Oriente, con el cesaropapismo, no se encuentra ninguna expresión similar. En Occidente, gracias al miedo al purgatorio y la esperanza en el Juicio Final alentados por la Iglesia, se despertó una conciencia más allá del derecho positivo, canalizada mediante la confesión y el control eclesiástico. Prodi recalca que «en Occidente nacen dos órdenes universales paralelos arraigados en el antiguo derecho



romano: el canónico, administrado por el papado, y el civil, al que se remiten los príncipes seculares, en competencia entre sí» (p. 63).

Progresivamente se dan contracciones entre el fuero interior (*iudicium poli*) y el contencioso (*iudicium fori*), que Prodi interpreta como desavenencias entre la teología y el derecho canónico (p. 84). A finales de la Edad Media quedó clara la imposibilidad de establecer un sistema jurídico único al igual que en Oriente, una tentación para algunos canonistas anteriores a Graciano. La particularidad Occidental se encontraba en una doble diferenciación: la existencia del fuero eclesiástico y el civil, por un lado, y el examen de la conciencia, por otro.

La independencia del derecho canónico y el civil, y su base romanista es una idea recalçada por Berman y Tierney, que tiene también su refrendo en la obra de Paolo Grossi. Todos estos autores hacen un especial hincapié en la obra de Graciano, pues a través de ella la Iglesia toma el derecho romano como instrumento para su propia consolidación institucional, labor paralela a la recepción justiniana del derecho civil. Al mismo tiempo, la Iglesia hacía equilibrios entre la teología –más consolidada– y la carga ideológica del derecho canónico.

Todas estas ideas son, sin embargo, muy críticas con la construcción historiográfica del «derecho común», compartida por los historiadores del Derecho, sobre ideas de Calasso, Ermini y, en nuestros días, Manlio Bellomo. Frente a ellos, y a su consideración del *ius commune* como una síntesis del derecho civil y del derecho canónico, Prodi propone reconsiderar las categorías y admitir que el derecho romano justiniano fue la base del derecho civil y el canónico, pero que ambas construcciones se desarrollaron de forma independiente y paralela. Prodi recalca la importancia del derecho canónico después de Graciano, pues es, a la vez, universal para todos los cristianos, y particular para los que viven en los territorios del Papa. Pese a que el autor lógicamente no desarrolla cada una estas divisiones, el lector puede hacerse a la idea de la pluralidad de ordenamientos jurídicos y de fueros, teorizada por Grossi.

La Iglesia tuvo que soportar un arduo debate intelectual entre canonistas y teólogos, establecidos ya en sede universitaria y con autonomía propia. Prodi destaca que de las fricciones entre ambas y de los roces de la Iglesia con los ordenamientos civiles se formó el pensamiento jurídico moderno. La resolución de este conflicto, planteado en el tercer capítulo, se resuelve entre los siglos XIV y XVII, tal como explica Prodi en el capítulo cuarto.

De hecho, Prodi respalda ampliamente las tesis de Kantorowicz sobre la construcción teológica de la doctrina del príncipe, de modo que la doctrina política secular entró en la «Modernidad» a partir de la construcción intelectual que la reflexión teológica le había preparado. Prodi también cita el acierto de los historiadores del derecho –que él denomina– ibéricos (Clavero y Hespanha) en su concepción del derecho de la época del Descubrimiento de América: la simbiosis entre *princeps* autoritario, que necesita del armazón conceptual de la Iglesia y la propia institución eclesiástica ve en el monarca un aliado extraordinario para hacer cumplir la ley (p. 167).

La Modernidad empieza con una alianza entre el derecho y la teología, de forma que el derecho canónico quedaba progresivamente desplazado. Frente a la historiografía jurídica y de las ideas, Prodi destaca que los padres fundadores de la Reforma no eran teóricos que crearon una propuesta espiritual orgánica (p. 212), sino más bien un grupo multiforme de personas. Sin embargo, los reformadores no eran filósofos, sino juristas y teólogos. El autor se detiene –siguiendo los trabajos de Robert Feenstra– a examinar la influencia del derecho canónico en el «*ius ecclesiasticum protestantium*», pues «el derecho canónico aportó los ladrillos, la materia prima que se reutilizó para construir la nueva realidad eclesiástica» (p. 222). En casos como el de Calvino, derecho civil y ecle-

siástico se funden, mientras que en los países católicos ese hecho era conceptual y fácticamente imposible.

El Concilio de Trento marca un repliegue de la Iglesia Católica y el punto más bajo en la importancia del derecho canónico, que dejó de ser la ciencia del «deber ser», sepultada bajo los decretos conciliares. Simultáneamente se fracturó de forma definitiva la convivencia entre teología y derecho canónico, y éste pasó a ser un conglomerado jurisdiccional en el que quedaban mezclados el poder legislativo, el judicial, el administrativo y el de las llaves (de Pedro). La Iglesia se centró en la «cura animarum» y su tarea de control quedó exclusivamente en el ámbito de la conciencia: así en la disposición eclesiástica contrarreformista se encuentran el altar y el púlpito, al que se une el confesionario.

Prodi, muy centrado en el debate a tres bandas entre el derecho civil, la teología y el derecho canónico, se ocupa en los capítulos VII y VIII de algunos problemas filosófico-jurídicos de la justicia, pues según recuerda el profesor italiano, en esa época el derecho y la moral tuvieron grandes vínculos en los tratados de los juristas, los filósofos y los teólogos. De hecho, el título de los capítulos «La norma: el derecho de la moral» y «La norma: la moral del derecho» hace referencia a esta particular y –hasta cierto punto dolorosa– ósmosis. En primer lugar se produce el nacimiento de la «teología moral» católica, que arrebata ciertas competencias al derecho canónico, y en segundo lugar, la fundamentación del iusnaturalismo. En este sentido, Prodi examina con rapidez la doctrina del derecho natural desde Grocio hasta Kant, consagrando la historiografía clásica en este campo.

En todo caso, no se trata de reproducir aquí el camino que sigue el autor: baste con señalar que, frente a la época anterior a la Reforma, la moral viene a sustituir progresivamente al derecho canónico. La teología moral católica y la ética protestante muestran la oposición entre las leyes de la conciencia y las leyes positivas. Todas estas ideas sirven a Prodi para consagrar su tesis principal: el hombre occidental ha estado pendiente de dos fueros (pecado y delito). Con independencia de que tales fueros hayan cambiado en la Historia, la diferencia entre uno y otro ha configurado el dualismo occidental frente al monismo oriental.

Por eso, Prodi acaba su obra con una vindicación de esa duplicidad de órdenes frente a la actual «norma unidimensional». En el último capítulo hace mención a esta cuestión, y hace referencia a Kelsen y a Schmitt, explicando sutilmente que el primero es el partidario de la unidimensionalidad neokantiana, frente al segundo, partidario de la duplicidad de fueros. No es de extrañar que un libro que sitúa su examen de la justicia entre la teología y el derecho dedique unas últimas palabras al estremecedor testimonio del teólogo Dietrich Bonhoeffer, que explica la dramática escisión interna de los cristianos en la época de Hitler: no se podía acatar el derecho nazi y continuar aceptando el Evangelio.

Prodi concluye su obra mediante comentarios sugerentes sobre la actual unidimensionalidad del derecho, que hace que la justicia se dirima exclusivamente en un único fuero. El profesor italiano extrae unas consecuencias muy adecuadas de su discurso y son plenamente coherentes. La obra *Una historia de la justicia* debe entenderse siempre en el sentido de la justicia jurisdiccional, y no como virtud. En los últimos años se han sucedido algunas obras de gran entidad sobre el problema de la justicia desde el punto de vista moral, casi siempre filosófico o teológico (I. Englard: *Corrective and Distributive Justice: From Aristotle to Modern Times* o T. Irwin, *The development of Ethics* por ejemplo). El libro del profesor Prodi queda como una aproximación jurídica a la escisión entre delito y pecado, y su exposición, a partir de fuentes bien seleccionadas y de una correcta teorización, resulta sumamente convincente y esclarecedora.

La traducción que ahora se presenta al castellano es correcta, pero muestra una escasa familiarización del traductor con los autores y las obras citadas. Aun así, el lector no tiene ningún problema para seguir el desarrollo de esta obra excelente, que merece una asimilación tranquila y meditada.

RAFAEL RAMIS BARCELÓ

**RIBOT GARCÍA, Luis.** *El Arte de gobernar. Estudios sobre la España de los Austrias.* Alianza Editorial, Madrid, 2006. 312 pp. ISBN 84-206-4780-2.

Fruto del rigor intelectual que caracteriza su trayectoria investigadora y académica,<sup>1</sup> Luis Ribot publicaba la obra que aquí presentamos en 2006. Escrita en una amena y clara prosa castellana, *El Arte de gobernar*, es la reunión en una cuidada selección de ensayos con los aspectos más representativos de las líneas de investigación que durante años ha venido desarrollando el autor. Ribot elige tres grandes temas: organización y desarrollo del Ejército, el difícil engarce territorial de la Monarquía, y el reinado de Carlos II, para ofrecernos una nueva perspectiva de los siglos XVI a XVIII. Así, cuestionando la vigencia de muchos mitos historiográficos que han rodeado esta época, el autor muestra su convencimiento de que la «virtud, disposición y habilidad» de los integrantes del aparato administrativo de la Monarquía española hizo posible, aún con problemas, mantener a flote con «cautela, maña y astucia» el maltrecho barco español en las procelosas aguas del siglo XVII.

Para demostrar esta tesis final, la obra se ha construido sobre la base de una meditada estructura interna dispuesta en tres grandes bloques temáticos, donde los ensayos que la forman se ordenan de manera impecable, de modo que el primero de ellos, siempre presenta el planteamiento general de un problema que nos permite entender y valorar las cuestiones particulares que se desarrollarán en el resto de los ensayos de dicho bloque.

**I.** El Ejército, instrumento fundamental de expansión y conservación territorial de los nuevos Estado europeos, se nos muestra como el gran protagonista de estos convulsos siglos en la primera parte del libro. El ensayo titulado: *Los ejércitos en la Europa moderna. El caso español* (pp. 17-55) nos presenta la evolución en la profesionalización del Ejército en toda Europa, utilizando el modelo español como referente obligado; pues no en vano ayudó, en el siglo XVI, a convertir a la Monarquía española en la potencia dominante. Así, Desde el reinado de los Reyes Católicos, asistimos a una serie de novedades técnicas y organizativas<sup>2</sup> que darán lugar en toda Europa a una verdadera «revolución militar» donde las armas hispanas tuvieron un papel protagonista.

<sup>1</sup> RIBOT, Luis, recibió con todo merecimiento el Premio Nacional de Historia de España, en 2003, por su obra *La Monarquía de España y la guerra de Mesina (1674-1768)*, Madrid, 2002.

<sup>2</sup> El autor pone de relieve, como desde la Guerra de Granada, quizá la última de las guerras medievales, se abandona el concepto de la guerra como ocupación exclusiva de la nobleza, y la Monarquía pone en marcha una serie de medidas de modernización que serán referente europeo. En primer lugar, se sustituyó la caballería pesada por unidades más ligeras con la instauración de las «guardas de Castilla», reformándose a la vez el sistema de «acostamiento»; por otro lado, se consagra la obligación de todos los súbditos de tomar parte en la defensa del reino en las Ordenanzas de 1495 y 1496, completada con el fallido proyecto de Cisneros sobre la «Gente de ordenanza».

Los efectivos que componían los ejércitos europeos, a partir del *xvi*, se duplican en número por la necesidad de tener en todo momento unidades permanentes prestas a una rápida intervención. En estos nuevos ejércitos la modernización de la técnica militar propició la sustitución de la caballería armada pesada por unidades más ligeras, mientras que la infantería adquiría un papel esencial, como lo demuestran el protagonismo de los arqueros ingleses, piqueros suizos y, sobre todo, de los lansquenets alemanes. A ello se unió la utilización de la artillería y, paulatinamente, se dotó de armas de fuego a las tropas regulares (arcabuceros). El nuevo concepto de guerra, donde el asedio ganaba la partida a grandes enfrentamientos a campo abierto, hizo necesaria una extensa y costosa red de fortificaciones, que debían dotarse de un considerable número de efectivos para presidir las plazas.

El autor remarca la importancia de los factores políticos en la revolución militar. En efecto, los ejércitos ya no eran sólo patrimonio de la nobleza, sino que, ante la necesidad de aumentar significativamente el número de efectivos, los gobernantes dieron cabida en su seno al pueblo llano. Sin grandes ejércitos, apoyados en una correcta organización administrativa y logística, no era posible llevar a cabo una política exterior de expansión o defensa; para vencer al enemigo se requería un ejército numeroso, acudiéndose a todos los medios posibles de allegar tropas. En el siglo *xvi* asistimos a la gran eclosión de los mercenarios, reclutados en los lugares más deprimidos de Europa y que conforman un ejército por naciones; junto a ellos voluntarios<sup>3</sup>, o reclutados forzosos (delincuentes, vagos, maleantes). A su vez, el reclutamiento administrativo dio lugar a una poderosísima clase de empresarios militares e intermediarios que, en toda Europa, se enriquecieron extraordinariamente, asumiendo, en ocasiones, la obligación que los Estados tenían: crear un aparato burocrático que gestionara con eficacia los ejércitos.

La excesiva presión fiscal y las continuas demandas de efectivos durante el siglo *xvii*, hicieron que, junto a Castilla otros territorios de la Monarquía, especialmente los italianos, debieran contribuir cuantiosamente al esfuerzo bélico. El fracaso de la Unión de Armas, agudizó el reclutamiento forzoso; desocupados, bandidos, delincuentes sin ningún compromiso ideológico y sin formación militar, formaban unidades donde eran frecuentes las deserciones. Ante ese panorama, se recurrió a las milicias o a allegar recursos para contratar a mercenarios experimentados. Así, en el siglo *xvii*, asistimos al auge de los ejércitos estatales, donde las nuevas formas de reclutamiento prefiguraron el sistema de conscripción, y, sobre todo, se consagró la superioridad del ejército francés<sup>4</sup>, modelo que España, en su decadencia, imitó como pudo.

Ribot coincide con G. Parker, en que el siglo *xviii* culmina la revolución militar; unida a una serie de innovaciones técnicas<sup>5</sup>, la leva masiva, como la que tuvo lugar en plena revolución francesa (1793), llevó al límite la tendencia al servicio militar universal, dando paso a un nuevo tipo de Estado, de sociedad y de guerra en la historia de Occidente.

---

<sup>3</sup> RIBOT señala la singularidad y la fuerza del caso castellano, donde la abundancia de voluntarios se vio favorecida por el alto grado de homogeneidad ideológica y religiosa de la sociedad, cuando los objetivos de la política exterior se identifican con la contrarreforma y la oposición al avance protestante (véase pp. 29-30).

<sup>4</sup> Luis XIV, sirviéndose del Ejército como instrumento de poder político, introdujo una serie fundamental de reformas burocráticas y técnicas, dirigidas fundamentalmente a formar cuerpos de efectivos numerosos y bien adiestrados, fomentando el sistema de la aportación regular y forzosa, por cada distrito, de una serie de cupos de soldados previamente fijados.

<sup>5</sup> Las más importantes fueron el desarrollo de la caballería e infantería ligera, el paso del orden lineal al profundo en ataque, la organización del ejército en divisiones, grandes unidades autosuficientes integradas por todas las armas y servicios. (véase pag. 56).

La visión sobre el desarrollo del Ejército en la Monarquía, se completa con dos excelentes artículos que explican en paralelo la solución al angustioso problema del reclutamiento de efectivos en momentos de verdaderos apuros económicos. En ellos comprueba como, desde mediados del siglo xvii, la extenuante presión por reclutar efectivos y financiarlos, soportada mayoritariamente por Castilla, se intentó aligerar con la contribución de otros territorios de la Monarquía, en especial, los de la Italia meridional.

En *Las milicias en Castilla. Reclutamiento y «composición» de un ejército de reserva* (pp. 57 a 91), Ribot analiza la formación de estas agrupaciones militares auxiliares y esporádicas que, con antecedentes en el siglo xv, se crearon inicialmente con el objetivo de complementar al ejército regular para la defensa del territorio, en especial las zonas costeras del Atlántico; sin embargo, la crisis territorial de mediados del xvii asimiló sus funciones a las tropas regulares.

Su escasa eficacia, motivada por el sistema de reclutamientos forzosos y la poca pericia en el manejo de las armas, aconsejó su sustitución por una imposición que se destinaría a reclutar mejores efectivos o paliar las angustias hacendísticas. La generalización del mencionado impuesto (*composición*) en la geografía castellana, su cronología y sus características, son aspectos que presenta el autor en este estudio, avalados por una avalancha de datos significativos, analizados en esclarecedores cuadros sinópticos. Con estos elementos, Ribot llega a la conclusión la población castellana, a pesar de la creciente e imparable presión fiscal, prefería el pago de cantidades ciertamente cuantiosas que el reclutamiento forzoso de súbditos sin ninguna experiencia militar; en definitiva, la composición introdujo «un cierto alivio» para la esquilmada Castilla.

Las aportaciones de los territorios italianos al esfuerzo bélico de la Monarquía se afrontan en el más novedoso de los trabajos que el autor presenta. *Las provincias italianas y la defensa de la Monarquía* afrontan con rigor el análisis y la estructura de la defensa de la Italia española (Milán, Sicilia y Nápoles) en los siglos xvi y xvii, así como el papel que estos territorios jugaron en el conjunto del sistema militar de la Monarquía. Establecida una necesaria cronología general, Ribot muestra los elementos que integraban la organización naval y militar –fortificaciones e infantería, galeras y caballería–, valorando con especial atención la cuantía de los efectivos que se aprestaron en cada territorio. En un balance de conjunto se establece que, con unos efectivos no muy cuantiosos, más en Milán que en los territorios del Sur, fue posible mantener el dominio español, a pesar de la gravedad de la crisis de la segunda mitad del xvii. El descontento generado por las exacciones y levas, detonante de las revueltas italianas, fue reconducido por la habilidad de los representantes de la Monarquía, estableciendo los pactos necesarios con los distintos estamentos sociales y trazando una malla de intereses comunes que atemperó el clima de rebelión.

**II.** La conclusión final del trabajo anterior, nos pone sobre la pista de las tesis que construyen los trabajos recogidos en el segundo bloque que su autor significativamente titula: «Crisis y rebelión en el mundo hispano». En él se muestra claramente la pericia del aparato gubernativo de Monarquía para hacer frente a ese movimiento centrífugo que, en la segunda mitad del xvii, estuvo a punto disgregarla.

*Conflicto y lealtad en la Monarquía hispánica durante el siglo xvii* (págs 122-152) responde al planteamiento de cómo se gestaron y qué motivó ese clima de rebelión generalizado. Ribot, más que calificar a estos movimientos como rebeliones o simples revueltas ofrece una explicación plural donde la riqueza y la complejidad de los diferentes conflictos se motiva por la mezcla de componentes políticos y sociales que serán vitales a la hora de su resolución. El autor contrapone la cohesión interna que caracte-

rizó el tranquilo reinado de Felipe III con el de su sucesores, donde la omnipresencia de la guerra, la lucha por la hegemonía en Europa, y la política de Olivares (presión fiscal y militar, unida a una forma de gobierno basada en las Juntas, apoyado por sus amplias clientelas y contrario a las formas tradicionales de gobierno) generó un clima de conflicto interno que comprometió la posición política de la Monarquía. Las rebeliones ampliaron los frentes de lucha, mermando la posibilidad de intervención en Europa, mientras que sus enemigos exteriores socavaban aún más la estabilidad interna apoyando a los rebeldes.

Así asistimos a una profusión de revueltas que debilitaron a una Monarquía ya agotada militar y económicamente. En época de Felipe IV se produjo la pérdida de Portugal en 1640, las revueltas catalanas en el mismo año, la conjura de Medina Sidonia en 1641, y las revueltas populares entre 1648 y 1652, así como los levantamientos de Sicilia y Nápoles entre 1642 y 1648. Conflictos que continuaron en buena parte del reinado de Carlos II con el asesinato del Virrey de Cerdeña en 1668, la Guerra de Mesina, entre 1674-1678, y las revueltas de los barrentinas catalanes y la segundas germanías valencianas entre 1687 y 1693.

Estos conflictos, con excepción de Portugal, a la postre fueron reprimidos y permitieron mantener unida la Monarquía, pero supusieron la ruptura del vínculo fundamental entre Soberano y súbditos. Ribot introduce como se transformó ese concepto «inasible y complejo» que es la lealtad, buscando los rebeldes sustituirla por otra referencia que sirviera de articulación colectiva e individual para una sociedad tremendamente jerarquizada. En estos convulsos años se «trasfiere la lealtad» a otro rey o a la «patria» como ámbito político ideal.

Sin embargo, como el autor afirma, la lealtad era mudable y «evanescente», y la diversidad de motivaciones, ideales, e intereses de difícil catalogación, junto con la dificultad de reducir a la unidad diferentes estrategias de resistencia, fue la gran baza que permitió a la Monarquía resistir el envite; mientras tanto, progresivamente se debilitaban los focos de rebelión<sup>6</sup> y se procedía a reconstruir los mecanismos políticos y sociales que fundamentaban la fidelidad. En una dialéctica de castigo-clemencia, se acuñaron soluciones diversas tenían en común el deseo de volver a la realidad, reactivando y mejorando el complejo mundo de relaciones e intereses en que se basaba el poder de la Monarquía.

Pero ¿qué consecuencias políticas se siguieron de esas «transferencias de lealtad»? Desde que Reglá acuñara el término en los años 50, se ha venido hablando de un neoforalismo como resultado de las revueltas de finales del XVII. Ribot somete a revisión el tópico con dos datos fundamentales; por un lado la Monarquía tomó parte activa en la política de los territorios periféricos, manteniendo o incrementando su dominio, lo que permite hablar, como dice I. Thompson, de un «absolutismo estructural» por encima de la debilidad personal de los monarcas. Por otro lado, lleva a cabo una estrategia negociación y colaboración de los grupos dirigentes de cada territorio en defensa de sus propios privilegios y costumbres. En definitiva, nos encontramos ante la recuperación del sistema pactista como trasfondo de la negociación política, lo que no excluye la existencia de uso y extralimitación, en ciertos casos, del poder real.

---

<sup>6</sup> El autor, en la p. 143, afirma acertadamente que tanto en Castilla, como en la periferia el mantenimiento de la Monarquía se basó en notables dosis de sabiduría, prudencia y habilidad política, de hecho, «en los territorios en que se produjeron las revueltas la mejor prueba fue la capacidad de restañar las ideas y rehacer el sistema político con suficiente grado de estabilidad.

Como consecuencia final de la crisis, sobre todo en el reinado de Carlos II, el autor reconoce que, frente al dinamismo y la fortaleza de Francia o Inglaterra, la Monarquía sufrió una merma importante de poder. Se trataba ya no de engrandecer la reputación, sino de «conservar» lo que se había logrado en un pasado más glorioso. Pues bien, con concesiones a las oligarquías, y combinando autoridad con negociación, los gobernantes fueron capaces de mantener la superioridad y la «preeminencia decisoria» del rey en un equilibrio de fuerzas que hizo posible la estabilidad del sistema, cumpliendo el objetivo de conservar buena parte de los dominios de Carlos II.

En definitiva: «los gobernantes de la Monarquía habían demostrado sabiduría, prudencia y habilidad política para evitar rebeliones o reconstruir la lealtad. Esas mismas virtudes les hacían ver que nada era seguro ni para siempre. La fidelidad, tanto de los poderosos como la del pueblo, había que ganársela día a día, y las propias manifestaciones de lealtad podían transformarse en el sentido contrario. El gobierno era difícil e incierto, pero hay que decir, a la vista de los resultados, que quienes lo desempeñaron supieron salir bastante airosos de la mayor parte de las dificultades a las que hubieron de hacer frente, que no fueron pocas, ni sencillas<sup>7</sup>».

Cabal ejemplo de las palabras anteriores, es el ensayo titulado *Las revueltas en la Italia española 1647-1648* (pp. 153-195). En él Ribot muestra todo su conocimiento sobre al realidad italiana de la segunda mitad del XVII. Para el caso napolitano, analiza conjuntamente la revuelta de Masanello con otros factores desencadenantes de la crisis que considera imprescindibles para comprender su magnitud. Mientras que el estudio de la revuelta de Sicilia, realidad que el autor conoce perfectamente, le permite concluir, tras un riguroso examen de la situación política, social y económica, como las medidas impuestas por el Conde-Duque de Olivares fueron su detonante; y, lo más importante, como la considerable aportación financiera que los naturales del reino debieron hacer para sufragar los desmesurados gastos bélicos tuvo efectos irreparables en la sociedad y la economía de la isla.

**III.** El libro finaliza con los ensayos dedicados al «Fin de la Casa de Austria». Aprovechando el tercer centenario de la muerte de Carlos II, a propósito del que hace una lúcida reflexión acerca la intencionalidad de las conmemoraciones, Luis Ribot, en *Historia y memoria de la Monarquía. El centenario olvidado de Carlos II* (pp. 199-225), trazó una espléndida valoración crítica del reinado. En este ensayo, desechando tópicos tradicionales como los de el «Hechizado», el autor, con una visión más realista nacida del profundo análisis de los datos, afirma que el agotamiento de la Monarquía, herida desde la segunda mitad del siglo XVII, y en manos de un rey con una personalidad endeble física y moralmente<sup>8</sup>, se palió en los años finales del siglo por iniciativas y realizaciones positivas tanto en el plano de las reformas económicas como institucionales. Realidades que merecen una mayor consideración de la que la historiografía ha venido mostrando.

Ribot ofrece un diagnóstico de los tres periodos en que divide el reinado desde una triple perspectiva: las luchas del poder entre los diversos bandos, el alcance y la realiza-

<sup>7</sup> Véase pag. 152.

<sup>8</sup> Aunque abúlico y débil de salud, no hay pruebas de que la capacidad mental de Carlos II estuviera por debajo de la normalidad. RIBOT afirma que, si bien la idea dominante es que nunca ejerció con propiedad su oficio de rey, «no podemos desechar la posibilidad de que, al menos en ciertos periodos de su reinado, y aun con todas las limitaciones de salud y carácter, tuviera una intervención más activa y una dedicación mayor de que siempre se ha pensado. El autor destaca rasgos positivos como «su evidente capacidad moral, su rectitud, su piedad y su clara conciencia, así como un sentido innato de la realeza» (p. 205).

ción de las reformas<sup>9</sup>, y la evolución de las instituciones<sup>10</sup>. El autor señala como el primero de esos periodos, la regencia de la reina madre hasta la caída de Valenzuela en 1677. Dicho año, en que la incesante lucha por el poder entre validos y nobleza, acabó con el triunfo de ésta, abre un periodo de estabilidad y reformas que va desde el gobierno de D. Juan a la caída del conde de Oropesa en 1691, que Ribot denomina como el período reformista. Por último, la década de los noventa, caracterizada por la dispersión del poder con la llegada de Mariana de Neoburgo y el omnipresente problema de la sucesión, constituye el tercer periodo del reinado.

Este análisis prueba como en los últimos años la aristocracia fue la gran beneficiaria de una clara dispersión del poder que debilitó a una ya tocada Monarquía, pero también concluye que la maquinaria estatal siguió funcionando con cierto dinamismo. El autor arguye que a la inercia administrativa se unió el efecto positivo de la práctica, del «arte», adquirido por los consejeros, órganos y cargos intermedios de la administración en el mantenimiento de la compleja maquinaria estatal.

Ribot, afirma que se produjo una mejora de las relaciones entre la Corte y la periferia de la Monarquía, así como el sólido afianzamiento del poder real, basado en un complejo equilibrio con los poderes autóctonos y cimentado sobre el patronazgo. El ensayo termina con un certero diagnóstico sobre las relaciones internacionales de la Monarquía ante el avasallador expansionismo francés: «La menguada capacidad bélica de la Monarquía añadía mérito a su diplomacia que logró mantener casi íntegra su estructura territorial, cierto que en ello influyeron los intereses de Holanda, Inglaterra y otros estados, así como la «generosidad» ocasional de Luis XIV, ansioso de apoderarse de la herencia española.

En directa relación con la política internacional del reinado, aparece el último de los ensayos recogidos en esta obra: *La sucesión de Carlos II. Diplomacia y lucha política a finales del siglo XVII* (pp. 227-276). En él se analiza la apasionante combinación de la lucha entre las camarillas políticas de la Corte y el uso de la diplomacia para dilucidar el problema fundamental de los últimos años de Carlos II, su sucesión. El autor, con su habitual perspicacia disecciona las posibilidades de las distintas candidaturas, valorando sus derechos legales, pero, sobre todo, la influencia que los acontecimientos políticos, las intrigas palaciegas, la actuación de las distintas facciones de la nobleza española, y la actuación, más o menos acertada, de los enviados diplomáticos de las potencias europeas.

---

<sup>9</sup> RIBOT ha puesto de relieve la importancia de una serie de medidas económicas y fiscales que consiguieron dar un respiro a la maltrecha Hacienda. Las reformas tuvieron tres objetivos fundamentales: mejorar la administración hacendística, reducir gastos y aliviar la presión sobre los pecheros. Ya desde Nithard se ven las primeras medidas de saneamiento, pero es en el gobierno de don Juan, cuando se toman importantes medidas: creación de la Junta General de Comercio; promoción de la actividad científica y cultural; reajuste del valor de la moneda; reformas de los órganos hacendísticos y creación de la Superintendencia General de Hacienda, así como una importantísima revalorización del comercio americano (véase págs 214 a 218).

<sup>10</sup> Fueron numerosos los cambios institucionales, a la creación de la Junta de Gobierno, se unió la figura del Valido, si bien en los últimos años ese título no identificaba al titular del gobierno; se produce en paralelo a su ocaso, el creciente protagonismo de la figura del Secretario del Despacho Universal. Se reorganiza el Consejo de Hacienda, creándose la Superintendencia; y en los últimos años del reinado, la actuación del consejo de Estado como suprema instancia de gobierno de la Monarquía es fundamental. RIBOT pone también de relieve que las ciudades castellanas, ante la falta de convocatoria de las Cortes, mantuvieron una relación dinámica y amplio poder de negociación con la Corona a través de la Comisión de Millones (véase pp. 218-222).



El odio a la camarilla alemana de la reina Mariana de Neoburgo, la poca habilidad diplomática y, fundamentalmente, la indecisión de Leopoldo II para adoptar medidas de presión, como enviar su candidato a la Corte española, llevaron a importantes miembros de la nobleza, en especial al cardenal Portocarrero, más acuciados por las circunstancias –el temor a una intervención militar francesa que hiciese efectivo el Tratado del Reparto–, que por sus inclinaciones personales, a dar su apoyo al Duque de Anjou.

Los datos manejados por el autor permiten concluir que la tradicional afirmación de una temprano «partido francés», con miembros destacados de la Nobleza y la Administración española, constituido en grupo operante y de presión durante los años noventa no existió realmente, sino que fueron la mala gestión de los intereses austriacos, frente a la presión combinada de la amenaza militar con la sagacidad de la diplomacia francesa, la que inclinó finalmente la balanza a favor de una opción que no parecía la más adecuada en la Corte.

Ribot complementa este libro con una extensa y muy útil relación bibliográfica, a la que se añade, además del índice general, uno onomástico y otro de autores citados, práctica que se corresponde al uso generalizado en la más reciente historiografía. La cuidada selección de las entradas de ambos compendios, es de gran utilidad para localizar en la monografía las referencias precisas sobre los principales actores de ese convulso periodo histórico, y sobre quienes han investigado sobre él.

En definitiva, los temas abordados y la maestría con la que se exponen hacen de la lectura de esta obra un ejercicio placentero, donde por el acertado engarce de una revisada Historia política, con aspectos institucionales, económicos y sociales insustituibles nos permite llegar a la comprensión cabal de los problemas y acontecimientos.

No puedo concluir esta reseña, sin pedir disculpas al paciente lector por su extensión, pero creo que esta obra merece un profundo análisis. Nos encontramos con un libro que permite seguir la trayectoria investigadora de uno de los grandes modernistas españoles. Sus conclusiones resultan imprescindibles para desechar tópicos y acceder a un profundo conocimiento de un apasionante periodo del que tenemos una visión parcial. Como historiadora del Derecho, no puedo por menos de alabar el tratamiento institucional y jurídico que hace los temas planteados y su impecable resolución. En definitiva, si algo podría resumir esta obra y la labor de su autor es que, parafraseando su título, el libro de L. Ribot es un acabado ejemplo del «Arte de historiar».

CARMEN LOSA CONTRERAS

**RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio; CALVO GONZÁLEZ, José; CASADO CAÑERO, María José. *In Theatro Librorum*. Málaga: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2009. 213 p. ISBN 978-84-9747-313-2.**

«*In Theatro Librorum*» es el título de una obra cuya vocación trasciende la de una simple edición conmemorativa, en este caso, del 30 aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. En efecto, en ella se ha volcado el esfuerzo conjunto de varias personas: Alejandro Rodríguez Carrión, José Calvo González, Antonio Ortega Carrillo de Albornoz y María José Casado Cañero, pues se trata de una obra

colectiva en la cual se incluyen ciertas contribuciones además de un catálogo de 255 libros anteriores a 1800, escogidos de entre 1.632 ejemplares que conforman el fondo antiguo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. El libro posee una estética bien cuidada en cuanto a encuadernación se refiere y además de la página 35 a la 103, bajo la rúbrica *imaginatio figurae*, se han reproducido en color las portadas de 61 de los ejemplares, mas unos cuantos grabados y adornos tipográficos que lo embellecen enormemente. Por otra parte, cada una de las reproducciones lleva en pie y entre corchetes el número correspondiente que del listado de obras que comienza en la página 115 lo identifica y que demuestra el esmero derrochado en la elaboración del libro. Ya con ocasión del décimo aniversario de la institución, se publicó un *Repertorio de libros antiguos* en el que se recogían las obras publicadas con anterioridad a 1801 que se encontraban en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, de Vera Delgado-García Reche, prologado por el Prof. Calvo González, a cargo de quien ha corrido en esta ocasión la coordinación del libro, con el patrocinio e impulso del anterior Decano, Rodríguez Carrión, tristemente desaparecido. No obstante, la *praelectio* fue escrita en su momento por él, a quien tuve la fortuna de conocer no sólo como docente en mis estudios de Licenciatura, sino años más tarde por mi colaboración en el Decanato de la Facultad. Como no podía ser de otra forma, se aporta en la *praelectio* una visión eminentemente institucional del 30 aniversario, que parece reproducir el íter marcado por aquel tradicional discurso de bienvenida a los alumnos de primer curso, en el que año tras año ensalzaba las bondades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. En efecto, en la página 11 se destaca el número de egresados con orgullo, tocando el turno más tarde al profesorado del Centro, así como al personal de administración y servicios. Sus magníficas instalaciones también resultan elogiadas, dedicándose un apartado especial a la Sala de investigación «Dr. Ortega Carrillo de Albornoz», creada *ex professo* en el 2008, para el rescate y albergue de los 1.632 libros antiguos antes mencionados. Asimismo, se describen las bibliotecas especializadas procedentes de donaciones hechas a la Facultad, como también, en la página 14, las revistas del siglo XIX con las que cuenta la Hemeroteca. El progresivo incremento en el número de libros antiguos también se atribuye en la *praelectio* a los Doctores Arturo Calvo Espiga, José Calvo González, Antonio Ortega Carrillo de Albornoz y Manuel Peláez Albendea, sin olvidar el cuidado prestado por el personal de Biblioteca, cuya Directora es María José Casado Cañero, quien se ha encargado de la *Relatio Accuratissima* de las páginas 107 a 112. En la *Relatio* se define «Fondo Antiguo», siguiendo el criterio de la utilización, pues mientras para el fondo moderno debe priorizarse el uso, para el antiguo debe ser priorizada su conservación, lo cual se logra restringiendo el acceso a los libros. A continuación, se alude al concepto «libro antiguo», desde el punto de vista físico y estructural, describiéndose cada una de las singulares características que posee. En la página 110 ya se anuncia que todas las peculiaridades del fondo antiguo son recogidas en diversas partes de la obra: la descripción bibliográfica (pp. 115-198); el índice onomástico (pp. 199-206) y el índice de materias (pp. 207-211). Volviendo de nuevo a la *praelectio* del Prof. Rodríguez Carrión, se alude en la página 15 a la ayuda prestada por el Centro de Tecnología de la Imagen y su Director, Javier Ramírez, así como a Javier Díaz, digitalizador de imágenes, y al Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga. Después de la *praelectio*, firma Antonio Ortega, Catedrático de Derecho Romano, *Una peculiar historia de la Facultad de Derecho*. Desde la página 19 a la 25 recuerda la antigua Facultad y las muchas dificultades que provocó su andadura. En efecto, ni había libros ni había Biblioteca, pero sí una buena disposición hacia su consecución, mediante el empeño combinado de los profesores. Más adelante hace el autor una bella y minuciosa descripción del edificio que en la actualidad alberga la Facultad,

siempre tratando de poner en relación los diversos espacios con la convivencia cotidiana; a mayor amplitud, mejor convivencia, parece querer transmitir al lector. En aquellas estrecheces de la barriada del Palo, en la cual se ubicaba la Facultad, se multiplicaban los pequeños conflictos que quedaron prácticamente diluidos con el traslado a la nueva sede. Ya en la página 27, el Profesor José Calvo González, a quien, como hemos dicho, se asignó la coordinación del libro, escribe *En la Sala de Antiguos y Valiosos*, una contribución en la que el Prof. muestra su erudición, hablando de la necesidad de rescatar los libros del olvido, aunque algunos mostremos cierta añoranza por aquellas oscuras y antiguas salas de depósito en las cuales se albergaban antes. En definitiva, se trata de un alegato a favor del mantenimiento del culto al libro, tal y como se dice textualmente en la página 32, al reproducir parte de una conferencia impartida por Jorge Luis Borges. Finalmente, en *In Theatro Librorum* han intervenido las personas que más valor han otorgado al tiempo y su paso; el paso por los libros y quienes se atreven a leerlos, tratando de encontrarse a sí mismos.

BELÉN MALAVÉ OSUNA

**SALAS ALMELA, Luis. *Medina Sidonia. El poder de la aristocracia. 1580-1670*, Marcial Pons-Centro de Estudios Andaluces, Madrid, 2008, 515 p. ISBN 978-84-96467-86-6**

Importantes y destacados historiadores han estudiado la nobleza, y de forma particularizada algunas de las más destacadas *Casas* de la aristocracia española, baste recordar los trabajos de: Suárez Fernández<sup>1</sup>, Domínguez Ortiz<sup>2</sup>, Guillarte<sup>3</sup>, Atienza<sup>4</sup>, Carrasco Martínez<sup>5</sup>, García Hernán<sup>6</sup> o Calderón Ortega<sup>7</sup>. A este selecto grupo viene a unirse el profesor Salas Almela con esta monografía y su peculiar metodológica. Y con todo merecimiento. No es pequeño reto, más bien todo lo contrario, estudiar la Casa de Medina Sidonia en el período que nos propone este investigador; concretamente, de 1580 hasta 1670, o lo que es igual, el tiempo que va de D. Alonso Pérez de Guzmán, VII duque, hasta D. Gaspar Juan Pérez de Guzmán, X duque, aunque, en realidad, la etapa final corresponde a D. Gaspar Alonso Pérez de Guzmán, IX duque de Medina Sidonia. No es pequeño reto, como ya se ha señalado, porque estudia los momentos de mayor esplendor de esta *Casa*, entonces la más rica de la nobleza castellana, y los de su declinación, al menos en el siglo XVII, causada, junto a las dificultades comunes a toda una sociedad, por la *aventura* del IX duque. Vamos, vemos y pasamos desde los

<sup>1</sup> *Nobleza y monarquía. Puntos de vista sobre la historia castellana en el siglo XV*. Valladolid, 1959.

<sup>2</sup> *Las clases privilegiadas en el Antiguo Régimen*. Madrid, 1983.

<sup>3</sup> *El régimen señorial en el siglo XVI*. Valladolid, 1987.

<sup>4</sup> *Aristocracia, poder y riqueza en la España moderna. La Casa de Osuna siglos XV-XIX*. Madrid, 1987.

<sup>5</sup> *El régimen señorial en la Castilla moderan: las tierras de la Casa del Infantado en los siglos XVII y XVIII*. Madrid, 1991.

<sup>6</sup> *Aristocracia y señorío en la España de Felipe II. La Casa de Arcos*. Granada, 1999.

<sup>7</sup> *El ducado de Alba. La evolución histórica, el gobierno y la hacienda de un estado señorial (siglos XIV-XVI)*. Madrid, 2005.

tiempos de pujanza y brillantez a los de desgracia, deshonor y desdicha en las páginas de este libro.

Esta obra, como en muchas otras ocasiones, es el fruto maduro de una previa tesis doctoral. Pero el autor se nos presenta ya con un importante bagaje editorial. Buena prueba es otra monografía relacionada con la que nos ocupa (*Colaboración y conflicto. La capitania general del Mar Océano y Costas de Andalucía, 1588-1660*. Córdoba, 2002) y un puñado de artículos, que no enumero para no agotar al lector. En definitiva, un joven historiador con una sólida y brillante obra y un más que prometedor futuro.

El investigador nos propone un modelo alternativo para el análisis de la aristocracia castellana capaz de «arrojar luz no sólo sobre la nobleza castellana, sino, en general, sobre las élites sociales del Antiguo Régimen europeo» (p. 14). Para ello precisa un horizonte amplio que abarque los diversos componentes de la influencia social del estamento. Centra su estudio en el concepto de *poder* y «la referencia básica del poder nobiliario en Castilla es el concepto de *Casa señorial*, entidad social y cultural que debe ser entendida como suma de instituciones, tradiciones y ámbitos de integración familiar» (p. 14). Salas Almela apunta que el elemento más marginado de los estudios sobre la nobleza es la política; su propuesta consiste en convertir el componente político en el argumento para replantear el poder de la nobleza. Esto no es óbice para prestar atención a los aspectos normativo o jurisdiccional, económico o fiscal, y simbólico.

Siguiendo estos planteamientos, el libro está estructurado en dos partes. En la primera («Las bases de un poder señorial»), el autor analiza las tres «manifestaciones clásicas del poder en el señorío» de los Pérez de Guzmán: el poder jurisdiccional, el simbólico y el fiscal que se corresponde a los cuatro primeros capítulos («1. Avatares de una herencia», «2. La corte ducal de Sanlúcar», «3. Las Jurisdicciones», «4. Fiscalidad señorial y riqueza: las rentas»). La segunda parte («el poder ejercido») esta dedicada al poder político de los Medina Sidonia, siguiendo la «evolución del sistema en su conjunto», porque «si algo caracteriza la política es su condición de elemento interdependiente respecto a las demás manifestaciones del poder. Es decir, la jurisdicción y la riqueza no aparecen en este trabajo tan sólo como precondiciones estructurales de la acción política, sino como componentes de una forma peculiar de la relación social asimétrica que denominamos poder, en la cual la aspiración a la legitimidad constituye su cuarto componente» (p. 21), corresponde a los capítulos: «5. El reinado del duque don Alonso: 1570-1615»; «6. Consolidación señorial y fortalecimiento regio: don Manuel Alonso»; «7. El IX duque (1636-1641)»; «8. La conjura»; «9. Los años de disfavor (1648-1657)»; «10. La estrategia cortesana (1658-1664)»; y «Epílogo. En Madrid desde Andalucía (1664-1670)». El libro tiene también un breve apéndice genealógico de la Casa en el período de estudio; una detallada bibliografía y un triple índice onomástico, toponímico y temático muy laborioso y de gran utilidad.

El capítulo 1 «Avatares de una herencia» (pp. 29-52) comienza con una definición de Casa señorial. Describe el estado de los duques de Medina Sidonia a principios del siglo XVI como un espacio de 6.000 Km<sup>2</sup> con unas 40.000 almas; situado en buena medida en la costa, entre la desembocadura del Guadiana y el Estrecho de Gibraltar. A este núcleo se fueron incorporando territorios gracias a una acertada política de matrimonios, permutas, donaciones o compras; destacando el interés de los titulares iniciales por concentrar el señorío. Establece el autor cinco grandes áreas, en las que ha seleccionado una localidad de cada una de esas zonas para presentarlas como ejemplo de la diversidad de este señorío a lo largo de su estudio («villas de la costa» con Huelva; condado de Niebla; «la Frontera» de Cádiz, con Medina Sidonia como cabeza; zona de Jimena de la Frontera; y Sanlúcar de Barrameda). Esta división le sirve también para un breve estudio demográfico y señalar la actividad económica de cada zona. Finaliza uti-

lizando dos antiguas crónicas para reseñar la simbología que en ellas podían encontrar los duques para justificar su poder y posición, al tiempo que le sirven para analizar el desarrollo del ducado durante el período previo al que es su objeto de estudio *strictu sensu*.

En el capítulo 2 «La corte ducal de Sanlúcar» (pp. 53-103) el autor destaca la corte señorial como centro de poder, frente a una historiografía tradicional centrada en la corte regia que apenas se ha interesado por las nobiliarias. Salas desarrolla su análisis en tres aspectos: la corte de los Pérez de Guzmán como difusora de un lenguaje de poder; la actividad religiosa amparada por los duques para legitimar su poder; y, por último, la composición y funciones de gobierno de las instituciones cortesanas para la administración del ducado.

Ese «lenguaje de poder», para resaltar la opinión, la fama y el honor, queda plasmado en la *fiesta*, los grandes fastos ceremoniales, ejemplificados tanto en funerales como en matrimonios o visitas reales. La actividad religiosa y protectora de los duques es un ejemplo del patronazgo que la alta nobleza castellana ejerció sobre la Iglesia, desviando en ella parte de sus rentas, quizás como compensación de las que percibían de las tercias y diezmos. Los Medina Sidonia mantuvieron buen número de fundaciones y financiaron la construcción de iglesias y conventos en su territorio, y de forma particular en Sanlúcar, la capital de sus estados. Destaca la protección a jesuitas y carmelitas.

El tercer punto de este capítulo se centra en los oficios del palacio, constatando la actividad presencial de los duques. Como en el caso regio, los duques también tienen unos servidores públicos y otros domésticos. Salas señala que muchas carreras comenzaban en el ámbito doméstico. Destaca como institución principal del gobierno del estado señorial al consejo o audiencia señorial, con tres oidores, o jueces, un presidente y un escribano; presentaba semejanzas con el Consejo de Castilla, con importantes funciones jurisdiccionales, cumpliendo también funciones de asesoramiento, al menos de alguno de sus miembros, muchos de ellos con formación universitaria. El cargo más importante, sin duda, era el de presidente de este consejo señorial, al que dedica atención especial el autor (pp. 86-89). También señala la actividad de los secretarios, y en especial el de este consejo. En cuanto a los asuntos financieros, para el cobro y gestión de rentas, tuvo el estado ducal como principales órganos la contaduría mayor y la aduana de Sanlúcar; la primera contaba con un contador mayor y la segunda tenía un administrador. El contador mayor, quien hasta 1639 también era presidente del consejo, centralizaba la función de hacienda, aunando las funciones de un contador de cuentas y de un contador de hacienda, se caracterizaba por su baja cualificación universitaria; tenía como subordinado al tesorero general y por debajo de ambos existía una variada gama de cargos menores. La aduana contó con un único administrador hasta 1617, cuando empezaron a existir dos para que siempre hubiese uno de guardia, sin actuar colegiadamente. El otro grupo de oficios son los propiamente domésticos, donde el autor presume el deseo de imitar el modelo de la Casa real. El encargado de regir y organizar la Casa ducal era el mayordomo mayor, al que estaban sometidos: el veedor de palacio, despensero, oficiales de cocina y maestresalas. Otro oficio doméstico destacado era el de camarero mayor, del que dependían: los gentilhombres de cámara, ayudas de cámara y mozos de retrete. Junto a éstos hay que recordar a los secretarios. Tampoco podemos olvidar que con la Capitanía General del Mar Océano y Costas de Andalucía, que ostentaron los Medina Sidonia, se potenció la existencia de servidores y ministros ducales especializados en asuntos militares; sin embargo, Salas señala que su despliegue institucional fue menor que en el caso granadino. El autor distingue oficios militares adscritos a un territorio, de aquellos otros dedicados al asesoramiento técnico y estratégico; a los primeros corresponden las alcaidías; a los segundos, un pequeño consejo de guerra con su secretaría. El autor ha podido

constatar la vinculación entre la oligarquía sanluqueña y los cortesanos ducales a través de cargos de concesión señorial; sin embargo, no se dio la patrimonialización de estos empleos. Este capítulo es, sin duda, una de las grandes aportaciones del trabajo aunque el estudio institucional no esté del todo acabado.

«Las jurisdicciones» es el título del capítulo 3 (pp. 105-150). Tras una breve referencia a los oficiales de justicia del señorío en general y a los del ducado en particular, y la relación que esas autoridades delegadas tuvieron con las oligarquías locales para desviar la presión señorial al común, dedica su atención a las ordenanzas señoriales. Es otra aportación, pues hasta el momento no se ha prestado mucha atención a su estudio al historiar a las Casas señoriales. Las ordenanzas dictadas por el II duque, don Juan de Guzmán, en 1504, fueron revisadas en el siglo XVI y XVII; teniendo otras ordenanzas en 1620, y las últimas de 1686; según el autor «el acto de legislar reforzaba la autoridad señorial, al suponer el ejercicio de una potestad incontestable en el ámbito del territorio, que subordinaba expresamente a las jurisdicciones concejiles que a su vez pugnaban por defender su cuota de autonomía» (pp. 107-108). Esta actividad potenciaba la actividad del señor como árbitro activo de sus estados. Estas ordenanzas establecían la planta de los concejos del señorío. También hace referencia a las «ordenanzas del mar» dictadas por el VII duque en 1590, aplicables en Sanlúcar y Bonanza, que perpetuaban la exclusividad de los pilotos de Sanlúcar a la hora de realizar las entradas en el puerto; asimismo se mencionaba a un «alcalde de mar» para resolver cierto tipo de causas de los mercaderes (pp. 111-112).

Pese a no describir las instituciones de gobierno local del señorío, Salas señala tres instancias o «niveles» en la administración de justicia ducal: concejo/alcaldes, corregidor/visitadores y consejo señorial, siendo los corregidores y visitadores los elementos básicos del sistema, apuntando que los Medina Sidonia no vendieron oficios de justicia hasta después de 1641, a diferencia de otras Casas nobiliarias, lo que debió aumentar el prestigio de los duques. Analiza a los corregidores señoriales y su control (pp. 115-122). La segunda instancia correspondía al consejo, en nombre del duque, para cuantías superiores a 30.000 maravedíes, aunque también podía hacer uso el duque de la justicia por vía de gracia. Este sistema quedó en entredicho tras la conjura del IX duque en 1641, además la apurada situación económica obligó a la venta de oficios concejiles, lo que supuso una pérdida de poder local.

Los conflictos de jurisdicción pudieron ser demasiado cotidianos en un estado señorial, con un triángulo, a veces infernal, que relacionaba al rey, al señor y sus vasallos. Por ello, los duques trataron tanto de controlar el alcance de las disputas entre sus vasallos como de evitar las injerencias de las jurisdicciones ajenas a su territorio.

La Casa de Medina Sidonia participó en la estructura militar de la Corona de una forma muy activa, siendo el punto fundamental para el ejercicio de su influencia y poder hasta 1641. Institucionalmente quedó plasmado en el cargo de Capitán General del Mar Océano y Costas de Andalucía que los duques desempeñaron entre 1588 y 1642. Esto suponía una jurisdicción nueva y muy jerarquizada que remitía la Baja Andalucía a la persona del duque de Medina Sidonia. Pero el desarrollo institucional no fue tan completo como en el caso de la Capitanía General del Reino de Granada, como ya se ha dicho, en materia militar, y así los Medina Sidonia tuvieron una menor intervención en asuntos de justicia militar aunque fueron, pese a todo, un amparo a los militares frente a la justicia ordinaria. No cabe duda que la Capitanía General reforzó el prestigio y poder de los duques, así como su implicación en la defensa de la Baja Andalucía y costas del norte de África, en especial de algunos presidios.

El capítulo 4 «Fiscalidad señorial y riqueza: las rentas» (pp. 151-221), aunque Salas se centra en el estudio de los bienes amayorazgados, también tiene presente la impor-

tancia de los bienes libres en la riqueza señorial. Como en el caso de la hacienda real, «la variedad de denominaciones, figuras fiscales y especies susceptibles de ser gravadas por la tributación nobiliaria en la Castilla moderna es enorme» (p. 153). Muchas de las rentas eran de origen bajomedieval.

Intenta estudiar el organigrama del personal encargado de la recaudación de las rentas. El estado señorial estaba dividido a finales del siglo XVI en siete tesorerías (cinco en el ámbito de la frontera, una en Sanlúcar y otra en el condado de Niebla). Las tesorerías, servidas por ministros señoriales y no simples arrendatarios, cumplían también funciones de pago y libranza. Tesoreros y receptores eran, además, los encargados de vigilar los contratos de arrendamientos de rentas (excepto la aduana de Sanlúcar, el resto de las rentas fueron ofrecidas en arriendo por tiempo variable, normalmente corto). La supervisión de esos arrendamientos era la principal función de la contaduría mayor, que enviaba un contador y un escribano a las localidades para controlar esos acuerdos, aunque la contaduría mayor se reservaba su aprobación. Cuando se administraron las rentas por fieles ejecutores se dio ocasión a frecuentes fraudes. Los cargos de hacienda fueron desempeñados por hombres sin formación universitaria, de condición social no muy elevada, muchos de ellos vecinos de las propias localidades, aunque cabe suponer que se trataba de personas de posición económica desahogada. El autor apunta que «al menos como tendencia, podemos señalar que mientras las hidalguías locales eran incorporadas a la estructura militar del señorío, los notables adinerados lo eran a los puestos de hacienda, al tiempo que ambos grupos se repartían el cabildo» (p. 158). Esta organización era controlada por el contador mayor, quien también actuaba como fiscal en caso de fraude. La principal función de los tesoreros consistía en recibir el pago de los arrendadores y firmar las cartas de pago. La tesorería de Sanlúcar era con mucho la más importante ya que suponía casi la mitad de los ingresos del duque, destacando su aduana.

Las rentas del ducado crecieron hasta la década de los 40 del siglo XVII, con una fuerte caída posterior por la *aventura* del duque. Todo parece indicar que este incremento superó la subida del índice de precios. Pero esta situación se explica por la renta de Sanlúcar, no siendo así en el resto de las tesorerías.

El autor señala tres modelos impositivos según la economía de la zona: el agropecuario, el modelo portuario y el híbrido de Niebla (p. 162). También era importante la renta eclesiástica, en especial las tercias y algunos diezmos del condado de Niebla (cobrados en especie). Estas rentas servían para que el duque participase en el mercado agrario o completase el salario de sus criados en especie. Las rentas procedentes de propiedades rústicas exigían una inversión y su posterior comercialización, y aunque en ocasiones los duques se encargaron de la exploración, lo normal fue su arrendamiento. También hay que señalar las rentas de origen jurisdiccional y la de las almadrabas con la elaboración de atún en salazón. Todo hacía que los ingresos del VII duque fuesen los más importantes entre la nobleza castellana, y que se valorasen en tres veces 100.000 ducados (como señor territorial, como poseedor de la aduana de Sanlúcar y como productor de atún en salazón). Tampoco se puede olvidar la actividad comercial de los duques, normalmente por personas interpuestas, aunque para 1622 esta actividad ya era poco frecuente. También realizaron una actividad financiera a través de censos, juros, dotes y deudas (pp. 168-184). La competitividad fiscal entre el rey y el duque es analizada de forma casuística (pp. 184-200). Por último, estudia el peso de Sanlúcar en el conjunto de la riqueza del ducado, sus relaciones con el comercio indiano y su participación en la política comercial de la Monarquía a través de los embargos comerciales (pp. 200-221).

A partir del capítulo 5 «El reinado del duque don Alonso: 1570-1615» (pp. 225-272) se inicia la segunda parte del libro, dedicada a la dimensión política de la Casa Medina Sidonia. Este capítulo está dedicado al VII duque, el famoso y poco afortunado almirante de la Gran Armada. Emparentado con la facción Éboli, D. Alonso, buscó participar en la gestión de la Carrera de Indias, en la empresa de Portugal y en la defensa de las costas andaluzas. Fue fundamental para su posición el nombramiento de Capitán General de la Costa de Andalucía en enero de 1588. Salas apunta que «dar el mando al duque (Armada contra Inglaterra) representaba vincular en alguna medida los intereses del comercio andaluz con la empresa que planteaba el desafío inglés» (p. 231), al tiempo que señala el apoyo y prestigio que gozaba en toda Andalucía. Pese al desastre de Inglaterra y el posterior asalto a Cádiz, Medina Sidonia consolidó su posición. No perdió poder D. Alonso con Felipe III; siguió aconsejando sobre el comercio y navegación de Indias, al tiempo que se ocupaba de la defensa del Estrecho, completada con las tomas de Larache y Mamora.

Los duques de Medina Sidonia distaron de ser nobles cortesanos al uso; sin embargo, necesitaban el contacto con la Corte. Salas destaca el entramado de influencias, relaciones y clientelas para mantener esa relación (pp. 256-272). D. Alonso mantuvo cuatro agencias situadas en Sevilla, Granada, Roma y Madrid. También tuvo una correspondencia frecuente con los secretarios más destacados del momento y su relación fue muy regular con los Consejos de Estado (del que fue miembro) y Guerra. Tampoco fue ajena esta preponderancia a la tendencia por casar al heredero del ducado con la hija del valido de turno, junto a distintos matrimonios ventajosos para otros miembros de la familia, y asegurar así importantes alianzas nobiliarias.

A la etapa y figura del VIII duque está dedicado el capítulo 6 «Consolidación señorial y fortalecimiento regio: don Manuel Alonso (1615-1636)» (pp. 273-307). La Casa de Medina Sidonia siguió tícidamente encargándose de los presidios de la costa atlántica marroquí, al tiempo que intentó concentrar en ellos el comercio castellano con Berbería, y que las aduanas de Larache y Mamora fuesen suficientes para mantener las guarniciones; lo que no se consiguió. Esto obligó al duque a buscar recursos para mantener los dos presidios. También aumentó su protagonismo en la defensa del Estrecho de Gibraltar. Asimismo siguió el hijo las directrices del padre en cuanto a sus relaciones con la Corte tocaba. No se vio postergado por la caída de su suegro Lerma, y supo mantener, gracias a su capacidad de patronazgo, importantes relaciones con los secretarios del momento; además su parentesco con Olivares le aproximó al nuevo valido. Salas, sagazmente, cuestiona los cambios de alianzas y el significado del nuevo valimiento, hace referencia al matrimonio de la hija del duque con el heredero de la Casa de Braganza, y reconoce el distanciamiento de Medina Sidonia y Olivares a partir de 1631 (pp. 298-307).

El resto de la obra, aunque estructurada en tres capítulos y un breve epílogo, tiene como eje a la figura del IX duque, don Gaspar Alonso Pérez de Guzmán, por lo que bien puede ser considerada una única etapa dividida en: el momento anterior a la conspiración del duque, la conspiración, y las consecuencias de esa acción, para concluir con los años siguientes al fallecimiento de don Gaspar.

El capítulo 7 «El IX duque (1636-1641)» corresponde a los años anteriores a la conspiración (pp. 309-348). Analiza el significado de los dos matrimonios de D. Gaspar y su «inversión en patronazgo político», junto a su relación con Olivares, pero «la tensión entre estrategia y recursos... que se había agudizado mucho en los años del duque don Manuel Alonso, se hizo extrema en el quinquenio 1636-1640 (p. 315). Salas nos recuerda que en un principio la Casa de Medina Sidonia fue olivarista; sin embargo, también existió una oposición castellana a esa política que se hizo más patente con el incremento de la carga fiscal a partir de 1635. El autor siente simpatía por el duque y



justifica los hechos manifestando que «nuestra hipótesis es que las causas del larvado distanciamiento de los duques de Medina Sidonia con Olivares se encuentran sobre todo en la frustración por la incapacidad creciente del valido de llevar sus objetivos teóricos a cabo y cumplir las promesas de reforma, restauración y recompensa» (p. 318). Se hace eco de las dificultades para mantener no ya los presidios sino incluso para costear la defensa de Cádiz durante este lustro. El desastre de Las Dunas y el levantamiento de Cataluña no hicieron sino agravar la situación. A esto añade el autor la rivalidad con el duque de Arcos. Los sucesos del Portugal, que afectaron a Medina Sidonia tanto en lo institucional, al ser Capitán General de la Baja Andalucía, participando activamente para sofocar la revuelta del Algarve en 1637, como en lo familiar, al ser su hermana la esposa del Braganza, supusieron una prueba que no fue capaz de superar (pp. 334-348).

El capítulo 8 «La conjura» (pp. 349-408) supone otro gran esfuerzo desde el trabajo de Domínguez Ortiz<sup>8</sup> por desentrañar la conspiración de Medina Sidonia y su pariente el marqués de Ayamonte. Sin duda será un capítulo de obligada referencia en el futuro. Presta una gran atención a las fuentes y da noticia de los procedimientos judiciales. Salas muestra cierta simpatía y comprensión hacia el duque, distinta de la posición que mantuvo Domínguez Ortiz, explicando la postura del monarca sólo como una muestra de debilidad. El capítulo 9 «Los años del desfavor (1648-1657)» (pp. 409-433), lógicamente es la continuación del anterior, las consecuencias de la conjura; sin embargo, ya en el capítulo previo se ha ido señalando el castigo. En realidad, la conjura propiamente dicha va de finales de 1640 a mediados de 1641, los años siguientes (1641-1648) son los de pérdida del favor, de empleos, y de Sanlúcar; del destierro y del deshonor; para Salas son los años del castigo. Los años posteriores a 1648 supusieron para el duque un intento para recomponer sus estrategias de poder y volver a ganar el favor real, al tiempo que debía administrar su señorío desde el destierro (se crearon distintas juntas para gobernar este territorio). También supusieron una pérdida importante de rentas, tanto por la intervención de la Corona, como por la infidelidad de los oficiales señoriales, e incluso del fraude eclesiástico. Algunas rentas que habían disminuido su importancia desde tiempo atrás, la recobraron en esos momentos ante la pérdida de Sanlúcar y su aduana. Para volver a influir en el territorio y recuperar su prestigio mermado, fue muy importante la estrategia matrimonial desplegada, en especial con el primogénito, que casó con la hija de D. Luís de Haro. El capítulo 10 «La estrategia cortesana (1658-1664)» (pp. 435-459) enlaza con el final del capítulo anterior al comentar las alianzas que implicaba el matrimonio del conde de Niebla con la hija del valido para ambas familias, incluso para el monarca; sin embargo, los logros no se aproximaron a las expectativas. Más suerte tuvieron los Medina Sidonia para evitar el concurso de acreedores aunque debieron desvincular alguno de los mejores cortijos del mayorazgo ducal y reducir los gastos del duque. En los años siguientes, y hasta el fallecimiento del duque en 1664, las esperanzas de rehabilitación se vieron mermadas por el fallecimiento de D. Luis de Haro en 1661. «Epílogo. En Madrid desde Andalucía (1664-1670)» (pp. 461-469), el X duque, D. Gaspar Juan, pudo instalarse en Andalucía como tal Medina Sidonia; esto suponía el fin de una parte del castigo y comenzar a reconstruir la autoridad de la Casa. Pero el duque murió en 1667; le sucedió su medio hermano don Juan Claros, II marqués de Valverde y XI duque de Medina Sidonia. Su llegada al ducado coincidía con la paz con Portugal

<sup>8</sup> «La conspiración del duque de Medina Sidonia y el marqués de Ayamonte», en A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Crisis y decadencia en la España de los Austrias*. Madrid, 1984, pp. 113-153. SALAS tiene un ligero despiste o errata al citar en la nota 9 de la página 351 este trabajo de DOMÍNGUEZ ORTIZ en la obra *Instituciones y sociedad en la España de los Austrias*. En esta nota se puede consultar la bibliografía sobre el tema.

en 1668, con lo que se abrían nuevas oportunidades para la Casa; y con Carlos II los Medina Sidonia recuperaron el favor regio aunque ya no se distinguirían de la estrategia de la gran nobleza castellana.

El autor considera que los Medina Sidonia sirvieron al rey gracias al refuerzo de su autoridad y el prestigio que gozaron en la Baja Andalucía con sus responsabilidades militares y el respeto de su señorío por parte de las jurisdicciones regias. En su opinión está más cerca de la realidad el concepto de solidaridad de las monarquías del siglo xvii, gracias a un pacto tácito con los poderes locales, que la existencia de monopolios de poder verticales que la historiografía estatista entendió como típicas del absolutismo. Para Salas las dimensiones del poder de los Pérez de Guzmán hacia que su influencia trascendiera el ámbito regional para afectar al conjunto de la Monarquía. Eso le lleva a afirmar que «la fuerte concentración de poder que se daba en la persona del duque y, sobre todo, la dimensión política y fiscal a la que aspiraba su señorío, nos induce a definir la vinculación que hemos estudiado en las páginas precedentes como *concertante* –en el sentido de tener como prioridad la búsqueda de un punto medio entre los intereses políticos propios y los objetivos regios–, muy *personalizada* y caracterizada por discurrir por medio de intermediarios o *agentes* más o menos institucionalizados» (p. 467). Apunta que el predominio y poder de los Guzmanes debe ser vinculado con la enorme influencia que sus distintas ramas tuvieron en el gobierno del comercio indiano. Esto le sirve para unas reflexiones finales sobre el significado y alcance de la conjura del IX duque de Medina Sidonia.

En definitiva, se trata de un libro novedoso y renovador de los estudios sobre la alta nobleza castellana en los momentos de su máximo esplendor y decadencia; importante para matizar o cuestionar las relaciones de esa nobleza con la Monarquía. Considero que los aspectos institucionales no acaban de estar logrados; sin embargo, ello no es óbice para que sea una gran obra.

DIONISIO A. PERONA TOMÁS

**SÁNCHEZ AGUIRREOLEA, Daniel. *Aproximación Histórica al Estudio de la Justicia Penal en la Navarra de la Edad Moderna. El Caso del Bandolerismo*, Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública, Gobierno de Navarra, 2008. 326 pp. ISBN 978-84-235-3057-1.**

Daniel Sánchez Aguirreolea se doctoró en Historia por la Universidad de Navarra en 2004 con la tesis doctoral titulada *Actitudes ante la criminalidad en la Navarra moderna: formas y represión de bandolerismo*, resultado de la cual fue su monografía *El bandolero y la frontera: un caso significativo: Navarra, siglos xvi-xviii* (Madrid: Vervuert Iberoamericana, 2006), y el libro que hoy nos ocupa, *Aproximación Histórica al Estudio de la Justicia Penal en la Navarra de la Edad Moderna. El Caso del Bandolerismo*, editado por el Instituto Navarro de Administración Pública del Gobierno de Navarra en 2008. Estas monografías, realizadas desde la perspectiva de la Historia social, vienen precedidas por diferentes artículos y capítulos de libros de su autor, entre los que destacamos, por el su interés para la Historia del Derecho, «El lenguaje de germanía a través de los procesos judiciales» (*Aportaciones a la Historia social del lenguaje: España, siglos xiv-xviii*, Madrid: Vervuert Iberoamericana, 2005, pp. 223-234),

«El derecho de asilo en España durante la Edad Moderna» (*Hispania Sacra*, 55, 2003, pp. 571-598) y, junto con Félix Segura Urra, «Honor y marginalidad: las razones de la violencia interpersonal en la Europa de los siglos XIV-XVIII» (*Memoria y Civilización*, 3, 2000, pp. 349-361).

*Aproximación Histórica al Estudio de la Justicia Penal en la Navarra de la Edad Moderna* supone una aportación notable para comprender, desde esta perspectiva, la formación del Estado Moderno en Navarra. Se trata de una Historia de la praxis judicial frente al delito. Como se subraya en la obra, el Reino de Navarra elaboró, entre los siglos XVI y XVII, una legislación detallada sobre «orden público», se esforzó por conseguir el apoyo de las instituciones locales, persiguió a los grupos «peligrosos», dispuso un proceso judicial cada vez más elaborado, articuló un complejo sistema de penas y redujo la repercusión de indultos e inmunidades.

La obra se estructura en seis capítulos, que van describiendo los mecanismos de producción legislativa para la pacificación de la sociedad, el sistema disciplinador local, el control y la persecución de los «grupos peligrosos», el proceso judicial y los diferentes tipos de castigo, la inmunidad local y el indulto.

Se trata de una interesante aproximación práctica sobre el funcionamiento de las diferentes instancias judiciales en Navarra que eran, por este orden, los Alcaldes ordinarios de los pueblos, villas y ciudades, la Corte Mayor –tribunal de segunda instancia–, y el Consejo Real –Tribunal Supremo que veía todos los pleitos en grado de apelación–. Desde 1593 las apelaciones de las sentencias de los Alcaldes ordinarios a la Corte Mayor se tenían que hacer en el plazo de quince días, y dentro de otros diez se tenía que notificar la citación y compulsoria; de no cumplirse estos plazos, el juez de la primera instancia podía ejecutar su sentencia. En lo que respecta a la manera juzgar, en 1678 las Cortes Generales de Navarra solicitaron que los jueces se atuvieran a la letra de las leyes del reino, sin interpretarlas a su antojo, y que velasen por que se «observe lo dispuesto en ellas». Estas Cortes, como otras anteriores, enfatizaron la necesidad de velar por la brevedad en la tramitación de los pleitos, porque estos se dispusieran en roldes y porque se vieran conforme al orden establecido y a puertas abiertas. En cualquier caso, sabido es que los navarros sólo podían ser juzgados por tribunales del Reino, y litigar fuera de Navarra era considerado como uno de los contrafueros de mayor gravedad.

Sánchez Aguirreolea enmarca la realidad navarra en la doctrina moralística moderna, para la cual la Justicia penal debía abarcar la averiguación de los delitos, la persecución de los delincuentes, la vista de los pleitos, las sentencias, la conducción de los reos hasta los presidios, la concesión de indultos y las visitas semanales a las cárceles. Para que un juez pudiera dictar sentencia condenatoria era imperativo que el procedimiento judicial hubiese sido impecable y que la culpabilidad del reo estuviera probada. Además de velar por la integridad del proceso y por la correcta emisión de la sentencia, los jueces tenían la obligación de visitar a los presos en las cárceles para impedir los malos tratos y cuidar de su bienestar, y debían intentar que sus causas fuesen abreviadas, con objeto de acortar su penosa estancia en la cárcel. Se persiguió con severidad toda heterodoxia y se trató con deferencia a los miembros de los estamentos privilegiados, con objeto de evitar que su escarnio pusiera en tela de juicio la legitimidad de la sociedad estamental y, en última instancia, la de la monarquía absoluta. El garantismo confesional impulsado por la Iglesia animaba a los jueces, además, a hacer un uso racional y constructivo de su arbitrio, para superar, en la práctica, la limitación y rigidez de unas leyes que apenas consideraban las circunstancias y que, aplicadas de manera estricta, suponían un obstáculo para la pacificación de la sociedad. El rigor en el proceso judicial y el uso racional del arbitrio, sentaron las bases de la justicia contemporánea.

En lo que respecta a los castigos, era comúnmente entendido que para su ejemplaridad tenían que ser dañosos, que, en una gradación de menor a mayor importancia, contemplarían la hacienda, el cuerpo, el honor y, en los casos más graves, el futuro en el Más Allá. Estos cuatro elementos eran los bienes más preciados por el hombre de la Edad Moderna, fundamento de su existencia como individuo, como miembro de una comunidad y como creación de Dios. Entre los castigos impuestos en los siglos modernos en Navarra destacan el destierro, los azotes y la pena capital. El destierro era un castigo leve, con diferentes significados según la condición social del condenado. Aplicado como pena nobiliaria, suponía un intervalo de tiempo breve, afectaba sólo a la localidad o valle de origen y no comportaba infamia alguna. Cuando se aplicaba a delincuentes ocasionales, se prolongaba cerca de dos años y su gravedad dependía de las condiciones socioeconómicas del condenado. Los azotes fueron pena ejemplar muy aplicada en Navarra; con frecuencia solían acompañar a otros castigos menos visibles, como el destierro o el envío a galeras, con objeto de dotarlos de una exposición pública. En cuanto a la pena capital, apenas se practicó en Navarra, pero sí con la regularidad suficiente como para permanecer viva en la conciencia colectiva. Poseía diferentes modalidades: 1. Las personas que habían cometido delitos terribles eran introducidas en cubas, con animales vivos, y arrojadas al río Arga. 2. Los condenados por delitos contra natura eran quemados en la hoguera y sus cenizas arrojadas al viento, negándoseles la posibilidad de conservar alguna parte de su cuerpo para recibir misas u optar por la resurrección de la carne. 3. La decapitación era privilegio de los nobles, una muerte instantánea y honrosa, pues podía llevarse a cabo sin la asistencia de público. 4. La horca fue la pena capital más habitual en los siglos XVI y XVII, mientras que en el XVIII se reservó para los crímenes más atroces. 5. En el caso de los salteadores de caminos, fue corriente el desuartizamiento de los cuerpos y su exposición en las vías públicas. Además de las penas referidas, las condenas impuestas por los Tribunales solían ser pecuniarias.

La extrema dureza de la Justicia era compensada parcialmente por el gran número de indultos concedidos. Como ocurre en el conjunto de reinos hispánicos, en Navarra los indultos venían concedidos con ocasión del nacimiento en la familia real, por una victoria bélica, la firma de un tratado de paz, o una festividad litúrgica (Navidad, Semana Santa). A mediados del siglo XVII la concesión de indultos era tan elevada, que el monarca ordenó al virrey de Navarra que no indultase ni conmutase las penas de galeras, como tampoco las pecuniarias a los reos ya condenados (1650). Dicha Orden Real recibió la sobrecarta del Consejo Real y el «cúmplase» del virrey, por lo que las peticiones de indulto siguieron su curso y muchas de ellas prosperaron. Los indultos generales concedidos por acontecimientos reales (especialmente nacimientos), perdonaban todos los delitos y faltas, a excepción de los de «lesa majestad». Indultos de este tipo se otorgaron, por ejemplo, con ocasión de los nacimientos de los príncipes Felipe Próspero (1658) y Carlos José (1661).

Resulta interesante el apartado dedicado a la remisión de penas concedidas al concluir las Cortes. Hasta la reunión de las Cortes de 1644, la remisión de penas comprendía las causas denunciadas y pendientes, así como las condenas impuestas por los jueces de residencia y otros oficiales. Con posterioridad, sin embargo, se fueron haciendo excepciones, según la situación socio-política de Navarra.

La obra de Sánchez Aguirreolea se fundamenta en un ingente análisis documental de diferentes fondos: Archivo General de Navarra, Archivo Diocesano de Pamplona, Archivo General de Simancas y Archivos municipales, singularmente el de Pamplona. La erudición se completa con una amplia bibliografía especializada en Historia social, existiendo una carencia destacada de obras iushistóricas; las hay, pero son títulos escogidos de manera aleatoria y escasamente significativos sobre el estado de la cuestión

existente en nuestra disciplina. Otras notas negativas achacables desde la Historia del Derecho son el empleo no siempre adecuado de la terminología jurídica e institucional –defecto frecuente entre los historiadores sociales sin formación jurídica–, y la utilización, a veces arbitraria, de las obras doctrinales sobre la materia. En este aspecto, ante la falta de doctrina elaborada en el propio Reino de Navarra, se recurre a obras hispánicas y, en menor medida, extranjeras, pero sin un criterio de selección, pues existen importantes carencias y, por el contrario, se resaltan títulos de relevancia menor. Tampoco existe un criterio a la hora de manejar los textos de estas fuentes doctrinales, pues son contadas las ocasiones en las que se recurre a las propias obras, y las más se alude a ellas a través de trabajos contemporáneos sobre las mismas. Finalmente, tampoco se hacen referencias explícitas sobre si tales aportaciones influyeron o no ciertamente en el derecho y las instituciones navarras. Pero, muy por encima de estas carencias, sobresale un trabajo minuciosamente documentado que, junto con otros estudios del autor, clarifica la praxis de la Justicia del Antiguo Régimen navarro, aspecto hasta ahora apenas abordado por la historiografía.

ROLDÁN JIMENO ARANGUREN

**SERNA VALLEJO, Margarita (coord.). *La Historia del Derecho en España a través de las revistas histórico-jurídicas impresas (1924-2008)*. Base de datos de todas las referencias contenidas en ellas, FEDHAV, Donostia-San Sebastián, 2009. 132 pp. ISBN 978-84-613-5458-0.**

Con la presente reseña no se pretende más que difundir la noticia del nacimiento de esta utilísima herramienta que se pone a disposición no sólo del historiador del derecho, sino de los investigadores en general pues, aunque el contenido de la misma se centra en revistas iushistóricas, la mayoría de ellas responden a un carácter interdisciplinar, reflejado tanto en los trabajos publicados como en la composición de los Consejos Científicos o de Redacción de las revistas que conforman esta base de datos.

Porque la citada herramienta, como reza el subtítulo de la edición, es una base de datos en CD de fácil manejo en la que se recogen 6.609 registros, a la que le preceden unas páginas impresas de la Profesora Margarita Serna Vallejo, coordinadora de un grupo de iushistoriadores, que emprendió la tarea de reunir en soporte informático las entradas correspondientes a todos los trabajos publicados en las revistas españolas específicas de nuestra materia. Una base de datos que, como explica la autora, tiene su origen remoto en aquella que ella misma, igual que muchos de nosotros, fue elaborando poco a poco en cuanto contó con un ordenador personal, y que llegó a ser un instrumento informático de gran ayuda en la investigación, engrosado con tiempo y paciencia de artesanos. Pero la tarea individual de la Dra. Serna ha dado un precioso fruto que ofrece generosamente junto con el resto de los compañeros que figuran como autores: Juan Baró Pazos, Manuel Estrada Sánchez, Roldán Jimeno Aranguren, Gregorio Monreal Zia, José Antonio Pérez Juan y Amparo Zubiri Jaurrieta, pues tuvo la iniciativa de implicar a los nombrados profesores para elaborar este útil y ofrecerlo a todos, hecho que por él mismo ya les hace acreedores de nuestro agradecimiento. Y sin embargo hay que agradecerles más, hay que agradecerles la elaboración de una sencilla base de datos que en un clic nos lleva al contenido de todas y cada una de las revistas iushistóricas

españolas y, aún más, pues la iniciativa no se quedará aquí, ya que está previsto que la página web de la Fundación editora, la Fundación para el Estudio de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, acoja la base de datos completa, por lo que su actualización está asegurada.

¿Y de qué revistas se trata? Son aquellas revistas específicamente histórico-jurídicas impresas en España, con ISSN, entre los años 1924 y 2008, con la feliz excepción de *Historia. Instituciones. Documentos*, pues su estrecha vinculación con la Historia del Derecho ha sido determinante para incluirla en el elenco. El resto de títulos son los siguientes: *Anuario de Historia del Derecho Español*, *Cuadernos de Historia del Derecho*, *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, *Initium*, *Ius Fuigit*, *Notitia Vasconiae-Iura Vasconiae*, *Revista de Historia del Derecho-Interpretatio*, *Revista de Dret Històric Català* y *Rudimentos legales*. No obstante, y es un nuevo motivo de agradecer, el listado de revistas no se quedará en éstas pues se pretende que la actualización en la citada página web se dirija también a la inclusión de nuevos títulos, como son las revistas editadas en soporte digital, las editadas en castellano en el continente americano, así como las de lengua portuguesa.

En nombre del grupo, Margarita Serna nos presenta el CD introduciéndonos de manera somera por el origen y trayectoria de cada revista, deteniéndose, como es lógico, en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, la más veterana de las revistas de nuestra disciplina. Además de ello, se nos facilita información sobre todas y cada una de las revistas que considero de gran importancia, como es el que se refiere a lo que se conoce como índice de impacto, que, al no existir como tal en nuestra área, atiende al número de bases de datos internacionales en las que se incluyen los títulos de las revistas –PIO, REGESTA IMPERII, ISOC, APH, RESH, DICE, entre otras bases– y el número de criterios de Latindex que cumple. Datos, todos ellos, de gran interés para estos tiempos de evaluaciones externas y que nos llevan a pensar, por cierto, en el buen nivel medio de las revistas iushistóricas españolas.

En fin, no queda más que felicitar la iniciativa, sobre todo la continuación inmediata en la página web de la Fundación vasca, que de seguro se convertirá en un provechoso útil de trabajo para nuestro quehacer de investigadores.

EUGENIA TORIJANO

**STOLLEIS, Michael. *La Historia del Derecho como obra de arte*. Edición y traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Editorial Comares. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica. Colección Derecho Romano y Ciencia Jurídica Europea. Sección Nexum, nº. 8. Granada, 2009. XI + 90 pp. ISBN 978-84-9836-617-4.**

Podrá sorprender al lector profano el título de esta obra, donde se recogen, en merecida e inmejorable traducción, algunos de los últimos ensayos procedentes de uno de los más brillantes, finos y sutiles historiadores del Derecho que hay en la actualidad en toda Europa, una de las mentes más lúcidas en el análisis del fenómeno jurídico en todas sus dimensiones temporales, indagador impenitente del ayer, del hoy y del mañana de un Derecho que sigue siendo parte indisoluble del ser humano y de la atmósfera que lo circunda. Pero no habrá que contabilizar sorpresas entre los seguidores regulares, que son legión en todo el continente, de la obra del Prof. Michael Stolleis, puesto que ha

acostumbrado a su público fiel a caminar por estos terrenos ambiguos, a la par que sugerentes y atractivos, donde el Derecho queda eclipsado por otros componentes que ayudan a entenderlo desde dimensiones situadas más allá del Derecho mismo, con atrevidos y osados ensayos que se deslizan por el filo de lo jurídico y de su conocimiento histórico, que rebasan de una forma continuada y sorprendente los márgenes de las disciplinas jurídicas convencionales, dejándose seducir por las llamadas de otros ámbitos intelectuales fronterizos, por los cantos de sirena procedentes de manifestaciones artísticas que sirven al propósito central de sus obras. El A. se sitúa de forma consciente en esa tenue y leve frontera que separa lo jurídico de todo lo demás, pero sin la cual no es posible conocer en profundidad todos y cada uno de los rostros por medio de los que se ha manifestado, se manifiesta y se manifestará el Derecho a lo largo de su devenir. M. Stolleis ha combatido con sus escritos el reduccionismo frío, seco y formal que convertía la Historia del Derecho en una simple exégesis de textos del pasado, sin más complicaciones que las puramente filológicas e interpretativas. Ha abierto caminos para que se pueda estudiar el Derecho más allá del Derecho mismo, para que el historiador jurista sea un investigador competente y sin complejos, atado a sus fuentes, eso sí, pero ampliando el elenco de fuentes a las que se puede recurrir, descubriendo nuevos horizontes, nuevos territorios desde los cuales iniciar la conquista del saber científico entorno a lo que denominamos la Historia jurídica. Sin despreciar el modo de trabajo más tradicional, ha querido emplear la disciplina para algo más, para construir un conocimiento más completo del pasado.

*Historia del Derecho como obra de arte* reza el título de esta versión castellana de algunos de sus más reputados trabajos de último cuño (adaptación tomada por el traductor del título de uno de sus libros: *Rechtsgeschichte als Kunstprodukt. Zur Entbehrlichkeit von Begriff und Tatsache*, aparecido en 1997). ¿Historia del Derecho como producto artístico, como producto, en cierta manera, artificial, alejado de lo natural? ¿Será posible tal mixtura?, se preguntará algún despistado y estupefacto lector. ¿Es posible combinar ambas dimensiones? ¿Es posible encajar esos mundos, en apariencia separados, diversos, distantes? ¿Es posible hablar de lo jurídico como algo estético, amén de ético, de lo jurídico como algo que se percibe por los sentidos, como algo que tiene unos cauces de comunicación diferentes al textual, al lingüístico, al usualmente manejado por los grandes maestros? ¿Es posible hallar algún tipo de satisfacción estética en el complejo, arduo y pragmático universo de los conceptos jurídicos, de las instituciones, de las categorías, de los principios, de las constituciones, códigos y leyes, hallar delectación serena y contemplación mística en el mundo mental que el Derecho, que todo Derecho, trae consigo? A tenor de lo visto en este libro, la respuesta solamente puede ser afirmativa y ello a través de lo que aquí se muestra: un ejercicio combinado en cuatro artículos, atinadamente seleccionados (en el sentido de haber sido elegidos con coherencia y lógica entre ellos), donde se da cabida a la reflexión metodológica desde una original perspectiva lingüística (objeto del primer trabajo), a la conexión entre Derecho y otras actividades artísticas en provecho de la memoria durante los tiempos inmensos, casi eternos, del Derecho Común romano-canónico (reproduciendo unos grabados, de origen holandés, empleados para memorizar libros y títulos del Digesto), a la meditación histórica sobre el papel del Derecho romano en campos no privatísticos (donde han estado y están sus dominios tradicionales, pero no exclusivos: el A. examinará la oscilante valoración de que ha sido objeto la recepción del Derecho romano y el papel reconocido al mismo en orden a la construcción del Estado moderno, esto es, el Derecho romano como raíz de un Derecho público), y, por fin, a reflexiones de futuro que tratan de explicar de un modo convincente el legado que aporta la Historia del Derecho en el proceso hodierno de construcción de una nueva Europa (para determinar, si es posible,

las bases históricas sobre las que se funda jurídicamente Europa y, sobre todo, para trazar los criterios próximos que servirán para determinar el marco de la civilización jurídica bajo la cual quiere y debe situarse la inminente integración política europea). La obra del Prof. Stolleis tiene el sabor de la verdadera Ciencia, con aquella metodología inquieta, fruto de la insatisfacción, terriblemente curiosa, que es capaz de lanzar preguntas a discreción y, al mismo tiempo, ir suministrando, con trabajo y reflexión, respuestas para todos los interrogantes planteados.

El ensayo que ahora comentamos, publicado gracias a los desvelos del Prof. Javier Paricio, director de la colección donde se inserta esta compilación de trabajos, y a las buenas artes traductoras del Prof. Ignacio Gutiérrez, quiere ser el intento de dar a conocer en castellano algunos de los rasgos más significativos del pensamiento de Stolleis (hasta este momento reducido a dos únicos trabajos, indicados en p. IX). Este factor, la ausencia de sus obras en traducciones competentes, a diferencia de lo que ha sucedido en otras comunidades científicas, como la italiana o la británica, ha podido explicar el desconocimiento de quien pasa por ser uno de los mejores conocedores de la Historia del Derecho alemán y de la Historia del Derecho europeo, una ignorancia que se percibe y es totalmente nociva no sólo desde el campo de y para los historiadores, sino también desde y para aquellas disciplinas afines a lo que en Alemania se denomina Derecho Público, simbiosis donde encuentra acogida tanto el Derecho administrativo como el Derecho constitucional o el político, o sea, el Derecho del Poder bajo la forma de Estado o bajo el aspecto de cualquier otra creación jurídica de perfiles similares (reino, principado, imperio, etc.). Es en ese ámbito donde el A. ha conseguido mostrar lo más granado de su producción, lo más complejo de su pensamiento y donde, además y sobre todo, ha dejado profunda huella bibliográfica. El libro comienza con una presentación, a cargo del Prof. Gutiérrez, responsable como ya se ha visto de la traducción, en la cual se traza el perfil más elemental del A. de la obra, en el sentido de describir con varias pinceladas certeras, al hombre y al universitario en todo su esplendor. La presentación, pp. VII-XI, incide en aspectos biográficos ya conocidos (estudios, doctorados, habilitación, maestros, ciudades, destinos, influencias, etc.), pero, sobre todo, se centra en algunas características de la persona que son indisociables de su tarea posterior en la vida universitaria. Somos lo que estudiamos, pero la vida comienza antes del estudio y revierte directamente en ese estudio que hemos elegido, marcándolo de un modo indeleble. Sus orígenes explican algunos rasgos del A. Ese sentido artesanal y solidario del trabajo científico o el gusto por la tradición narrativa frente a toda suerte de alambicada elucubración especulativa, por citar dos ejemplos, nos dibujan las coordenadas sobre las que se asienta el trabajo universitario en toda su extensión del Prof. Stolleis. Amigo de grandes proyectos interdisciplinarios, abiertos y plurales, que abarcan varios países y varios investigadores (con todos los riesgos y todas las ventajas que ello comporta a los efectos de coordinar esfuerzos, enfoques y perspectivas diversas), sólido historiador y sólido jurista, formado en la mejor tradición humanística (donde no están excluidas –más bien, al contrario– ni la Literatura, ni la Filosofía), excelente y depurado narrador (miembro de la Academia Alemana de la Lengua y la Literatura, con sede en Darmstadt), ha dedicado buena parte de su carrera a profundizar en las manifestaciones del poder, con sus rostros y máscaras más diferenciados. Desde el estudio de la Razón de Estado en la Edad Moderna (tesis dirigida por su maestro S. Gagnér) hasta sus trabajos sobre el Nacionalsocialismo en un intento de hacer cognoscible los pilares de ese régimen ignominioso, parte indisociable de la reciente Historia de Alemania, desde sus *divertimenti* originales y seductores (donde da rienda suelta a sus impulsos más artísticos sin abandonar el rigor científico, como, por ejemplo, cuando se ha ocupado de la metáfora del ojo de la ley) o sus trabajos sobre el Derecho Social, desde sus colabora-



ciones en semanarios y periódicos sobre temas de candente actualidad hasta la gran obra por la que será recordado, sin lugar a dudas (su monumental *Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland*, en tres volúmenes, a la espera de un cuarto sobre la Historia del Derecho público hasta la reunificación de las dos Alemanias), el Prof. Stolleis ha buscado su propia voz, una voz que no concuerda totalmente con la Historia de las Ideas Políticas, ni con Historias institucionales caducas y superadas, sino que persigue conocer el modo específico según el cual es construido y pensado el poder, todo poder, cómo nace, cómo se forja, cómo se manifiesta y de qué instrumentos se vale para tal acción, los mecanismos jurídicos que son colocados en su justa proporción para que ese poder pase a ser considerado como un atributo jurídico, con especial referencia a un escenario: la Europa de las Edades Moderna y Contemporánea. No es la suya una Historia Política al estilo del siglo XIX (afortunadamente, añadido yo), una Historia de reyes, príncipes y primeros ministros, una Historia cortesana, de amantes, de desechos e de intrigas, de detalles morbosos, de hábitos alimenticios o higiénicos, a la que por desgracia nos tienen habituados muchos colegas. La suya es una Historia de juristas, los verdaderos protagonistas en el proceso de construcción del *Ius Publicum*. Y, con ellos, de sus lecturas, formaciones, derivaciones, idearios, teorías y realizaciones, una Historia de autores, universidades, libros, bibliotecas, academias, estudiantes, fidelidades, dependencias, de personas y de profesionales del Derecho, de operadores jurídicos en todas sus dimensiones, que son incardinados en un proceso irregular, con altibajos, avances y vacilaciones, dirigido a la edificación de una forma trascendental e impersonal, totalizante y absorbente, de lo público, donde se reside esa violencia normativizada que llamamos poder y que, por extensión, podemos denominar también Derecho. Sumemos a todo esto su labor docente y su labor como director del Max Planck, referente mundial en el estudio de la Historia del Derecho, para considerar a este personaje único e irrepetible como alguien a quien la Historia del Derecho debe mucho y que, sin embargo, no ha pedido nada a cambio de todo lo entregado graciosamente. Esta traducción es, en cierta medida, homenaje merecido e indiscutido, pero también paso previo interesado para que se sucedan nuevas traducciones de su obra y comience una fructífera recepción de su pensamiento en nuestros lares, siempre tan refractarios a lo extranjero, máxime si es alemán. Su vasta formación, que se trasluce en cada una de las líneas que ha escrito, le ha permitido abordar temas que van más allá de sus campos de especialización ya indicados. Aquí debemos citar su preocupación por Roma y el Derecho romano. Porque, como buen historiador consciente, el Prof. Stolleis sabe de la trascendencia de ese Derecho romano en la Historia de Europa y eso explica sus desvelos por estudiarlo de forma poco ortodoxa en su proyección histórica, más allá del enfoque típicamente romanista, con la perspectiva del historiador, capaz de integrar realidades y normas, hechos y textos, materias e ideas, envuelto todo en una profunda reflexión filosófica en la que se apoya cada palabra, cada frase, cada párrafo de su obra. Vayamos, pues, a los cuatro trabajos ahora incluidos en este volumen, publicados originariamente entre los años 1995 y 2008, con anticipación laudatoria por lo justo de su elección, por ser arquetípicos al permitir reproducir en pequeñas dosis la trayectoria intelectual del A., sus temas recurrentes, y por la corrección alcanzada en su versión castellana.

El primer trabajo («Escribir Historia del Derecho: ¿reconstrucción, narración o ficción?», pp. 1-31) es curiosamente uno de los pocos en los que Stolleis ha brindado de modo deliberado una reflexión metodológica sobre la disciplina que profesa, sin perjuicio de que en su ingente producción científica se encuentren aquí y allá notas, apuntes, ideas, reflexiones y consideraciones sobre tales asuntos. Herencia de su maestro S. Gagnér, preocupado más por la acción práctica que por lo especulativo y metodológico, sin embargo, este ensayo es esencial para comprender muchos de los caminos trazados

y recorridos por el A., su amplitud de miras, su apertura a otros conocimientos, a otras disciplinas, como sucede con la Filosofía, la Historia General y, sobre todo, la Literatura. El recurso a esta última, la posibilidad de una Historia del Derecho como (re) creación literaria o artística, la necesidad de tender puentes entre las manifestaciones de las artes más plurales y el Derecho en su dimensión histórica, acaso conforma el pensamiento más constante y más recurrente de nuestro colega alemán. En este trabajo, el A. postula una concepción de la Historia del Derecho como parte de la Ciencia Histórica especializada por el objeto, es decir, como conocimiento dirigido a saber cómo operaba un ordenamiento jurídico del pasado, con preguntas directamente dirigidas a conocer las normas jurídicas, su aparición, transmisión e imposición. Es, como dice expresamente, «la disciplina que trata sobre el contexto histórico de ordenamientos jurídicos considerados como un todo y sobre la asimilación cultural de las normas jurídicas». Ha aparecido ya el adjetivo clave, capital, definitivo: «cultural», que nos sitúa en una dinámica novedosa. El Derecho no es sólo Derecho. Es parte de una cultura y de un proceso cultural. No es algo aislado del resto de manifestaciones de la sociedad en la que está inserto. Ello conduce de forma irremisible a una Historia total, acaso la única forma real de hacer Historia, una Historia integradora de todas las facetas que el hombre, el verdadero protagonista, va pergeñando en los diferentes campos en los que actúa y en los que se mueve. Esa relación directa con la Ciencia Histórica ha llevado a la Historia del Derecho a participar en los debates metodológicos generales que afectan a la primera (¿es el historiador un mero acumulador de fuentes que nos indican que algo «posiblemente ha sido así», renunciando de plano a la verdad histórica única, o, por el contrario, es un narrador que actúa con libertad respecto de esos sus testimonios?), así como en el proceso de fijación de expectativas respecto a los destinos de estas disciplinas (el historiador puede, a su elección, realizar una Historia ligada al presente y al futuro, vinculada a la actualidad, decantarse por un distanciamiento de lo contemporáneo, o bien buscar una solución intermedia). El Prof. Stolleis describe brevemente cómo nace la Historia como saber científicamente fundado y cómo lo hace la Historia del Derecho, para pasar después a trazar un fresco amplio acerca de diversas posiciones y puntos de partida seguidos en los tres últimos siglos: el idealismo de Hegel, el historicismo como reacción, el proceso de reconstrucción histórica concebido sobre la base de textos y reputado como una gran empresa nacional (de lo que dan buena cuenta los *Monumenta* alemanes), la Historia Política, la Historia de las Ideas, la singularidad de la Historia del Derecho, que quería ser, al lado del Comparatismo Jurídico, disciplina que fundase la más completa Ciencia Jurídica europea, la Historia de los Conceptos, la Historia materialista, la Historia de la Sociedad, con sus complejas e intrincadas relaciones sociales y económicas (la Macrohistoria y la Microhistoria entrelazadas), el giro lingüístico, las experiencias textuales, la primacía de los textos como algo absoluto, la identificación entre texto y realidad histórica, entre otros movimientos, trazados de una forma magistral, a la par que simple, descritos con realismo y elocuencia. Reflejos de algunos de estos debates tienen lugar en el campo de la Historia jurídica, sobre todo en el campo de la Historia conceptual, tan abusivamente empleada como injustamente tratada. Porque la conceptualización y la terrible dogmática que lo acompaña son necesarios para la edificación de un universo mental sobre el cual podamos operar jurídicamente. Antes que descriptores de procesos, al estilo de los historiadores generalistas o puros, somos constructores de conceptos, ordenadores de los mismos, clasificadores de instituciones con arreglo a la dogmática que buenamente se puede desprender del momento histórico estudiado. El Derecho no deja de ser, como advierte el A., una arquitectura de conceptos, duradera, libre de contradicciones, orientada a la resolución pacífica de los conflictos. Es y ha sido así. Cuestión diferente y más discutida, que no es tratada ni por

asomo, es la existencia del sistema. Silencio elocuente que es sumamente expresivo. El concepto puede tener como consecuencia lógica la conformación del sistema, pero no siempre ha sido así. Pensemos en el temprano Medievo. La primacía del concepto parece clara en este discurso. Un concepto que nace desde el presente, pero a partir del pasado y de los testimonios del pasado. Por tal razón y al margen de contaminaciones espurias (fines políticos, legendarios, meramente filantrópicos, etc.), el Derecho acaba por ser considerado como un texto del pasado y, como tal, algo susceptible de ser interpretado. Aquí puede estar la clave del modelo propuesto por nuestro A. Parece decantarse, a todas luces, por una solución lingüística (el Derecho como texto, como lenguaje, como conjunto de signos transmisores de un mensaje, en este caso, el mensaje del poder) y, alrededor de aquella solución, traza sus reflexiones: el uso de las palabras que han de ser comprendidas, los emisores y los destinatarios de las mismas, la educación de unos y otros, los procesos de conversión de los mensajes trasladados, su imposición, la coexistencia con otros lenguajes, símbolos e imágenes, acompañan al Derecho en este recorrido (de nuevo, la interdisciplinarietà) y han de ser pertinentemente convertidos en textos para su empleo regular. Del concepto hemos pasado, pues, al texto y, con el texto, también al contexto, del que depende aquél, que condiciona su realización e interpretación. Ahora bien, admitido todo lo expuesto, el binomio entre concepto y lenguaje, entre la idea y el texto, parece resolverse a favor de este último. La pregunta clave es cómo actuar sobre ese texto, cómo interpretar su lenguaje, sus palabras, sus signos. Es preciso que el historiador tenga un fundamento sólido que sea el que le permita recoger, seleccionar, depurar e interpretar esos textos del pasado. Pudiera ser la experiencia jurídica moderna, observar el pasado de acuerdo con los idearios del presente, de acuerdo con los propios intereses actuales, pero esto puede conducir a equívocos, abusos y falsificaciones, más o menos deliberadas. Sólo reconocemos lo que creemos saber y esto vicia la labor de observación neutral que se presume típica y tónica de un historiador. El historiador sería un observador absolutamente cegado por su presente, incapaz de percibir las sutilezas del pasado, de distinguir allí donde se debe distinguir. Comienza una enumeración de los deberes, de los mandamientos del buen historiador, del científico decente y honesto: respeto a los testimonios, ponderación de los mismos, construcción del discurso, respeto a la evidencia, etc. Pero Stolleis advierte una novedad que debe ser puesta en práctica: la consideración del historiador como autor (y, en buena medida, lo es, como intérprete o recreador de todo ese caudal de elementos procedentes del pasado). La Historia es construcción social de la realidad pasada que solamente puede fructificar por medio de lenguaje, sólo a través del mismo, exclusivamente con aquél, con lo que se está propugnando abiertamente una colaboración regular, nítida y clara entre la historiografía y la recreación literaria. La Historia se nutre de la memoria, de su confrontación y de su superación, pero precisa posteriormente del lenguaje para articular sus resultados y darles difusión. Esto no implica confusión de campos, mezcla de intereses, sacrificio de propósitos. El historiador queda controlado por sus fuentes y por el mandamiento científico de honradez que impide la mezcolanza de géneros. El método, el soporte, el sustento de su quehacer es el mismo (ese lenguaje que deben dominar y emplear con solvencia), pero se separan en la acción previa a la construcción del discurso. El historiador se guía por la memoria confrontada, superada y rebatida, y por la pericia en el manejo de las fuentes; el literato hace primar la imaginación. Mientras que el primero cuestiona, critica y trata de comprender todo lo acontecido en sus términos, contenidos e intencionalidad, el segundo se aparta de tales metas para considerar solamente lo estético como límite de su acción. Porque el historiador tiene unos límites éticos que no puede sobrepasar y esos límites no juegan para nada en el campo de la mera recreación artística, dirigida por la belleza. El historiador no busca lo bello, ni lo

justo, sino lo verdadero o lo que puede ser tenido por tal. El principio de no contradicción, la separación entre información y valoración, la distinción entre fuentes y exposiciones, la búsqueda de la «mejor fuente», la crítica documental, el cuestionamiento previo de todos los materiales hasta entonces existentes, la depuración de lo escrito, los verdaderos estados de la cuestión realizados de modo minucioso, preciso y con finalidad de completa revisión de todo aquel caudal de conocimientos recibidos. El historiador no es un ser absolutamente plano y romo, privado de creatividad, de fantasía o de imaginación, un ser plenamente racional y en absoluto intuitivo o guiado por su intuición. Al contrario, es un ser que sabe dónde se encuentra su credo: en la vinculación férrea de las declaraciones científicas a las reglas convenidas a lo largo de la Historia de la Ciencia, de esas reglas constitutivas que conforman la espina dorsal de sus trabajos. En todo caso, su campo de acción es siempre el pasado, pero un pasado al que se accede siempre desde lo hipotético y desde el relativismo. El investigador de la Historia debe concluir con una única certeza: aquello que ha estudiado hasta la saciedad «pudo probablemente ser así entonces». Su campo no es resolver cuestiones del presente, ni dar respuestas futuras: su cometido es ayudar a conocer mejor el pasado porque ése es su ámbito de especialización. Ahí aparece su deber máximo, su fidelidad por encima de cualquier otra bandera. Todo lo demás son desvíos que se guían por otros intereses. En este conjunto de reflexiones y como resultado final, se acaba por situar finalmente a la Historia del Derecho, cuya forma de actuación ha de ser la «traducción» de los testimonios jurídicos del pasado al idioma del presente, con la advertencia sabia de que, en muchas ocasiones, aquellos conceptos sobre los cuales operamos no son descubiertos de nuevo una y otra vez, en una suerte de eterno retorno, sino que se transforman lentamente con la experiencia, de forma pausada (lo privado), de modo más acelerado y revolucionario si se quiere (lo público). Recordando a H. Coing, la tarea del historiador que bucea en el conocimiento del pasado jurídico para saber como funcionaron esos ordenamientos pretéritos tiene varios frentes abiertos, varios campos que cultivar, que han de ser unidos en la medida de lo posible: las fuentes del Derecho y su relación con las ideas de su tiempo acerca de qué es Derecho y qué no es Derecho; el horizonte cultural donde se sitúa ese Derecho, con especial atención al pensamiento jurídico; las instituciones y reglas singulares, concebidas desde la óptica de la experiencia jurídica analizada; la comprensión global de la norma jurídica como solución al problema concreto planteado en cada momento histórico puntual; las relaciones entre sociedad y Derecho en su más amplia acepción. Con estos instrumentos, cabe plantearse nuevas vías, nuevas tareas para las futuras generaciones, que pasan por abandonar las Historias nacionales y avanzar hacia los estudios del Derecho europeo en su conjunto, de la Historia Comparada, de la Historia de la Ciencia Jurídica, de las diversas esferas jurídicas plurales y coexistentes en el tiempo y en el espacio, etc. Saber, en suma, cómo ha funcionado el Derecho de una determinada comunidad en todas sus manifestaciones, teóricas y prácticas, docentes y discentes, cultas, menos cultas y vulgares, intelectuales y pragmáticas, con una perspectiva envolvente y totalizadora que presta atención a todas las expresiones del fenómeno jurídico, desde su formación hasta su aplicación, pasando por su reflexión, por el modo de pensar jurídicamente que cada momento de la Historia ha tenido, y por los protagonistas de esa reflexión, los juristas. El Derecho como una figura poligonal de muchos rostros, los cuales han de ser observados de forma conjunta y de forma integrada. Nuevas tareas, nuevos campos, nuevas especializaciones, acaso necesarias para sobrevivir, que nos van a conducir a la salvación en cuanto que especialidad intelectual universitaria, tal y como proclama nuestro A. en el final del ensayo, esto es, al acuerdo con otros interlocutores sobre nuestras propias propuestas interpretativas, de donde no deben quedar marginadas ni la imaginación creativa, ni, por supuesto,

la capacidad lingüística. Ésa es la poderosa herencia que debemos transmitir a quienes en un futuro no muy remoto se quieran dedicar a estudiar la vida jurídica del siglo XXI que apenas hemos comenzado a recorrer.

«Corpus Iuris Civilis par coeur», pp. 33-52, segundo ensayo del libro comentado, afronta un método de trabajo muy querido por el Prof. Stolleis. No ocuparse de los temas ya trillados por centenares de libros y millares de artículos, sino profundizar en ciertos aspectos secundarios de la cultura jurídica predominante en la Europa del Antiguo Régimen, la cultura del Derecho Común, aunque secundarios sólo en apariencia. El A. se ha ocupado de lo que podemos denominar las curiosidades del Derecho, notas y detalles de segundo orden, simpáticos, singulares, cómicos, chocantes, que son muchas veces algo más que simples curiosidades o meras anécdotas para pasar a adquirir la condición de categorías. Apoyándose en Rabelais, quien conoció de primera mano la vida jurídica europea del siglo XVI, se plantea una cuestión relacionada con esa época casi eterna de dominio absoluto del Derecho Común en las aulas universitarias de toda la Europa continental. La amalgama del Derecho romano y del Derecho canónico no sólo era la fuente esencial del Derecho aplicado en la mayor parte de los tribunales del continente europeo en asuntos litigiosos y por los particulares y autoridades en casos no litigiosos; además constituía el único filón digno de estudio en las universidades de la época. Un sistema jurídico como aquél que otorgaba un protagonismo de excepción a lo impreso, a lo literario, a un mundo documental perfecto que constituían sus libros originarios y los libros derivados, elaborados por los juristas, al mismo tiempo auspiciaba el papel de la memoria como la mejor forma de transmitir conocimientos y de adquirir una visión completa, perfecta y sin contaminaciones del Derecho. Con un método memorístico llevado a sus últimos extremos, es lógico que apareciesen tratados que buscaran asegurar el completo dominio del Derecho y de sus libros y, sobre todo, proporcionar los mecanismos indispensables para que los estudiantes pudiesen superar con éxito sus exámenes. Entre 1450 y 1700 se publicaron cerca de novecientos tratados sobre el arte de memorizar. El Derecho, como campo propio del saber memorístico, no fue excepción. Stolleis nos suministra varios ejemplos: el libro de Johannes Buno (*Memoriale juris civilis Romani*. Año 1673), el *Ars Magna*, aparecido en 1695, cuyo ilustrador fue Romeyn de Hooghe, la *Introductio mnemonica*, publicado en 1695 y en 1728 en su segunda edición, y, sobre todo, el manuscrito de la Württembergische Landesbibliothek de Stuttgart, cuyos grabados dirigidos a la memorización de los títulos y libros de todo el Digesto se publican parcialmente en este trabajo excepcional y sencillamente delicioso. Adaptándolos a la realidad holandesa del siglo XVII, el anónimo autor procedió de modo novedoso y siguiendo los criterios de Quintiliano, a dibujar figuras, personas, cosas, alegorías, símbolos de todo tipo, que permitiesen a quien leyese ese libro recordar por medio de simples asociaciones de ideas y conceptos todas y cada una de las partes de la magna obra jurisprudencial de Justiniano. Algunos de esos grabados y los comentarios pormenorizados del Prof. Stolleis nos sitúan en las aulas de cualquier universidad del Antiguo Régimen antes de afrontar un difícil, por inabarcable, examen sobre la totalidad del Derecho romano recogido en el Digesto. Curiosidad erudita, sí, pero algo más: esos modelos nos sitúan en un universo mental que nos proporciona datos sobre el Derecho que se enseñaba (nunca o escasamente el Derecho «nacional», por denominarlo de algún modo), sobre cómo ese Derecho Común ajeno era reputado siempre como Derecho vigente de forma incuestionable (a pesar de la coexistencia no siempre pacífica con otros Derechos de diverso ámbito) o sobre cómo se enseñaba ese Derecho uniforme en Europa, qué técnicas se seguían, qué papel correspondía a la memoria y qué papel a otras potencias del alma humana. Las obras citadas y brevemente analizadas proporcionaban a los estudiantes noveles una primera panorámica del Derecho y a los

que se iban a examinar un mecanismo recordatorio que parecía tener relativo éxito. La escasa difusión editorial de muchas de estas obras impide hablar de un producto de consumo masivo y de un gran fenómeno editorial. Acaso porque en el Derecho de esa época, como en el de ahora, la simple memorización no lo era todo y se exigía un *plus* de razonamiento crítico, capacidad de combinación, inteligencia, pensamiento en suma, que un solo libro no estaba en condiciones de proporcionar. La universidad debía incubar juristas, pensadores que supiesen Derecho y supiesen pensarlo. Entonces como ahora, ésa debe ser nuestra tarea.

«El Derecho romano y la formación del Estado moderno», pp. 53-61, es el más breve de los trabajos, pero no por eso el de menor importancia. Podemos calificarlo como trabajo de síntesis, aunque en él se dejan caer muchas consideraciones personales de nuestro A. Su tema es el inabarcable proceso de recepción del Derecho romano y las múltiples perspectivas desde las cuales aquél puede ser abordado. Posturas que lo vieron como una auténtica «desgracia nacional» (los germanistas del siglo XIX), contrario al espíritu popular alemán, como algo que fragmentaba el orden tradicional, exaltación del individualismo, disolvente de las formaciones comunitarias, responsable de la profesionalización y estatalización del sistema jurídico, frente a las nostalgias pasadas que esos mismos autores pretendían recuperar. La contraposición era evidente: un Derecho del pueblo frente a un Derecho de juristas, en el aspecto externo, pero, dentro de esa pugna, aparecía una sucesión de dicotomías. Se debatía sobre un Estado mecánico o una comunidad orgánica, sobre la familiaridad de la experiencia jurídica, palpable y cercana, o sobre la fría abstracción, sobre el individuo y la comunidad natural frente a una nueva sociedad capitalista, plena de egoísmos. Superada esta concepción, se pasó al extremo contrario: el Derecho romano era responsable de todo lo bueno que jurídicamente había acontecido. La virtud se halla en el medio y es posible pensar que ninguna de esas soluciones extremas es la que ha encarnado la verdad histórica. El Prof. Stolleis cuestiona muchos elementos tradicionalmente vinculados a la recepción y reivindica otros, destacando, sobre todo, el hecho de proporcionar, por encima de todo y más que nada, un método científico de trabajo sobre el Derecho, sin perjuicio de que también se produjesen contaminaciones de fondo, de contenidos, en relación con los Derechos de los reinos. La recepción fue una oportunidad científica que tuvo el efecto de construir un saber uniforme en toda Europa y un modo de trabajar el Derecho idéntico. La somera descripción de los factores que se hallan detrás de la recepción es simplemente magnífica por sencilla: ascensión del grupo social de los juristas, que se convierten en imprescindibles para el funcionamiento de todo aparato de poder en cualquier contexto que éste se presente (ciudades, repúblicas, principados, reinos, Iglesia, Imperio); ocupan y clausuran el sistema jurídico, se lo apropian y lo hacen suyo, sin ingerencias extrañas de ninguna clase, con un lenguaje que solamente ellos dominan; las universidades alimentan la demanda y contribuyen a crear más y más necesidad de letrados, auxiliada por unas relaciones vitales más complejas y por la creciente y contrastada eficacia de la formación, que hacía aparecer a profesionales especializados para luchar con las letras y los libros en todos los frentes imaginables: en las ciudades, en la diplomacia, en el comercio, en los tribunales, en los conflictos políticos. La Iglesia no se quedó al margen (quizás fue la primera institución que captó sutilmente la importancia del Derecho, de su papel y de su enseñanza). La pretendida relación entre la formación del Estado y la recepción del Derecho romano en Alemania (un solo y único proceso en opinión de Laband) es impugnada por el Prof. Stolleis con tres sólidos argumentos: el absolutismo aparece asimismo en lugares donde no se había difundido con intensidad el Derecho romano (p. ej. Rusia); la consolidación del absolutismo como tal se inicia cuando la recepción ha concluido, a mediados del siglo XVI; y, por último, el Derecho público

romano no fue objeto corriente de la recepción, sino que, al contrario, el Derecho público del siglo XVIII, donde está teorizado hasta la extenuación ese Estado moderno, se desarrolla en oposición al Derecho romano por medio del protestantismo (y su doctrina de las Leyes Fundamentales). En Alemania, el Estado no surge en el Imperio (a pesar del emperador, del sentimiento de pertenencia a la «nación alemana» que le daba su nombre, a pesar del patriotismo como sentimiento unificador), sino en el nivel de los principados y reinos territoriales (Prusia puede ser el paradigma), donde los príncipes y monarcas inician un proceso de confiscación y posterior concentración de potestades para su propio beneficio en todos los frentes posibles (militar, fiscal, administrativo, etc.), que dejaba en evidencia las miserias de la estructura imperial, de esa «ruina gótica» que era incapaz de dominar lo que en sus entrañas estaba creciendo, realidades políticas que con el tiempo lograron emanciparse finalmente de ese tronco común que era el Imperio. En esos principados territoriales, es donde sí puede atisbarse la influencia del Derecho romano, la explotación de sus máximas referidas al Derecho público (las famosas citas de Ulpiano sobre el príncipe desligado del Derecho y su voluntad como fuente de todo el orden jurídico), la concepción del gobernante como un padre, cuyo modelo jurídico se hallaba asimismo en los textos romanos (el *paterfamilias*), la revitalización de todo ese caudal normativo, sabiamente mezclado con el legado político de la Antigüedad, entre otras piezas, introdujeron unos esquemas políticos diferentes que superaban el pasado. Con estos textos, con su difusión y su interpretación, con el apoyo de una burocracia, comenzó a surgir una nueva forma de ejercicio del poder en donde las instrucciones escritas y la legislación centralizada tenían el protagonismo capital. Es, en cierto modo, una nueva formulación de esa dominación burocrática y legal de la que hablaba M. Weber. Estos pilares nos ponen en el camino dirigido a la aparición de un Derecho constitucional europeo, manifestado de modo diverso en los diferentes países. Con esto, desembocamos en el ensayo final.

Llegamos, por fin, al último trabajo: «La Casa Europea y la Constitución», pp. 63-90, donde el A. se pregunta por Europa, por su esencia, por aquellos elementos que la mantienen unida, por la civilización que está detrás. Opta por dar respuesta desde la perspectiva del Derecho público y aquí la Historia no puede ser más que el aliado fiel, el colaborador indispensable para culminar este interrogatorio sobre la realidad actual europea y su dependencia del pasado más inmediato y también más lejano. Busca el Prof. Stolleis las constantes que laten bajo la fría coraza europea: pluralidad, abigarramiento, competencia, dialéctica entre conflicto y pacificación por medio del Derecho. Y en esas constantes y a propósito de las mismas, halla el espacio justo para detectar algunas piedras de toque, algunas figuras fundamentales del pensamiento jurídico-político que tienen su origen en Europa, que han sido básicas en las últimas centurias, que deben iluminar un próximo Derecho constitucional europeo. Esas experiencias básicas, compartidas, con conflictos que superan conjuntamente y que se transforman en expectativas de conducta de cara al futuro, son citadas y desarrolladas en la parte central de este último ensayo: el Derecho Común romano-canónico, como aquella cultura jurídica homogénea, dotada de una potente Ciencia Jurídica que sirvió al propósito de eludir diversidades y así devenir real, sólida, efectivamente común, esto es, general en lo personal y en lo territorial; el Derecho Natural y el Derecho Internacional, allí donde no llegaba la fuerza ordenadora de los anteriores; la Política aristotélica (no sólo de Aristóteles: también de Cicerón, de Tácito, de Tomás de Aquino y de otros pensadores medievales) y sus reflexiones sobre las formas legítimas e ilegítimas de gobierno, sobre los regímenes mixtos como quintaesencia de la buena, justa y sólida república. Y de esa experiencia histórica se deducen figuras particulares para el Derecho político: el Estado Federal, las Constituciones, los Derechos Fundamentales (respuestas que Europa va

dando a la arbitrariedad del poder, allí donde se manifiesta), el Parlamentarismo y la defensa de la Voluntad General, el concepto moderno de Ley (ahora en proceso de revisión respecto de sus caracteres clásicos), y la protección mediante las decisiones judiciales de todo el entramado jurídico esbozado. Todo esto nos manifiesta que Europa ha construido sus sociedades jurídicamente hablando, con apoyos diversos, pero siempre con recurso último al Derecho (natural, romano, canónico, etc.), desde el Derecho mismo, debido a la flexibilidad de las teorías estatales manejadas; que Europa ha inculcado siempre a su mundo jurídico un fondo ético indisponible, de donde surge el Estado de Derecho, cuyos elementos pueden modularse, pero no sus postulados nucleares (que no son negociables); que Europa ha empleado figuras esenciales para construir moradas habitables, como el contrato de dominio y el contrato de sujeción, tomados ambos del Iusnaturalismo, la vinculación del poder al Derecho (Leyes Fundamentales, Constituciones), el respeto y la defensa de zonas de protección elementales para el individuo (el fuero interno, las libertades de creencia y de confesión, las sucesivas libertades que de aquí arrancan, etc.), de donde surgen los Derechos del Hombre y del Ciudadano, las formas mixtas de gobierno, la división horizontal y vertical de los poderes, en resumidas cuentas, lo que hoy conocemos como Estados Constitucionales Democráticos, fórmula a la cual se acogen o se deben acoger la mayor parte de los Estados europeos, con especial incidencia en el respeto al Derecho, como guía abstracto de la comunidad, y en el activo componente social, para buscar una mayor Justicia de tipo material, todo ello incardinado en esa estructura superior europea que debe respetar la pluralidad de sus bases, sin aniquilar las diferencias, sin alterar sustancialmente las tradiciones de las que se parte y cuyo respeto es clave para el éxito final de la construcción. Expuesto todo lo cual, Stolleis advierte de algunas objeciones a su discurso que él mismo se encarga de refutar para poner de manifiesto el papel de la Historia en toda su dimensión. Se podría haber llegado a esas conclusiones, valores y principios sin la Historia. Es rotundamente cierto, pero esas posiciones no se pueden comprender sin ella. Sin la Historia, serían conceptos perdidos que no podrían ser explicados en su totalidad, que no podrían ser incardinados en sus justas coordenadas de espacio y de tiempo, que no podrían justificarse, ni entenderse. Una frase resume su ideario: «Los problemas actuales sólo puede verse correcta y plenamente si se incluye su Historia». Sin Historia no hay nada que hacer porque solamente la Historia explica el alcance y dimensión en su exacta medida de todo proceso, de todo acontecimiento, de todo fenómeno singular. No se trata de volver al pasado, sino de emplear su conocimiento como remedio para evitar errores de antaño. Evidentemente, el occidentalismo de su propuesta, la limitación de su alcance a la Europa que él denomina «romana» no supone cerrar puertas a otros países y a otras culturas, sino considerar las relaciones con todos ellos desde la perspectiva que la Historia nos suministra y llevarnos a pensar en formas alternativas de colaboración y de cooperación militar, política o económica (el caso de Turquía o de los Países del Este), mas sin traicionar en ningún instante una suerte de espíritu europeo, una serie de valores y de tradiciones comunes que se han forjado a lo largo de varios siglos y que ahora no se pueden eliminar de un simple plumazo. Puede que esos valores no sean los únicos, ni los mejores, pero son los nuestros y no debemos pedir perdón por ellos, ni arrepentirnos, ni renegar de los mismos. Forman la actualidad a partir del pasado y dibujan un espacio que ha funcionado de modo perfecto para la coexistencia pacífica, tolerante, respetuosa y plural. La «Casa Europea» existe, pero hay que planificarla, construirla, conservarla, repararla, de modo cotidiano, hacerla y rehacerla de forma continua, día a día. La tarea no es fácil. Exige dedicación, esfuerzo, trabajo cooperativo, fundamentos espirituales que supongan unanimidad y que no traicionen, ni subviertan lo pretérito, exige un Derecho que proteja, exige espacios de desarrollo individual, requiere, en fin, libertad.



Todo ello es lo que ofrece la Historia de Europa. Y todo ello es lo que se debe conservar porque nos singulariza como comunidad jurídica.

Un libro ameno, sencillo, esquematizado, nada ostentoso, sino de lenguaje simple, llano, corriente, fácilmente digerible, con una carga de profundidad mucho mayor de lo que este breve resumen ha podido dar a entender (acaso porque merece no una simple reseña, sino un trabajo de mayor enjundia, un comentario mayor, un riguroso desarrollo crítico). La Historia del Derecho como obra de arte abre nuevos campos, inserta nuevas inquietudes, proporciona nuevos argumentos y optimismo a raudales para aquellos que creen, como el A. o como quien estas líneas escribe, que la Historia del Derecho sirve no para algo, sino para mucho, ahora, todavía, siempre.

FAUSTINO MARTÍNEZ MARTÍNEZ

**TATJER PRAT, Maria Teresa. *La Audiencia Real de la Corona de Aragón. Orígenes y primera etapa de su actuación (s. XIII y XIV)*. Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, Col·lecció d'Estudis d'Història del Dret (*Seminari Permanent i Interuniversitari d'Història del Dret Català Josep M. Font Rius*), 2009, 263 pp. ISBN 978-84-88042-70-5.**

El contenido fundamental del presente libro constituyó el trabajo de tesis doctoral de la profesora Maria Teresa Tatjer, concluido y defendido en 1986, quedando sin publicar hasta el año 2009. Tras veintitrés años, esta obra sale a la luz, una vez la autora, quien siempre tuvo intención de publicarlo, encuentra el tiempo necesario para su publicación, editándose en la Universitat Pompeu Fabra, dentro de la *Col·lecció d'Estudis d'Història del Dret*, coordinada desde el *Seminari Permanent i Interuniversitari d'Història del Dret Català Josep M. Font Rius*, del que el Dr. Tomás de Montagut es director desde sus inicios en 1993. A lo largo de estos años, este estudio ha venido siendo citado por numerosos autores que se veían obligados a consultar su edición en microfichas por la Universidad de Barcelona (al respecto, véase p. 27, nota al pie 29). Y no es extraño que haya sido tan citado, pues su objeto de estudio ya era inédito cuando su autora lo abordó en su trabajo de tesis, y lo ha seguido siendo durante estos casi cinco lustros en los que ningún estudioso se ha atrevido, sin embargo, a estudiarlo, en buena medida por ser bien conocida la existencia de esta obra que finalmente ha sido objeto de publicación.

El objeto de estudio es de un interés indiscutible y su elección como trabajo de tesis doctoral denota la audacia de su autora. Siendo su primigenia idea el estudio de los inicios de la Audiencia Real en Cataluña, pronto se percató de que tales inicios no fueron propiamente catalanes, sino que esta institución inició su andadura como institución perteneciente a la Corona de Aragón desde su creación en 1286 (merced al Ordenamiento de Huesca por el rey Alfonso El Liberal) hasta 1387 (merced a la reforma de la Administración central llevada a cabo por Juan I), momento en el que, al crearse tres Vicecancillerías (una para Cataluña, Mallorca, Cerdeña y Córcega; otra para Aragón; y otra para Valencia) «se resquebraja la unidad de la Cancillería», iniciándose el «largo y difícil camino hacia las Audiencias propias de cada reino» (p. 81).

El estudio no recorre ese «largo y difícil camino», sino su tramo precedente, el que va desde su creación en 1286 hasta 1387. No existiendo apenas estudios al respecto en

el ámbito de la Corona de Aragón, a diferencia del territorio castellano, la autora se adentró en un tema tan interesante y necesitado de estudio como complejo al carecer de puntos de referencia. Ni falta que le hicieron, pues no escatimó esfuerzos por reunir un ingente volumen de fuentes primarias (normativas, doctrinales y documentales), que unidas a la bibliografía disponible en aquel entonces –y convenientemente actualizada para la presente publicación–, no resulta fácil encontrar afirmaciones –como se verá– que no cuenten con el respaldo de la oportuna fuente, siendo muchas de ellas de carácter documental (conservadas en los Archivos de la Corona de Aragón e Histórico de la ciudad de Barcelona, así como en la Biblioteca de la Universidad de Barcelona).

Tras una introducción, el estudio se divide en dos partes: la primera trata de la génesis, establecimiento y evolución histórica de la Audiencia Real (pp. 31-81), siguiendo un criterio cronológico que permite apreciar no sólo el proceso de creación y desarrollo de la institución en su periodo inicial, sino también las diversas fuentes normativas reguladoras de la misma (normativa real y normativa de Cortes), señalando, en su caso, su procedencia. En este sentido, la autora hace un esfuerzo notable por exponer, de una manera clara y concisa, el *status questionis* de muchas de estas fuentes, algunas de ellas ciertamente discutidas por la historiografía desde mediados del siglo pasado.

En la segunda parte, relativa a la estructura jurídico-pública de la Audiencia (pp. 83 y ss.), empleando ya un criterio sistemático, se lleva a cabo una minuciosa reconstrucción de la institución en sus principales aspectos: tras un necesario –e interesante– tratamiento de la naturaleza de su institución objeto de estudio, así como una certera descripción de su integración dentro de los distintos organismos de la Corte (pp. 85 y ss.), se trata extensamente del elemento personal (pp. 97 y ss.), donde se analizan las figuras del presidente (pp. 97 y ss.), los oidores (pp. 107 y ss.), los escribanos (pp. 143 y ss.) y los de varios oficiales subalternos (pp. 153 y ss.), a saber, el de portero (pp. 153 y ss.) y el de mensajero o «verguer» (pp. 157 y ss.). A continuación, trata de la competencia (pp. 161 y ss.), distinguiéndose entre la función jurisdiccional (o «vía de justicia», pp. 164 y ss.) y la gubernativa (o «vía de gobierno», pp. 172 y ss.). El tercero –y último apartado– de la segunda parte se dedica al funcionamiento de la Audiencia (pp. 179 y ss.), analizándose los diversos aspectos: las reuniones (pp. 179 y ss.), los acuerdos (pp. 180 y ss.), su carácter itinerante (p. 181), así como su procedimiento, tanto en su vertiente jurisdiccional («el proceso», pp. 183 y ss.) como en la gubernativa («el expediente», pp. 192 y ss.).

El estudio se cierra con unas breves conclusiones cuyo objeto parece consistir más en contextualizar la evolución de la propia institución de la Audiencia que en contener una síntesis de las principales aportaciones del estudio, lo cual se comprende –por lo menos, en parte– teniendo en cuenta que se trata de una institución –hasta el momento– inédita. Así, por ejemplo, en las conclusiones se destaca «la lucha continua entre el rey y los reinos por el poder», pero no contiene referencia alguna a una idea sobre la que se insiste a lo largo del estudio: el hecho de que «en la Edad Media los hechos preceden al Derecho» (véanse pp. 38 con nota al pie n. 59, 109, 135), lo cual resulta particularmente cierto y patente al historiar una institución –como la de la Audiencia– en sus orígenes. Un elenco de las fuentes, distinguiéndose las manuscritas de las impresas y la bibliografía, junto con un apéndice documental, ocupan las últimas páginas de la obra.

Siguiendo el proceder del Dr. Josep M. Font Rius, quien prologa el estudio, tampoco yo me resisto a eludir el recuerdo de algunas experiencias personales, de carácter sentimental o nostálgico, que me ha suscitado la lectura de este libro. Conocí a su autora en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona en el primer año de mi licenciatura, en octubre de 1989, casi tres años después de que el presente estudio se hubiera defendido como trabajo de tesis doctoral. Al impartirme la asignatura de

Historia del Derecho español, desde un principio me sorprendió el talante docente y humano de la Dra. Tatjer, que ahora veo reflejado en este estudio cuya lectura me trae a la memoria aquellos finales de los años 80.

En efecto, su docencia se caracterizaba en primer lugar por su claridad y orden conceptuales: resultaba difícil perder el hilo conductor de sus explicaciones porque se esforzaba en presentar las nociones y conceptos de una forma clara, ordenada y sistemática. El lector de este estudio podrá constatar en qué medida la autora refleja esta capacidad de aclarar y ordenar la realidad, cosa no fácil a la hora de reconstruir una institución que apenas había sido explorada con anterioridad a su estudio. Una rápida ojeada al índice del libro, con sus dos grandes partes (siguiendo la primera, un criterio cronológico; la segunda, un criterio sistemático), cada una con sus diversos apartados y subapartados, resulta suficiente para constatar la claridad conceptual y sistemática de la que hace gala su autora. Su introducción, que –como se ha dicho– comprende el objeto y método de trabajo (pp. 21-23), las fuentes empleadas (pp. 23-24) y el estado de la cuestión (pp. 24-27), constituye una buena muestra de la claridad con la que afronta las cuestiones. También en aras a la claridad, no pocos apartados se inician con un primer párrafo que persigue conectar lo que se acaba de analizar con lo que a continuación se pretende abordar (véase, a título de ejemplo el tercer párrafo de la p. 53). La sistemática se percibe no sólo en la estructura del índice al principio de la obra, sino que informa todos y cada uno de los diversos apartados en que se divide el estudio, lo cual se pone especialmente de manifiesto en los apartados que integran la segunda parte del estudio, en particular al analizar el elemento personal de la Audiencia Real (pp. 97-159), sus competencias (pp. 161-177) y su funcionamiento (pp. 179-194).

Otro rasgo característico de sus clases era su modo de compaginar el rigor histórico con la sencillez y la concisión expositiva, rasgo que probablemente heredaría de su maestro, el Dr. Josep M. Font Rius, quien era capaz de sintetizar complejas cuestiones con una sencillez y concisión encomiables (sus conocidos *Apuntes tomados de la Cátedra de Historia del Derecho* de su Universidad son una buena muestra de ello). El rigor histórico del presente estudio resulta indiscutible: el manejo de un volumen notable de fuentes, así como su variedad, empleando tanto las primarias (normativas, doctrinales y documentales, manuscritas e impresas) como las secundarias (con bibliografía relativa no sólo a la Corona de Aragón, sino también a la de Castilla y otros territorios europeos), permiten a la autora hacer un análisis riguroso, afirmando y sosteniendo sólo aquello que encuentra base o fundamento en las fuentes manejadas. Al dar primacía a las fuentes primarias sobre las secundarias, raras veces se realizan afirmaciones basadas tan sólo en la bibliografía empleada (que, por lo demás, es abundante, variada y publicada en diversos idiomas: castellano, catalán, francés, italiano y alemán). Salvo el capítulo I de la primera parte –relativa al fundamento jurídico de la Audiencia del Rey (pp. 31-38)–, tan sólo recurre exclusivamente a la bibliografía cuando, careciendo de las fuentes primarias, precisa de una información que le permita ofrecer una visión completa de la estructura o funcionamiento del Órgano objeto de su estudio (lo cual le ocurre, por ejemplo, en la p. 143, nota al pie 597). La sencillez y concisión expositiva resultan patentes a lo largo de todo el estudio, donde se recogen muchas definiciones y distinciones claras y concisas, jamás barrocas o enrevesadas, pues entiende la autora que el rigor y la sencillez no son realidades antagónicas sino buenas aliadas en toda tarea docente e investigadora. Además, sistemática y concisión van unidas no pocas veces al principio de no pocos apartados cuando se aborda el *status questionis* de los diversos aspectos que se van tratando (véase, tan sólo a título de ejemplo, la parte final de la p. 45).

Otro rasgo característico que percibí desde un principio en la Dra. Tatjer, y que veo ahora reflejado en el presente estudio, es su honestidad intelectual y humana. De ahí que cuando las fuentes no le ofrecen la información que busca, lo reconoce abiertamente (véase, por ejemplo, el último párrafo de la p. 162), al igual que no duda en poner de relieve las insuficiencias o limitaciones que presentan algunas fuentes que emplea (véase, por ejemplo, el último párrafo de la p. 105).

Por lo demás, el estudio, pese a haber sido publicado muchos años después de su elaboración como tesis doctoral, mantiene en buena medida el estilo propio de un trabajo de estas características, abordándose en ocasiones cuestiones quizá un tanto secundarias o tangenciales, ya sea en texto principal (véanse, por ejemplo, pp. 66-69), ya en las notas al pie (véase, por ejemplo, la n. 259). En esta línea, en ocasiones se dan excesivas explicaciones sobre cuestiones un tanto conocidas, aunque esto bien podría deberse a su afán –reflejado también en su quehacer docente– por exponer las cuestiones con claridad, aun a riesgo de poder resultar superfluas o innecesarias, propio de los docentes que procuran hacerse entender por el auditorio que le atiende.

Como se ha dicho, salvo la primera parte –relativa al fundamento jurídico de la Audiencia del Rey (pp. 31-38)–, en la que se recurre casi exclusivamente a fuentes bibliográficas, la autora ha manejado numerosas fuentes documentales que avalan y dan buena prueba las afirmaciones y conclusiones que se van sucediendo a lo largo de todo el estudio. Lo que sorprende no es tanto el empleo de estos documentos de aplicación como el *modus* y el *quantum*, menos frecuente sin duda en los estudios histórico-jurídicos de los años 70 y 80. Así, por ejemplo, para la elaboración del interesante estudio de José María García Marín, *El oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media* (Sevilla, 1974), a la que la autora recurre en no pocas ocasiones, apenas se emplearon fuentes documentales, sin dejar de ser por ello un buen estudio, en la medida en que constituyó una primera aportación sistemática a una cuestión ciertamente inédita en aquel entonces. Pues bien, el estudio de la Dra. Tatjer también contiene esa primera aportación sistemática, pero completada con una rica casuística práctica que resulta ciertamente sorprendente. Se comprende, pues, que esta obra, según reconoce el propio Dr. Josep M. Font Rius en su prólogo, haya «omplert els anys centrals de la vida de Teresa Tatjer» (p. 18).

El apartado relativo al fundamento ideológico de la relación rey-súbditos (pp. 31-38), en el que se pretende hacer una breve presentación de la «realeza teocrática» (pp. 33 y ss.), sirviéndose de fuentes bibliográficas, contiene una afirmación que, a mi juicio, podría prestarse a confusión. Al exponerse el sentido y las consecuencias jurídico-públicas de la locución «Rex Dei gratia», se señala que «en esta situación no era el pueblo quien concedía el poder al rey, sino que, al contrario, el pueblo estaba sometido a la tutela del monarca, ya que el rey era el vicario de Dios en la tierra» (p. 35). Esta afirmación refleja ciertamente el sentir de una parte de la historiografía según el cual tal realeza «por la gracia de Dios» requiere aceptar la idea de que el monarca recibe directamente de Dios tal potestad, pero no el parecer de otra postura historiográfica según el cual, basándose en la doctrina de Tomás de Aquino, se sostiene que el rey no recibía este poder divino directamente. En efecto, nadie pone en duda que «el origen divino del poder, con base en el Nuevo Testamento, fue una constante del pensamiento medieval» (José A. Escudero, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*. Madrid, 2003, p. 509). Pero otra cuestión es sostener que este poder procediera de Dios directamente, afirmación que no refleja el sentir mayoritario de la historiografía. En este sentido, José A. Escudero recoge –en su *Curso*– ambas posturas historiográficas al señalar expresa y diáfana que «la tesis de que el poder, originario de Dios, llega al rey por medio de la comunidad (*omnis potestas a Deo per*

*populum*) fue explícitamente formulada por Santo Tomás de Aquino en el siglo XIII y sentó las bases de una concepción democrática del orden político, por cuanto si el pueblo confía a una persona el poder, está legitimado también para retirárselo o para ejercer un adecuado control (...). Si el rey recibe el poder directamente de Dios, no sólo cabe justificar su independencia respecto a los súbditos, sino incluso también, en determinados supuestos, la legitimidad del enfrentamiento al papa» (p. 510) (en el ámbito anglosajón, véase, por ejemplo, K. Pennington: *The Prince and the Law, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*. Berkeley, 1993).

Al margen de esta cuestión –por lo demás, bien secundaria o residual respecto al núcleo del objeto propio de estudio–, estamos ante una obra de una consistencia científica indiscutible, que aborda un tema tan interesante como huérfano de tratamiento hasta el momento, y que la autora ha sabido afrontar con un rigor, claridad, sistemática y concisión envidiables, todo ello unido a una honestidad intelectual que ha llevado a la autora a procurar –y a lograr notablemente– una exquisita fidelidad al contenido de las fuentes empleadas –que son abundantes y variadas–. Por todo ello, felicito sinceramente a la Dra. Tatjer y celebro que por fin su estudio haya visto la luz, una luz cuyo fulgor será intenso y de largo alcance en la historiografía española. No me cabe la menor duda y el tiempo se encargará de ponerlo de manifiesto.

ANICETO MASFERRER

**TORRES AGUILAR, Manuel. *Génesis parlamentaria del código penal de 1822*. Universidad degli Studi di Messina. Dipartimento di Studi Europei e Mediterranei. Sicania University Press, 2008. 270 pp. ISBN 97888726.**

I. El profesor Manuel Torres Aguilar ofrece a la comunidad científica un nuevo trabajo de investigación, centrado en este caso en los orígenes de la codificación del derecho penal, con referencia a la tramitación parlamentaria del código de 1822. Da muestras así, de nuevo, de su interés por los temas relacionados con el derecho penal, de los que constituye su aportación más importante su libro sobre el delito de parricidio (*El parricidio: del pasado al presente de un delito*, EDERSA, 1991), y entre los que destacan además sus trabajos sobre la bigamia, la pena del exilio, o el delito de deserción, entre otros muchos relativos a la institución inquisitorial.

El código de 1822 es el primero de los códigos liberales españoles, enmarcado en un contexto histórico-político complejo, en el trienio liberal, en el segundo período de vigencia de la Constitución gaditana. Y fue el único de los códigos que se redactaban en ese período que alcanzó su promulgación. En aquellos años se trabajaba sobre un *proyecto de código civil*, a caballo entre el sistema de la compilación y el de la codificación, el proyecto de 1821, redactado por una comisión parlamentaria presidida por el diputado Garellly. Este proyecto, aun inconcluso, se fue leyendo y debatiendo en las Cortes del Trienio, sin que se completara su redacción, seguramente porque ambicionaba a ser, como ha escrito Peset «algo más que un código civil», con aspiraciones a convertirse en un texto abierto a distintas ramas del derecho, como el derecho administrativo y constitucional, además de la materia civil que le es propia. Tampoco logró convertirse en ley el *código sanitario* redactado en 1822 por aquellas Cortes con el designio puesto en acabar con la peste amarilla que en aquellos años asolaba el país. A falta de otros medios

más expeditivos, los diputados liberales redactaron un completo proyecto de código, de más de novecientos artículos que perseguía entre sus benéficos y saludables objetivos «procurar la mejor salud a los españoles y la salubridad a las Españas», muy al estilo de los buenos propósitos de los constituyentes gaditanos. Y todavía en aquellos años se redactó un proyecto completo de *código rural*, que por distintas razones, tampoco alcanzó su promulgación.

En tal contexto, una comisión parlamentaria de aquellas Cortes, compuesta entre otros diputados de Martínez Marina, Flórez Estrada, y especialmente por quien puso ser el autor principal del código penal, el abogado José María Calatrava, redactó un proyecto completo de código penal, que sí llegó a ser promulgado, alcanzando así el honor de ser la primera obra, aunque de efímera vigencia, de la codificación española. Y a aquella comisión parlamentaria, hay que reconocerle un mérito aun mayor, aunque para lograrlo se apoyara en la técnica del código penal napoleónico que dada sus excelencias se ofrecía como modelo: supo adaptar sus trabajos al estilo y al lenguaje que es propio de la tarea codificadora, en unos momentos en los que con frecuencia, todavía, no son absolutamente nítidos los límites que separan la técnica compiladora de la nueva técnica de la codificación, como se aprecia en la estructura y plan del proyecto de código civil que en esos años se debatía en Cortes.

Y ese nuevo modo de trabajar que planteó la comisión de código penal fue reconocido en los informes redactados por las Universidades, tribunales o distintas corporaciones profesionales, en un procedimiento novedoso de consulta que destapó, entre sus sorprendentes resultados, que la inmensa mayoría de las instituciones que informaron, manifestaron su opinión sobre el anacronismo de la Novísima Recopilación, sin haber alcanzado los veinte años de su promulgación. Destaca en todos ellos, una idea común: la conveniencia del proyecto y su oportunidad, pese a la crítica concreta sobre algunos aspectos de la regulación del código. Cabe reconocer, a la vista del libro del Dr. Torres que hace referencia a los distintos informes y a las respuestas que formuló sobre los mismos la comisión, que el proyecto inicial mejoró con la incorporación de alguna de las mejoras propuestas, en un procedimiento de técnica legislativa que se mostraba entonces novedoso y que produjo resultados positivos.

**II.** El trabajo de investigación abordado por el profesor Torres, sustentado en la fuente primaria de los debates parlamentarios, y en los informes que sobre el mismo remitieron a las Cortes las Universidades, tribunales, colegios profesionales y en general toda clase de corporaciones e instituciones, es un trabajo complejo y de difícil elaboración, pese a que la discusión completa del proyecto esté perfectamente documentada en el *Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusión del proyecto de código penal* (Imprenta Nacional, Madrid, 1822). La falta de las actas de las reuniones de la comisión que redactó el código penal de 1822, asigna a los debates parlamentarios un interés aun mayor, lo que evidencia el acierto del Dr. Torres al recurrir a este tipo de fuente para investigar el proceso de formación del código penal de 1822. Efectivamente, gracias a los discursos de los diputados que son a la vez miembros de la comisión que redactó el código, y que están recogidos en las actas de las sesiones de las Cortes, podemos conocer el sentido y el espíritu de lo deliberado en la comisión, lo que facilita una mejor interpretación del auténtico sentido y alcance de sus contenidos. Y gracias, igualmente, a estos debates, conocemos el sentir de la opinión pública y los anhelos de modernidad de una sociedad que se alzaba contra los principios inspiradores del derecho penal del antiguo régimen. Todo ello aparece manifestado en boca de aquellos diputados que se pronunciaban, a veces con vehemencia, sobre cuestiones tan importantes como la justicia, la arbitrariedad de los jueces, la dureza de las penas, el

concepto del derecho penal, o sobre determinados delitos como la herejía, o sobre la pena de muerte.

Dada la complejidad de los debates y de los discursos de los parlamentarios, para su mejor aprovechamiento se requiere un buen conocimiento de la situación política de la época, de las prácticas parlamentarias y del lenguaje al uso entre los diputados, además de dosis generosas de paciencia para llevar a buen término una investigación que se proyecta de una manera tan ambiciosa. Y no cabe duda que el autor del libro objeto de esta recensión está en posesión de todos esos requisitos previos, y especialmente de una infinita paciencia para escudriñar todo lo que dan de sí los ricos, pero a la vez tediosos, discursos parlamentarios.

**III.** El trabajo está redactado siguiendo una correcta sistemática. Se inicia como punto de partida con una referencia genérica a las principales ideas del derecho penal del antiguo régimen, basado en la influencia romano-canónica, destacando las características que lo definen: el carácter intimidatorio de la pena, el arbitrio de los jueces y la desproporción entre delito y pena, y la desigualdad de la ley penal. En un segundo apartado incide en el primer proyecto de reforma de ese derecho penal, con referencia al proyecto ilustrado de código penal de 1787 estudiado por Casabó Ruiz. Se trata de un proyecto de código criminal, redactado por una junta de legislación con arreglo a una estructura moderna, que tuvo en cuenta el extracto de las leyes penales de Lardizábal según se trasladó a su *Discurso sobre las penas* publicado en 1782, así como la doctrina al uso. Los ecos de la revolución francesa que a nuestro país llegaban, pese al cerco sanitario impuesto para evitarlo, pusieron término a este proyecto ilustrado, inspirado principalmente en la obra de Filangieri, y que nunca alcanzó los caracteres de un proyecto de código, al estilo de los códigos europeos nacidos tras el triunfo de los regímenes liberales, al ofrecer de manera combinada aspectos sustantivos y procesales del derecho penal, asemejándose más bien a un plan ilustrado propio del antiguo régimen, al estilo de otros proyectos que sirvieron de preámbulo a la codificación europea.

Continúa el libro en un nuevo apartado haciendo referencia a la codificación penal hasta 1820, con indicación de las vicisitudes que se produjeron en España tras la invasión napoleónica, y los cambios en nuestra legislación penal en el contexto de los principios liberales que se incorporarían al texto gaditano de 1812: supresión del tormento, apremios..., por decreto de 22 de abril de 1811; supresión de los tribunales de la Inquisición, por decreto de 22 de febrero de 1813; supresión de la pena de horca, por decreto de 24 de enero de 1812; supresión de la pena de azotes por decreto de 8 de septiembre de 1813. Medidas todas ellas que fueron allanando el camino de la junta de codificación criminal que quedó formalmente nombrada el 23 de marzo de 1814, sin tiempo apenas para iniciar sus trabajos ante el retorno en mayo de ese año del monarca Fernando VIII, dispuesto a abolir la Constitución de 1812, como así efectivamente hizo por decreto de 4 de mayo de 1814.

Un nuevo capítulo de la obra, breve, hace referencia a la restauración absolutista y a la tarea codificadora en esos años de 1814-1820, sin avances significativos, para pasar de inmediato a un nuevo apartado que se centra en el código penal de 1822, con un análisis certero de las condiciones previas del nuevo período liberal (1820-23), la labor de la comisión de Cortes, el proyecto de código penal en sí, con indicación de las influencias en él recibidas, a través de las obras doctrinales, y con indicación de los informes de universidades, corporaciones y colegios profesionales. El siguiente capítulo aborda las variaciones introducidas en el texto del proyecto, a la luz de los informes recibidos, para dar paso en un nuevo capítulo, sin duda el más completo y novedoso del libro del Dr. Torres, el capítulo destinado a los debates habidos en las Cortes en relación al proyecto presentado por la comisión, hasta la referencia de su aprobación, en un nuevo capítulo,

en el que se aborda también la cuestión tan controvertida de su puesta en vigencia y aplicación. Unos apartados finales con un resumen de los debates parlamentarios, sobre los problemas que suscitó su sanción y promulgación, y a la vista de ello, la discusión doctrinal sobre su efectiva aplicación por los tribunales, junto con una relación de la bibliografía utilizada, completan la estructura de la obra.

**IV.** La obra vista en su conjunto, como trabajo de síntesis del proceso codificador, tiene un interés notable para conocer el complejo procedimiento de redacción del código penal de 1822. Su interés es aun mayor cuando se contempla la evolución que después de esa etapa ha seguido la codificación del derecho penal. Con esa perspectiva se aprecia la estrecha vinculación que mantiene el código de 1822 con el que le sucede en el proceso codificador: el código de 1848. Entre uno y otro, como escribiera el ilustre penalista Antón Oncea existe «un parentesco en línea recta», pues una buena parte de los preceptos del código de 1822, redactados con buena técnica, han inspirado la redacción del código penal de 1848, prototipo de código en el moderantismo español y modelo y referencia, a su vez, de la codificación penal posterior. Por todo ello el libro del Dr. Torres Aguilar merece ser tenido en cuenta como una aportación de calidad en la investigación sobre los prolegómenos de la codificación penal, al aportar no pocas claves para comprender el alcance de las reformas que se introducirán en el derecho penal que se codifica a lo largo del siglo XIX.

JUAN BARÓ PAZOS

**VAL VALDIVIESO, M.<sup>a</sup> Isabel del; MARTÍNEZ SOPENA, Pascual (Dirs.).** *Castilla y el Mundo Feudal. Homenaje al Profesor Julio Valdeón, Valladolid 2009*, 3 vols. 2084 pp. ISBN 978-84-9718-582-0.

Bajo el título genérico de «Castilla y el Mundo Feudal», la Junta de Castilla Y León y la Universidad de Valladolid editan conjuntamente una extensa obra en tres volúmenes (proyectada y preparada en vida, aunque desafortunadamente aparecida tras su fallecimiento) de homenaje al profesor Julio Valdeón Baruque, insigne medievalista y querido y admirado catedrático, ya jubilado y emérito cuando se decidió el homenaje, de Historia Medieval de la Universidad de Valladolid. La edición ha sido producida bajo la dirección de dos compañeros del homenajeado, los profesores y también destacados medievalistas María Isabel del Val Valdivieso, que inicia la obra con una semblanza completa y sentida del profesor Valdeón, y Pascual Martínez Sopena, que, a continuación, explica el plan de la obra relacionando hábilmente cada sección de la misma con el quehacer académico del homenajeado, del que inmediatamente después se inserta un elocuente curriculum personal. Ambos demuestran sin proponérselo su meritorio esfuerzo al ordenar y dar sentido a tan vasta cantidad de colaboraciones y trabajos como los reunidos en este libro.

La recensión de una obra de estas características excluye su concepto académico más riguroso y exigente de juicio crítico y ponderado sobre el valor intrínseco de la misma, habida cuenta de la evidente y pura imposibilidad de valorar científicamente, ni siquiera describir con algún detalle, los 135 trabajos que la integran acumulados a lo largo de sus tres tomos, todos ellos de registros, temáticas y propósitos, tanto desde una perspectiva sustantiva como desde un punto de vista metodológico, muy variados, y



obliga en consecuencia a conformarse con la noción de recensión, también académica y útil aunque menos profunda y más elemental, de mera reseña o noticia de una obra, que es lo que estas líneas se proponen como modesto objetivo.

Estos tres volúmenes compuestos por tan elevado número de participaciones se han querido disciplinar por sus competentes organizadores mediante un título genérico que ya de entrada aspira a circunscribir la temática, y por consiguiente las aportaciones concurrentes, mediante dos elementos interrelacionados Castilla y el Mundo feudal, objetivo que parece obedecer al deseo de conciliar el paisaje intelectual del homenajeado con la previsible afluencia masiva de colegas medievalistas españoles y extranjeros a colaborar en el libro homenaje, y tal propósito ha quedado satisfactoriamente alcanzado con las mínimas desviaciones, por otra parte inevitables en obras de autoría multitudinaria como la presente.

Con suficiente elasticidad y buen criterio interno, el plan de la obra agrupa y organiza el centenar largo de colaboraciones en ocho amplios epígrafes o secciones, indispensables, al menos desde los intereses del lector, para orientarse con fruto entre tan amplio muestrario historiográfico, al que, de acuerdo con tal distribución, conviene pasar escueta revista.

El primero, bajo el título «Fuentes, debates y percepciones de la Edad Media» aparece formado por una veintena escasa de trabajos, tan heterogéneos como permite el laxo enunciado del epígrafe, que se ocupan desde cuestiones metodológicas y heurísticas hasta políticas, jurídicas y aún literarias. El segundo, titulado «Los señores y los señoríos», está integrado por una docena corta de artículos, mucho más circunscritos en su temática, la mayor parte de los cuales se ocupa de estudiar señoríos de abadengo y el resto cuestiones nobiliarias más o menos conexas con el régimen señorial, unos y otros interesantes desde la perspectiva histórico-jurídica. «El mundo urbano y el comercio» constituye la tercera sección, compuesta por quince trabajos dedicados casi todos, de acuerdo con su frontispicio, a la vida económica urbana, aunque también incluye aportaciones de temática ciudadana no económica.

El segundo volumen comprende las secciones cuarta y quinta. Aquélla aparece rotulada como «Fronteras y herencias: cristianos musulmanes y judíos» y resulta integrada por veintidós trabajos con predominio temático judío, que analizan la multiculturalidad medieval peninsular. Ésta versa sobre «Los reinos hispánicos y los instrumentos del poder regio» y aparece formada por veinticinco artículos (entre los que figura la que creemos única presencia de un profesor de Historia del Derecho en toda la obra), muchos de los cuales ofrecen una interesante orientación institucional.

El tercer tomo se inicia con el sexto epígrafe «La crisis bajomedieval y la conflictividad social» en el que a lo largo de sus diecisiete trabajos se acomete una temática particularmente cara al propio homenajeado a la que dedicó alguna de sus mejores aportaciones historiográficas. Continúa con la séptima sección titulada «Cultura, mentalidad y vida cotidiana», que consta de veintiún artículos orientados hacia esta moderna temática historiográfica sobre cuestiones tan significativas a pesar de su escasa grandilocuencia como el uso del tiempo, la condición femenina o las reliquias de los santos. Y finaliza con una octava sección de nombre tan evocador como «Otros ecos...», que agrupa unos pocos trabajos, cinco en concreto, de aquellos que, aún ajenos a la especialidad del homenajeado, no han querido sin embargo faltar a la cita que ha representado esta obra con toda seguridad por la cercanía personal a Julio Valdeón.

Como dato que puede resultar relevante para los lectores del Anuario es oportuno consignar que desde la perspectiva histórico-jurídica acaso las secciones más sugestivas sean la segunda y la quinta, aunque a lo largo de las demás también puedan encontrarse trabajos diseminados aquí y allá de contenido directamente jurídico e institucional,

porque indirectamente toda investigación histórica por muy generalista que sea es claro que concierne o puede concernir en alguna medida mayor o menor al saber iushistórico.

Ni que decir tiene que, al lado de las colaboraciones de historiadores más jóvenes, aparecen en estos ocho epígrafes las de muchos medievalistas consagrados y prestigiosos, incluidos los codirectores del libro y muchos compañeros directos de Julio Valdeón, todos los cuales han asumido como un honor su participación en esta empresa intelectual.

Llama la atención el hecho de que los tres volúmenes de la obra son prácticamente coto exclusivo de medievalistas sin apenas presencia de otros historiadores de distintas especialidades. Acaso sea el resultado sencillo de haber acudido a homenajear al profesor Valdeón sus más próximos colegas suficientemente numerosos como para bloquear por vía de hecho, sin pretenderlo por supuesto, cualquier otra concurrencia.

El hecho de que, salvo error u omisión del redactor de estas líneas informativas, no se aprecie la concurrencia de historiadores de otras especialidades historiográficas, salvo muy puntuales excepciones, habla con cierta elocuencia de la recalitrante compartimentación en que se mueve la historiografía española y que, como si de un reflejo condicionado se tratara, es respetada espontáneamente por todo el mundo. Esta llamativa compartimentación de campos de trabajo no se sabe con certeza, aunque algo pueda sospecharse, si es positiva o negativa para el desarrollo de los estudios históricos disciplinares; ni siquiera si es conveniente o inconveniente, en este caso concreto, para la mayor o menor intensidad del homenaje que se pretende dedicar, aunque con toda seguridad en caso de haber concurrido aportaciones de otras especialidades quizás estos tres tomos tan correctamente editados hubieran resultado insuficientes. Pero es un hecho del que queremos dejar constancia para su meditación y quizá rectificación futura si fuese procedente en análogos circunstancias.

DAVID TORRES SANZ

**VARELA SUÁNZES-CARPEGNA, Joaquín. *La Constitución de 1876*. Colección *Las Constituciones Españolas*. 7. Dirigida por Miguel Artola. Madrid: Iustel, 2009, 463 pp.**

El tomo 7 de la colección *Las Constituciones Españolas* dirigida por Miguel Artola está dedicado, como corresponde según un orden cronológico, a la Constitución de 1876, la más longeva de nuestra historia constitucional. Se trata de una cuidada selección de textos referidos a su proceso de elaboración, precedidos de un estudio preliminar, todo debido al catedrático de Derecho Constitucional Joaquín Varela Suánzes-Carpegna, reconocido especialista en la historia constitucional española y comparada. No es la primera vez que el autor se acerca al estudio de la Constitución de 1876 (véase «¿Qué ocurrió con la ciencia de Derecho Constitucional en la España del siglo XIX?», en: *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 14, 1999, pp. 93-172; y *Política y Constitución en España, 1808-1978*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), pero sí de forma monográfica.

Los 36 documentos seleccionados son el hilo conductor del estudio preliminar. Se trata, como el propio autor resume, de manifiestos, decretos, órdenes, circulares, decla-

raciones, proyectos constitucionales, dictámenes, discursos parlamentarios y votaciones, en parte inéditos, sacados de periódicos como *El Tiempo*, *La Época*, *La Iberia* y *El Imparcial*, la *Gaceta de Madrid*, las actas y documentos de la Comisión de Bases Constitucionales y los diarios de sesiones del Congreso de los Diputados y del Senado, custodiados en la Biblioteca de la Universidad de Oviedo, la Biblioteca de la Junta General del Principado de Asturias, la Biblioteca Nacional y el Archivo del Senado.

En el estudio preliminar, como su propio título indica, Varela analiza la *Elaboración y características de la Constitución de 1876*. Es decir, su contexto histórico-jurídico, el proceso de elaboración, debate y aprobación del texto constitucional, y los principios constitucionales que asume en cuanto a la soberanía, los derechos, los poderes y su organización. El estudio se cierra con unas reflexiones que sitúan la Constitución de 1876 en la historia constitucional española.

Como hemos señalado, los documentos que componen la obra se engarzan perfectamente en el primer apartado del estudio preliminar, dedicado al proceso de elaboración de la Constitución de 1876, dividido en dos etapas, preparlamentaria (del 1 de diciembre de 1874 al 9 de enero de 1876) y parlamentaria (del 27 de marzo al 30 de junio de 1876).

El inicio del proceso lo marca el manifiesto de Sandhurst, con los principios básicos de la Restauración, firmado el 1 de diciembre de 1874 por Alfonso XII y debido al protagonista indiscutible de la época: Antonio Cánovas del Castillo (*documento 1*). Su contexto histórico: el golpe de Pavía, la «dictadura republicana» del general Serrano, con Sagasta como presidente del Gobierno, el pronunciamiento del general Martínez Campos y la proclamación de Alfonso XII, el fin de la Primera República, y el Ministerio-Regencia de Cánovas, también llamado «dictadura canovista» (*documento 2*). Destaca Varela que durante toda esta nueva época permanecieron suspendidas las garantías constitucionales reconocidas por la Constitución de 1869, entre las que destacan la libertad de prensa, los derechos de reunión y asociación, la libertad de cátedra y la libertad de imprenta (*documentos 3, 4, 5 y 6*).

La búsqueda de una legalidad común, fin último de la Restauración, se intentó a través de una reunión de los diputados y senadores elegidos en los últimos treinta años, cita a la que acudieron 341 parlamentarios, sobre todo moderados y unionistas, que contaron con la oposición declarada de los seguidores de Sagasta (*documento 7*). De dicha reunión salió formada la decisiva Comisión de Bases Constitucionales, también llamada Comisión de los Notables, formada por 39 individuos y presidida por Alejandro Mon. A su vez, ésta nombró una Subcomisión de 9 miembros que, presidida por Manuel Alonso Martínez, otro de los grandes protagonistas del momento, elaboró y sometió a la Comisión, en julio de 1875, un proyecto de Constitución del que poco se separaría la finalmente aprobada Constitución de 1876 (*documentos 8 y 9*). Desde este primer momento los únicos asuntos conflictivos fueron la regulación de la materia religiosa (el artículo 11 del proyecto es idéntico al de la Constitución) y la composición del Senado. Luego se volverá sobre ello.

Los acontecimientos siguieron sucediendo. En septiembre, el general Jovellar sustituyó en la presidencia del Gobierno a Cánovas (*documento 10*), ocupado en exclusiva del buen fin de la Constitución, para lo cual era necesario unir en el partido liberal conservador a la mayoría de los moderados, unionistas y disidentes de Sagasta, y, además, llegar a un entendimiento, que sería clave, con el partido constitucional. En diciembre, bajo la nueva presidencia de Cánovas (*documento 12*), se decidió convocar elecciones a Cortes por sufragio universal masculino, derecho recogido en la Constitución de 1869 y desarrollado en la legislación electoral (*documentos 11 y 14*). Eso sí, sólo se aceptó la

participación de partidos monárquicos, excluyéndose a los carlistas y a los republicanos (*documento 13*).

Con el Manifiesto de los Notables, miembros de la Comisión de Bases Constitucionales, a su cabeza Alonso Martínez, en apoyo al proyecto constitucional, acaba la fase previa al debate y aprobación parlamentaria de la Constitución de 1876 (*documento 15*).

Las Cortes resultantes de las elecciones celebradas a fines de enero de 1876, con una participación del 55% del censo electoral, eran de mayoría claramente conservadora, aunque también dieron cabida a miembros del partido constitucional de Sagasta, a los moderados más intransigentes, a los demócratas y radicales. Ellos fueron los encargados de pronunciarse sobre el proyecto de Constitución, presentado a las Cortes el 27 de marzo de 1876 (*documento 16*). En el Congreso de los Diputados se debatieron, primero, en abril, los dos dictámenes elaborados por la Comisión Constitucional, en la que participó activamente, de nuevo, Alonso Martínez (*documentos 17, 18, 19, 20 y 21*). Lo más relevante fue la discusión del propio carácter constituyente de las Cortes, que se pronunciaban sobre un proyecto de Constitución elaborado por una instancia ajena. La defensa de Cánovas se centró en la clave de su pensamiento constitucional, que afirma la existencia de una Constitución histórica o, mejor, interna, preexistente a la Constitución escrita. El debate fue aprovechado por los constitucionalistas para defender la vigencia de la Constitución de 1869, a cuyos principios básicos no querían renunciar: soberanía popular y derechos individuales, entre ellos la libertad religiosa y el sufragio universal.

Por su parte, como ya adelantamos, el mayor debate lo produjo la cuestión religiosa (artículo 11). Las opciones que se barajaban eran tres, correspondientes a tres modelos constitucionales: la libertad de cultos reconocida en la Constitución de 1869, la confesionalidad católica, sin más, propia de la Constitución de 1845, y la posición ecléctica asumida por la Constitución de 1876, que declaraba la confesionalidad del Estado y reconocía la libertad de cultos ejercidos de forma privada (*documentos 22 y 23*).

Por su parte, también fue conflictiva la materia de la enseñanza (artículo 12), cuyo debate fue aprovechado por algunos para exigir la obligatoriedad de la primaria (*documentos 24 y 25*).

Finalmente, el proyecto de Constitución fue aprobado en el Congreso de los Diputados por 276 votos a favor y 40 en contra, debidos a los moderados intransigentes, los constitucionalistas, republicanos y radicales (*documentos 26 y 27*).

El Senado también formó su Comisión Constitucional, que elaboró otros dos dictámenes sobre los que debatir y votar. Los únicos asuntos conflictivos fueron la materia religiosa y la composición del propio Senado (*documentos 28, 29, 30, 31, 32 y 33*). De hecho, el título III referido a la Segunda Cámara fue redactado de nuevo, reforma que fue examinada por una Comisión Mixta del Congreso y del Senado (*documentos 34 y 35*).

Así las cosas, la Constitución de 1876, con 89 artículos más uno transitorio, fue aprobada por las Cortes y sancionada por Alfonso XII el 30 de junio de 1876. Se publicó en la *Gaceta de Madrid* del día 2 de julio (la redacción de la *Gaceta*, con la fórmula de promulgación se publica entre las páginas 101 y 114, y la versión del diario de sesiones de las Cortes como *documento 36*).

En la segunda parte del estudio preliminar, Joaquín Varela resume las características esenciales de la Constitución de 1876. En general, por su búsqueda de una legalidad común a las diversas y casi siempre irreconciliables doctrinas políticas, Varela la compara con la Constitución de 1837, que ha estudiado en otras ocasiones (véase «La Constitución española de 1837: una constitucional transaccional», en: *Revista de Derecho Político*, 20, 1983-1984, pp. 95-106). Ésta se presentó como síntesis entre la Constitución de 1812 y el Estatuto Real, lo que es tanto como decir entre los progre-

sistas y los moderados, unidos bajo la Monarquía de Isabel II contra el carlismo. La de 1876, como ya se dijo, intentó aglutinar a la mayor parte de los partidos políticos, lo que efectivamente se logró gracias al apoyo de Sagasta y el partido liberal formado por constitucionalistas y parte de los republicanos. Aunque presentada como una mezcla de las Constituciones de 1845 y 1869, el claro desequilibrio a favor de la primera hizo que no satisficiera a los moderados intransigentes, capitaneados por Alejandro Pidal, y, por otro lado, a buena parte de los republicanos y demócratas.

Las bases sobre las que se sustenta la Constitución de 1876, claramente conservadora, son la soberanía compartida, el fortalecimiento del poder real y la limitación de los derechos individuales.

En efecto, la soberanía compartida es la clave del pensamiento moderado, plasmado en el Estatuto Real de 1834 y en las Constituciones de 1845 y 1876. Y esa doctrina es precisamente la que negó siempre el progresismo, aferrado a la soberanía nacional e incluso popular, alcanzadas en las Constituciones de 1812, 1837 y 1869. Pero para el pensamiento canovista, la soberanía compartida entre el rey y las Cortes era un asunto indiscutible, ya que formaba el núcleo de la Constitución interna de España, anterior y superior a cualquier texto constitucional, y que daba lugar a una única posible forma de Gobierno y, en realidad, de Estado: la Monarquía Constitucional, es decir, el poder real limitado por las Cortes. De este modo, advierte Varela, la Constitución de 1876 quedó degradada a una ley ordinaria, cuyo contenido quedaba a disposición del poder legislativo, que ostentaban el rey y las Cortes. Como no podía ser de otro modo, es una Constitución flexible, pues no prevé un procedimiento agravado de reforma, distinto del legislativo ordinario. Destaca Varela finalmente que, en realidad, la Constitución ni siquiera tenía valor de ley porque no podía ser invocada ante los tribunales ni aplicada hasta su desarrollo por el legislador ordinario.

La siguiente materia que desvirtuaba la Constitución de 1876 y que provocó el rechazo de los progresistas se refiere a los derechos individuales. Se reconocen más que en la Constitución de 1845 pero menos que en la de 1869, y, sobre todo, faltan las garantías necesarias para que puedan ser concebidos como auténticos derechos fundamentales, es decir, límite a los poderes públicos y no concesiones de éstos. De hecho, los derechos reconocidos (garantías del detenido, inviolabilidad del domicilio, secreto postal, derecho de residencia, garantías frente a la expropiación, libre profesión, libertad de prensa, derechos de reunión y asociación, derecho de petición, derecho a un juez predeterminado por la ley y derecho de acceso a empleos y cargos públicos) son ineficaces hasta que el legislador los regule. Recuérdese que la misma Constitución es una ley ordinaria. Por si fuera poco, se permitía la suspensión de los derechos en caso de ser necesario para la seguridad del Estado, y no sólo por el legislador, sino incluso por el Gobierno en caso de urgencia.

Frente a la Constitución de 1869, la de 1876 no reconoce la libertad religiosa –uno de los pocos asuntos conflictivos en el debate constitucional, como ya hemos señalado– porque la confesionalidad católica del Estado español forma parte de la Constitución interna, no disponible. Por último, no se reconoce el sufragio universal, del que no eran partidarios los moderados o conservadores, pero lo cierto es que tampoco se rechazaba, con lo que la Constitución transaccional dejó la puerta abierta a su restablecimiento en 1890.

El fin de las Constituciones es la organización del poder público y su limitación a través del reconocimiento de derechos individuales. Esto último, como expone claramente Varela y acabamos de reiterar, no es propio de la Constitución de 1876. En cuanto al Estado, su centro es sin duda el rey, con un fuerte poder, ejecutivo en exclusiva y legislativo con las Cortes, incluido en este el poder constituyente, pues no se distingue.

Con estas bases, fue imposible el desarrollo de una auténtica Monarquía parlamentaria y mucho menos democrática. Se desarrollaron mecanismos necesarios para tal fin, como la compatibilidad entre los cargos de ministro y parlamentario y la doble responsabilidad política del Gobierno ante el rey y las Cortes, a través de controles ordinarios y extraordinarios (contestación al discurso real, preguntas, interpelaciones y moción de censura). Pero, en definitiva, el rey nombraba libremente a los ministros. Y, además, tenía otorgada la potestad para disolver también libremente las Cortes.

Las Cortes son indiscutiblemente bicamerales, opción acogida por el liberalismo europeo postnapoleónico y español desde su restablecimiento definitivo en 1834, con el objeto de que la segunda cámara atrajese para la causa liberal a las fuerzas del Antiguo Régimen, que salvaguardarían los intereses conservadores de la sociedad, aparte de la conveniente doble lectura de las leyes. Lo que sí fue muy debatido, ya lo hemos señalado, fue la composición del Senado, con tres posibilidades: electivo, como recogía la Constitución de 1869, mayoría de senadores natos, muchos de nombramiento real, según las previsiones de la Constitución de 1845, y la postura, de nuevo, ecléctica de la Constitución de 1876, que toma los dos modelos y prevé senadores por derecho propio, senadores vitalicios nombrados por las Cortes y senadores elegidos por las corporaciones del Estado y los mayores contribuyentes.

El tercer poder no existe en la Constitución de 1876 que, como la de 1845, prefiere hablar de administración de justicia, en detrimento de la independencia de jueces y tribunales respecto del Gobierno, implicado directamente en la selección, por lo menos, de parte de los mismos.

Por fin, la Constitución de 1876 es fiel a otra característica de la doctrina moderada: el centralismo político-administrativo. Para el pensamiento romántico de Cánovas, la nación española, indisoluble, es fruto de la historia, o incluso es una realidad divina o natural, nunca disponible por la voluntad de los hombres. Por su parte, la organización territorial no difiere del centralismo acogido por el liberalismo, que abandonó la realidad de la diversidad propia de la Constitución histórica española. Además, el modelo acogido fue el del liberalismo moderado, que no aceptaba ni siquiera la descentralización administrativa. El modelo siguió siendo la división provincial y municipal, concedidos provincias y municipios como periferia del Estado, con sus Diputaciones y Ayuntamientos, sometidos al Gobernador Civil o representante del poder estatal. Ni eran verdaderos órganos representativos –entre otras cosas porque sus presidentes no eran electivos– ni tenían competencias políticas, ni siquiera administrativas independientes de aquél.

El mismo modelo centralista se aplicó a Ultramar –Cuba, Puerto Rico y Filipinas–, que se regirían por leyes especiales y cuya representación en Cortes se dejaba a disposición del legislador ordinario.

El estudio del proceso de elaboración y aprobación y de las características básicas de la Constitución de 1876 permiten a Joaquín Varela escribir unas breves reflexiones finales, que resume en que ni fue capaz de garantizar jurídicamente los derechos de los españoles ni de regular los poderes del Estado, no porque no tuviese eficacia normativa en este sentido, sino porque a su margen se desarrollaron prácticas políticas que desvirtuaron el sistema parlamentario durante la Restauración, fundamentalmente por la monopolización del Gobierno por parte de los partidos conservador y liberal, el caciquismo y la intervención del rey en la función de gobierno. En fin, no pudo cumplir el cometido básico de las Constituciones, es decir, la organización y limitación del poder público. Y, sin embargo, fue la más longeva. Varela se encarga de explicar los motivos: porque no fue una norma políticamente constitutiva, porque la mayor parte de sus preceptos eran ambiguos y porque había constantes remisiones al legislador ordinario. Lo

que explicaría, además, el desinterés académico que suscitó, ya que era más apropiado el análisis de las prácticas políticas extraconstitucionales que se desarrollaron al margen de la Constitución de 1876, que formarían una tercera constitución, aparte de la escrita y la interna.

Conforme avanzaba la historia, la alternativa al modelo de la Restauración fue sostenida por políticos e intelectuales que querían acercar España al nuevo liberalismo democrático y social desarrollado en la Europa occidental y América. Sus nuevos principios: soberanía popular, Monarquía democrática, secularización del Estado, reconocimiento de derechos incluso sociales y autonomía regional. La más seria propuesta de reforma constitucional la planteó en 1917, en un contexto de movilización obrera, una asamblea de parlamentarios, que incidieron en la necesidad de reconocer la soberanía popular, en que la suspensión de las garantías constitucionales pudiese ser determinada sólo por las Cortes, en la limitación del poder real, en la sustitución del veto absoluto por el suspensivo, en la configuración de un Senado exclusivamente electivo y en el reconocimiento de autonomía para provincias y municipios. Principios que se convirtieron en la carta programática del partido reformista, dirigido por Melquiades Álvarez.

Pero, de nuevo, habrá que esperar. La dictadura de Primo de Rivera no derogó la Constitución de 1876, aunque suspendió su aplicación en la práctica, además de los derechos y las instituciones representativas en mayor o menor medida: Cortes, Diputaciones provinciales y Ayuntamientos. El proyecto de Constitución de 1929, calificado por Varela de «dictadura constituyente», consideraba, de nuevo, que no eran disponibles la unidad del Estado, la Monarquía constitucional, el poder legislativo compartido entre el rey y las Cortes, y la confesionalidad católica. Sin embargo, reconocía el sufragio universal incluso para las mujeres y algunos derechos sociales.

MARTA FRIERA ÁLVAREZ

**VICENTE ALGUERÓ, Felipe-José de. *Viva La Pepa, los frutos del liberalismo español en el siglo XIX*. Ed. Gota a gota, octubre 2009, Madrid, 303 pp. ISBN 84-9672-920-6 ISBN-13: 978-84-9672-920-9.**

La determinación cíclica de los tiempos históricos, el binomio causa-efecto, la explicación de los sucesos aparentes y de los sucesos «ocultos» y el importante argumentario que ofrece el s. XIX español, nos traslada a una obra de efervescencia liberal por todos sus poros y en todas sus páginas. El liberalismo como eje conductor que vertebró el pensamiento político dominante desde 1812 hasta la Dictadura de Primo de Rivera, está fundamentado y correctamente construido. Es cierto que los primeros constitucionales: Jovellanos, Argüelles, Muñoz Torrero... se consideraron muy foralistas y muy españolistas. Se fraguó una Constitución, la de 1812, formal y externa que rescató y respetó los pilares históricos de la construcción de la hispanidad en la época medieval. La E. Media, tiempo añorado, era sinónimo de libertad y religión, y la etapa de los «austrias» representó el pasado decadente que era preciso aniquilar. El nuevo concepto de soberanía nacional y la premisa de la separación de poderes, no consagrada hasta 1870 con la Ley Orgánica del Poder Judicial, cimentaron un Estado cuyas bases liberales fueron indiscutibles en lo doctrinal y atemporales en el espacio. La libertad

como concepto y como realidad, superaron con mucho desde el anhelo de alcanzarla, los siglos oscuros, de adversidad, de necedad y de reiteración del absolutismo en sus distintas variantes pero siempre con un carácter estructural que definió el A. Régimen. El pasado hispánico, un día glorioso y otro efímero, era la cuestión, con independencia de los sucesos militares, que concitó el espíritu gaditano animado a secundar un camino de progreso y avance social y político, aunque estos conceptos no fueran entendidos de la misma manera ni con los mismos considerandos. El liberalismo desde la coincidencia en las proclamas de Burke se dividió en España por una cuestión de ritmos temporales distintos y discutidos entre moderados y progresistas y así lo expresaron Narváez, Martínez de la Rosa, Pedro J. Pidal o Alejandro Mon por un bando y Espartero, Olózaga, Madoz o Joaquín María López entre otros. El papel de la Iglesia en la vida pública, la prevalencia de la libertad sobre el orden, la función definida de la monarquía y la estructura del poder fueron serios imponderables en la primera mitad del siglo para encontrar zonas de encuentro, pero con la creación de la Unión Liberal –el centro político de la época– se consiguieron importantes avances sociales y económicos (1858-1863) entendiendo la moderación como vía necesaria y útil y no la vía revolucionaria como método.

En el campo económico cabe destacar la contribución del liberalismo al concepto de propiedad privada, muy deteriorado en el antiguo régimen señorial y el libre acceso a ella, con la protección legal que los distintos gobiernos liberales consolidaron. La desamortización de los bienes eclesiásticos ayudó al reparto de la propiedad así como la libertad de arrendamiento desde la flexibilidad contractual en la disolución del vínculo, la libertad de empresa y la definitiva unidad económica de España con la revisión de aranceles y aduanas en 1841. Adam Smith creó escuela y fue el referente de los primeros doctrinarios del capitalismo español con su obra «La riqueza de las naciones». El autor se detiene con bastante solvencia argumentativa en destacar los principales logros de las políticas económicas que llevaron adelante los diferentes gobiernos liberales: políticas de infraestructuras, reformas fiscales, la consideración del sector público como sector básico y la importantísima Ley de Sociedades crediticias madurando un pensamiento que caracterizó a Laureano Figuerola y Luis María Pastor como principales ideólogos y ejecutores de esas estrategias económicas desde sus responsabilidades en los gobiernos de los que participaron.

Los frutos del primer liberalismo en el orden legal fueron muchos y notables: ley de 1837 de acceso a la propiedad privada, ley de foralidad de 1839 que fue compatible con el constitucionalismo que se estaba desarrollando y piedra angular en el mantenimiento de los privilegios históricos, ley que favoreció la unidad económica y la libertad de empresa de 1841, el Código Penal de 1848, ley de la función pública de 1852, la reforma monetaria de 1868, ley de creación de bancos de 1869, la ley orgánica del poder judicial de 1870, la ley de enjuiciamiento criminal de 1872, ley electoral de 1878. Las reformas legales a finales del s. XIX y comienzos del XX fueron desde la bancada conservadora: la ley del ejército de 1878, la abolición de la esclavitud de 1880 y el Código de Comercio de 1885 y desde los liberales: la ley de cátedra de 1881, la ley de imprenta de 1885, la ley de asociaciones de 1887, la ley de jurado de 1888 que tuvo vigencia hasta 1923 y desde 1931 a 1939, el Código Civil de 1889 y la ley de sufragio universal de 1890. Muy importante fue la creación de la Comisión de Códigos de 1875 que iniciaba una andadura trascendental en la articulación de un sistema normativo consistente y perdurable.

Especial tratamiento merece por parte del autor, el campo del pensamiento intelectual que presidió la actuación de muchos políticos liberales, el funcionamiento de las estructuras del poder y la especial atención al papel que jugaron diversas instituciones como dinamizadoras de las ideas liberales y «revolucionarias». El Ateneo desde 1837



aglutinó a figuras destacadas como Campoamor, Juan Valera, Bécquer, Pedro Antonio de Alarcón, Echegaray, Galdós, Palacio Valdés, Leopoldo Alas Clarín o Giner de los Ríos. Durante el sexenio revolucionario lo presidió el propio Cánovas del Castillo, lo que evidencia que el Ateneo fue considerado por unos y otros como el lugar de debate y encuentro entre personalidades de ideologías contrarias. La doctrina krausista impregnó en Europa y en España el debate de las ideas y las universidades abrieron un escenario de apertura que pasaba en lo programático por la separación en la vida pública de Iglesia-Estado, la prevalencia de la conciencia individual y el papel del Estado como garantía del ejercicio del derecho y de la racionalidad de las leyes. El krausismo fue el catalizador del primer liberalismo de «izquierdas» en el último cuarto del siglo, su apuesta por la preocupación de las cuestiones sociales, el progreso continuo de la humanidad, la confianza en la razón y en la ciencia y la desvinculación del catolicismo—influyó mucho la publicación que desde la Santa Sede se hizo del documento Syllabus en 1864 y que en sus ochenta puntos venía a condenar ciertos postulados del liberalismo como errores del Modernismo, entre ellos la separación Iglesia-Estado—, agrupó a personalidades tan dispares como. Canalejas, Salmerón, Castelar, Francisco Giner y Sanz del Río. Muchos profesores fueron expulsados de las aulas por el Decreto Orovio de 1865 y se funda la Institución Libre de Enseñanza impulsada por Giner de los Ríos. El tratamiento que ofrece el autor, muestra una clara identificación con las ideas krausitas que permitió ahondar al liberalismo en escenarios que no eran originales en sus planteamientos teóricos, consecuencia de ello se creó el partido republicano que al entender del autor fue la combinación en el tiempo del laicismo con lo liberal y lo social y siempre como corriente, a mi entender bastante discutible y no suficientemente contrastada, del liberalismo del momento. El entorno del Instituto Libre de Enseñanza se fue ampliando a personas cuyo denominador ideológico era similar: la apertura a Europa en una visión desesperanzada de los acontecimientos que presidían la España de finales del s. XIX y en ese entorno se situaron: Joaquín Costa, Manuel B. Cossío, Julián Besteiro, los hermanos Machado, Azorín, Azaña, Juan Ramón Jiménez, Gregorio Marañón o Ramón Pérez de Ayala. El krausismo impregnó la vida intelectual de la Institución Libre de Enseñanza desde la influencia que ejerció el grupo de Oviedo: González Posada, Rafael Altamira o Leopoldo Alas Clarín y los insignes Azaña y Ortega y Gasset en Madrid. La evolución en el pensamiento de éste último le llevó a unas profundas convicciones y el regreso a unas creencias religiosas de las que nunca desertó y desde la recién creada Residencia de Estudiantes lanzó sus famosas «Meditaciones del Quijote» en 1914 y que se consideró como el Manifiesto fundacional de la que se llamó «generación del 14».

El comienzo del s. XX supuso una reformulación del liberalismo motivada más por un cansancio generacional de la clase política que apostaba por unas inercias mantenedoras del «turnismo» (Cánovas, Sagasta, Maura y Silvela) viciado en soluciones y estancado en pensamiento político e intelectual, que tan duramente criticó Costa con su regeneracionismo político, alentando el fin de la Restauración y la salida de la clase gobernante acomodada a un status que en nada favorecía ni la acción política, ni la economía ni el avance social que España necesitaba. En ese clima se creó el partido Unión Nacional, genuino valedor del ideario regeneracionista y cuyo lema fue «Escuela, despena y doble llave al sepulcro del Cid», aunque esta última aseveración sospecho que se añadió con posterioridad. A partir de este momento, sí existieron desviacionismos del liberalismo y tal alejamiento fraguó en la elaboración de las primeras ideologías de izquierda presentadas como tal y reconocidas socialmente. En estas mismas fechas surgió el Partido Reformista (1912) en el entorno del liberalismo crítico y en una incipiente social-democracia así constatada por sus contenidos programáticos. Democracia política debe ser Democracia social conjugando elementos como el anticlericalismo, el

republicanismo y el posibilismo. Acomodados a estos planteamientos que inició Melquíades Álvarez, se encontraron en distintos momentos: García Morente, Pérez de Ayala, Fernando de los Ríos, Adolfo Posada e inicialmente Ortega y Azaña, aunque poco después se marcharon de este partido derivando en una corriente denominada la generación del 16 que tuvo, una vez más como líder en las ideas a Ortega que con su ensayo «Vieja y nueva política» centraba el posicionamiento de un grupo de intelectuales y políticos: «Estamos ciertos de que un gran número de españoles concuerdan con nosotros en hablar ligada la suerte de España al liberalismo pero rechazando el individualismo (...), liberalismo intervencionista que reserve un papel al estado más allá del simple guardián de las libertades». Este texto marcó un punto de inflexión con respecto al socialismo emergente en el método revolucionario que éste auspiciaba. Las garantías democráticas y la justicia social eran perfectamente acreditadas desde las bases de un liberalismo cívico y crítico.

España entraba en una deriva de desencuentros políticos en torno a la manera de entender el Estado y de ejercer las funciones de gobierno. El autor cierra su análisis con el acceso al poder de Primo de Rivera, la elaboración teórica del nacionalismo catalán y los grandes logros que hasta el año 1923, consiguieron los liberales en materia económica y social.

Esta obra merece el elogio de la disciplina expositiva, la claridad de los hechos enumerados desde la neutralidad «evenemencial», de la proyección del liberalismo más allá de sus protagonistas y de sus actuaciones; acierta, a mí entender, en la articulación explicativa de una España errática en el concierto nacional e internacional, a través del pensamiento liberal y su riqueza de matices. La España llorada e incluso gemida por nuestros grandes literatos y pensadores fue la constante de un siglo donde intelectuales de renombre se comprometieron hasta la médula con la cosa política y la cuestión social. Excesivos elogios al liberalismo e identificación con sus causas, alumbran ciertas dudas sobre la neutralidad histórica en algunas consideraciones que en nada desmerecen una obra de conjunto aseada de otros «tics» y que en ningún momento deriva en la tan manida justificación histórica de las apetencias personales. La Historia con respeto a los sucesos y la indagación de los mismos, con el rigor de las fuentes utilizadas, donde no han de estar muy lejos las contenidas en la Colección de Decretos, han de derivar en un elogio justificado de una obra que a lo mejor no hace grandes aportaciones a la Historia del s. XIX español pero sí relaciona el pensamiento filosófico y económico, del que el autor es conocedor, al rumbo que tomó el liberalismo en sus escenarios políticos.

BRAULIO DÍAZ SAMPEDRO

**VILADAMOR, Antoni. *Història General de Catalunya*, 2 volúmenes, Textos i Documents, núms. 40 y 41, Fundació Noguera, Barcelona, 2007, 969 pp. ISBN 978-84-2320-600-1.**

Reedición de esta obra de Antoni Viladamor, a cargo de Eulàlia Miralles. Una edición crítica del primer volumen de una historia general inacabada del Principado de Cataluña, escrita por este autor del s. XVI, prácticamente desconocido; y precedida de un completo estudio introductorio de Miralles sobre Viladamor y su obra.

Una nueva edición fruto de esa ingente tarea que la Fundació Noguera viene desarrollando en los últimos decenios de recuperación de textos, documentos y archivos históricos catalanes; en este caso, un excelente ejemplo de la narrativa histórica de la edad moderna, de indudable valor historiográfico.

Como Eulàlia Durán destaca en su prólogo, es una publicación más a añadir a otras muy recientes con sus respectivos estudios, completos o parciales, de obras históricas de distintos autores catalanes de la misma época (*Barcino*, de J. Pau; el *Sumari d'Espanya*, de B. de Puigpardines; las *Cròniques d'Espanya*, de P. Miquel Carbonell; la *Primera Part de la història de Valencia*, de P. A. Beuter; etc.).

Una obra ambiciosa que Viladamor inicia como réplica a los *Anales de la Corona de Aragón* del aragonés Jerónimo de Zurita, y a quién según parece, llegó a conocer en el Archivo Real de Barcelona. Pero Zurita escribe su obra previo acuerdo de las instituciones aragonesas, a partir de la reconquista y centrándose sobre todo en Aragón (sin olvidar sus orígenes míticos); en cambio Viladamor en este caso se ocupa de España o *Hispania* desde sus remotos orígenes hasta la invasión musulmana, cubriendo así importantes lagunas de Zurita.

A este volumen general, debieran añadirse otros dos volúmenes, más una descripción geográfica de Cataluña y los condados de Rosellón y Cerdaña; sin embargo sólo llegó a publicarse esta primera parte.

En aquellos otros dos volúmenes proyectados ya debiera haberse tratado de la historia medieval y moderna de Cataluña. El título del volumen que ahora se reedita corresponde propiamente al conjunto de los cuatro volúmenes, aunque este primero que conocemos se refiere en sí a la historia peninsular.

En todo caso Miralles quiere recuperar con esta obra la figura de Viladamor y toda su producción historiográfica, y con ello su memoria y el conocimiento del renacimiento catalán.

Centrándonos en la persona de Antoni Viladamor, archivero y secretario real, es hijo y heredero de Joan Viladamor, notario y escribano nombrado también archivero real en 1530 (cargo que compagina con el de administrador de las familias Roís de Liori y Requesens).

Nuestro autor nace en 1529, y fallece en 1585. Además de historiador, obtiene los cargos de notario real, escribano de «manament» y secretario real en la Cancillería Real. Muy importante y provechosa será su relación con la familia Requesens: en 1526 Estefanía de Requesens contrae matrimonio con Juan de Zúñiga, y la familia se traslada a la Corte. Allí, Zúñiga ejerce de preceptor del futuro Felipe II, y el hijo del matrimonio, Luis de Requesens, es paje y amigo del príncipe.

Aprovechando esta relación familiar, Antoni Viladamor también pasa temporadas en la Corte, y es de suponer que en alguna ocasión acompañaría al príncipe Felipe. Pero no conocemos muchos datos de su vida privada.

Archivero real desde 1553, es de suponer que aprende su oficio ayudando a su padre, y a quién sucede finalmente en el Archivo Real. De su matrimonio sabemos que se celebra hacia 1556 con Elisabet Puig de Roda. Y conocemos que entre 1559 y 1564 ejerce como escribano de «manament». Poca cosa más.

Como función propia de archivero, a Viladamor le corresponde recopilar documentación de las Cortes, y levantar acta de los actos de juramento de las Constituciones por los reyes; también compila documentos sobre los funcionarios de la cancillería real; etc. Ya en 1564 el rey le concede la gracia de nombrar a su sucesor en la Cancillería (lo hará en la persona de su hijo Antoni Joan), y también es ennoblecido.

Miralles intenta con cierto éxito, reconstruir la biografía de Viladamor a partir de diversa documentación localizada sobre todo en el Archivo de la Corona de Aragón, en

actas y documentos que acreditan distintas actuaciones. Consta su estrecha relación con el príncipe de Melito, Diego Hurtado, a la sazón virrey de Cataluña en la segunda mitad del s. xvi; con él conocerá y seguirá intensamente los momentos políticos del Principado en esa época (en particular los conflictos con Francia, y precisamente llega a ser nombrado alcaide de Roses).

Aparte contamos con notas de nuestro autor informándonos de distintos viajes que él realiza por Europa y la Corona de Aragón, incluso a la Corte acompañando al rey (siendo entonces sustituido como archivero real, la última vez por Gabriel Olzina).

Pero de entre los años 1572 y 1584 prácticamente no tenemos noticia alguna de Viladamor. Sí sabemos que el mismo 1584 reemprende su función de archivero, tras el procesamiento de Olzina por infidelidad en el ejercicio de su cargo. Entonces, precisamente a raíz de los problemas suscitados con Olzina, se ordena elaborar un inventario de los fondos del Archivo Real. Pero Viladamor fallece en 1585.

En cualquier caso es en este último período de su vida cuando Viladamor redacta su *Història general de Catalunya*. Pero no es su única obra: participa en la elaboración de *Epítome de la genealogía de los condes de Barcelona* (1583), y es autor de la *Cronología histórica de Cataluña desde 715 hasta 1123*.

Esta segunda obra se inicia pocos años después de la invasión musulmana, pero no es propiamente la continuación de su historia general. Además está redactada en castellano, y es muy reducida.

Miralles concluye sus notas biográficas sobre Viladamor refiriéndose a su trabajo en las Cortes de Monzón de 1585, generales de la Corona de Aragón. En ellas, el autor y su hijo Antoni Joan, se hallan entre los miembros del Brazo militar; pero Antoni Viladamor fallece durante su celebración (poco antes del 25 de septiembre).

Ya como archivero debe sucederle su hijo, y siendo aún menor de edad, mientras tanto es nombrado Sebastián Costa (hasta que aquél adquiera la mayoría); sin embargo, Antoni Joan Viladamor fallece en 1591 a los 24 años, por lo que nunca llega a asumir el cargo efectivamente.

Centrándonos ya en el documento que se reedita, ha llegado a nosotros a través de tres manuscritos: dos completos de los siglos xvi (de la British Library), y xvii (en el Archivo Episcopal de Vic), y uno incompleto del xix (del padre Jaume Pasqual, en la Biblioteca de Catalunya). Incluso se conoce una edición también parcial del s. xix obra del canónigo Jaume Collell (de 1880, a partir del tercer manuscrito). Miralles trabaja con estos manuscritos para reconstruir el texto y elaborar el aparato crítico de su edición. Incluso reseña las referencias que ha localizado de esta obra en los textos de otros autores desde el s. xvii.

En un apartado nuestra autora señala las relaciones, las diferencias e incluso los errores que localiza entre los tres textos manuscritos considerados en su conjunto. Y posteriormente reconstruye el proceso de elaboración de la obra, sobre todo a partir de la relación de Viladamor con Zurita y otros autores como Lluís Ponç d'Icard y Pere Antoni Beuter.

Especialmente se constata lo impactante y decisivo que resultó para Viladamor la obra de Zurita, los *Anales de la Corona de Aragón*. Incluso denuncia a su autor por haber olvidado intencionadamente los hechos gloriosos de los catalanes, e incluso el haber manipulado y voluntariamente omitido su historia cuando le convenía. De ahí la opinión generalizada de que la obra de Viladamor tuviera realmente el objetivo de replicar y rebatir a Zurita.

También es cierto que las instituciones catalanas, como en las Cortes de 1564, manifiestan su interés por contar con una historia oficial del Principado; incluso se

acuerda nombrar un cronista oficial del Principado, cargo al que opta el mismo Viladamor.

En ese mismo contexto de reivindicación nacional en pleno renacimiento, desde la Generalitat se impulsa la preparación de la segunda recopilación de derecho catalán que aparece entre 1588 y 1589, y asimismo se encarga la confección de los retratos de los primeros condes de Barcelona para exponerlos en el Palacio de la Generalitat.

Son unos momentos idóneos para la preparación, publicación y divulgación de una historia general del Principado. Y Viladamor lo aprovecha; es más, pasa a engrosar la nómina de historiadores políticos (que dependen de hecho del poder público), pues incluso una vez concluida su obra, pide su aprobación a los estamentos (sin recabar ninguna compensación económica, ni pretender acceder a nuevos y más altos cargos públicos).

Es posible que nuestro autor trabajara en su obra ya desde 1564, pero parece que no la redacta hasta los últimos años de su vida, entre 1584 y 1585. Aun así, sólo concluye esta primera parte; quedarán pendientes como se ha dicho: una parte centrada específicamente en la historia de Cataluña, y otra sobre la vida de los monarcas catalanes. Además Viladamor también quería elaborar una descripción geográfica del Principado y de los Condados de Rosellón y Cerdaña (con un mapa). Así lo anuncia en el prólogo del volumen que ahora se reedita.

En todo caso las fuentes de esta obra son múltiples. Miralles las desgrana y las relaciona. Se inspira especialmente en autores como Florián de Ocampo (sobre todo en su obra *Crónica general de España*), y Ambrosio de Morales (que continua la anterior), a quienes cita, y también en el Dr. Gonzalo de Illescas (por lo que se refiere a la vida de los papas). También consulta a Pere Miquel Carbonell, Pere Antoni Beuter, Francesc Tarafa y Lluís Ponç d'Icard. Las obras de todos estos autores constituyen las fuentes primarias de Viladamor, sin perjuicio de otras de distintos autores que también estudia y tiene en cuenta (Plinio, Tito Livio, Vasaeus, Damián de Goes), así como diversas fuentes archivísticas catalanas y no catalanas, epigráficas, hasta numismáticas, y un largo etcétera.

Cabe destacar por ejemplo los manuscritos que él mismo señala del *Liber Iudicum* y del *Fuero Juzgo* y actas de los Concilios de Toledo que localizó y consultó en los archivos de El Escorial y de Toledo. Otros manuscritos son por ejemplo el *Codex Vigilanus* y el *Codex Hispalensis* (desaparecido en un incendio en 1671), los *Morales* de San Gregorio, o el *De gestis gottorum*.

Miralles incluso desarrolla las abreviaturas que se citan en la obra, con lo que consigue describir sus distintas fuentes (mayoritariamente castellanas, las que en ese momento y por el período de que se trata, más información ofrecían).

En conclusión Viladamor pretendía de hecho elaborar una historia general del país y de la Iglesia desde los orígenes, desde los tiempos más remotos, y sin descuidar además su descripción geográfica.

Así este volumen de Viladamor se divide en 132 capítulos (desde la p. 205 de la presente edición), precedidos por dos listas: una de los reyes de *Hispania* hasta don Rodrigo, el último rey visigodo; y otra de los papas desde San Pedro hasta Constantino I. Después incorpora un índice con los capítulos en los que se divide su edición.

La obra se inicia con la llegada de Tubal (nieto de Noé), a la Península y del primer pueblo que funda; según su opinión la llegada se produce por el Mediterráneo, y se funda Tarragona (hacia el año 2163 antes de Cristo). Sigue luego con los sucesivos reinados sobre *Hispania* en general y Cataluña en particular (los reyes Ybero, Ydubeda, Brigo, Tago, Beto, etc.).

Describe la llegada de los cartagineses, que conquistan el territorio y lo gobiernan ocupando incluso las islas Baleares; sin olvidar a los griegos, hasta la invasión de los romanos (que data en el año 203 a. C.), quienes dominan el territorio hasta el s. V con la llegada de los visigodos (refiere cómo en el 416 Ataúlfo entra en lo que será Cataluña). Y así hasta el reinado de don Rodrigo, con la invasión ya de los musulmanes.

Se nos describe la fundación de distintas localidades en toda la geografía española, así como las instituciones de gobierno que se establecen en cada momento histórico, y se aportan numerosos datos sobre ámbitos bien distintos económicos, sociales y culturales. Se hace referencia al derecho y a las instituciones jurídicas que rigen en cada momento, con especial alusión al *Liber Iudicum* (se hace particular mención a las ordañas del agua hirviendo).

Pero Viladamor no se limita a describir, contrasta las opiniones de los autores que consulta y emite su propia opinión en cada caso, de forma elocuente y bien argumentada.

Eulàlia Miralles incorpora a esta reedición un apéndice documental relativo al padre de nuestro autor, a él mismo y a su hijo; se trata de distintos documentos de diversa naturaleza que nos aportan ciertos datos biográficos de los tres personajes. Sigue un índice conjunto onomástico y topográfico, y ya la relación de fuentes y la bibliografía consultadas.

Recuperamos pues un texto muy relevante de la historiografía catalana moderna, mediante este trabajo de Eulàlia Miralles, una aportación innovadora, rigurosa; la autora nos presenta este texto, fuente fundamental de información para el estudio de la historia de España y de Cataluña en ese largo período hasta el s. VIII y desde tiempos remotos. Una nueva edición de esta obra del s. XVI en la que se nos descubren las fuentes utilizadas por Antoni Viladamor, se describen y se nos facilita extraordinariamente su comprensión (no sin dificultades, por su complejidad); pero se consigue su objetivo poniendo al alcance del lector el texto en las mejores condiciones posibles.

Es de agradecer este esfuerzo, un paso más en la recuperación de textos de primer orden para el estudio y el conocimiento de la historia peninsular, con el recurso y la síntesis de fuentes fundamentales de nuestra historiografía, gracias al trabajo de Eulàlia Miralles y al esfuerzo de su editora, la Fundación Noguera.

JOSEP SERRANO DAURA

VARIA





## IV JORNADA D'ESTUDI (JURISTES I NOTARIS): ELS DRETS HISTORICS I LES FORMES D'AUTONOMIA

El 10 de diciembre de 2010 se celebró en la Universidad Pompeu i Fabra de Barcelona la «IV Jornada d'Estudi (Juristes i notaris)» dedicada al análisis de los derechos históricos y su vinculación con la idea de autonomía en distintos ámbitos.

La organización del encuentro correspondió, como en anteriores ocasiones, a las Universidades Pompeu y Fabra, Rovira i Virgili y Girona; la Fundación Roca Sastre; el Centro Asociado de la UNED de Cervera; y el Grupo de Investigación «El Derecho Histórico en los Pueblos de España: ámbito público y privado (siglos XII-XXI)»<sup>1</sup>.

Para esta cuarta reunión los organizadores estructuraron el encuentro en torno a la celebración de cuatro mesas redondas, independientes entre sí, que se celebraron de manera consecutiva en el transcurso del día en dos sesiones de mañana y tarde.

Tras la inauguración oficial de la Jornada a cargo de los profesores Josep Fargas, Secretario General de la Universidad Pompeu i Fabra, y Tomàs Montagut, Catedrático de Historia del Derecho de la misma Universidad, dio comienzo la primera mesa redonda bajo el título «Els drets historics i l'autonomia dels regnes i dels mars».

Bajo la moderación del profesor Tomàs de Montagut participaron como ponentes los profesores de Historia del Derecho Salustiano de Dios, de la Universidad de Salamanca, Gregorio Monreal Zia, de la Universidad Pública de Navarra y Margarita Serna Vallejo, de la Universidad de Cantabria<sup>2</sup>.

En la segunda parte de la mañana, Antoni Jordà Fernández, profesor de Historia del Derecho de la Universidad Rovira i Virgili, asumió la función de moderador de la segunda mesa titulada «Els drets historics i l'autonomia dels municipis i dels senyories». Las intervenciones corrieron a cargo de los historiadores del derecho Benjamín González Alonso, de la Universidad de Salamanca, Remedios Morán Martín, de la Universidad

---

<sup>1</sup> Proyecto del Ministerio de Educación y Ciencia SEJ2006-15051-C03.01.

<sup>2</sup> Durante la celebración de la Jornada hubo que lamentar la ausencia, por motivos sobrevenidos ajenos a su voluntad, de los profesores Antonio M. Hespanha, de la Universidad de Lisboa; Jon Arrieta Alberdi, de la Universidad del País Vasco; Remedios Ferrero, de la Universidad de Valencia; y Antoni Planas, de la Universidad de las Islas Baleares.

Los organizadores de la Jornada habían previsto la participación de Antonio M. Hespanha y Jon Arrieta Alberdi en la mesa reservada a la autonomía de los reinos y los mares; de Remedios Ferrero en la destinada a la autonomía municipal y señorial; y de Antoni Planas en la referida a la autonomía universitaria.

Nacional de Educación a Distancia, Eduardo Cebreiros Álvarez, de la Universidad de La Coruña, Roldán Jimeno Aranguren, de la Universidad Pública de Navarra, y el profesor de Historia Moderna de la Universidad de Valencia, Lluís Guía Marín.

A primera hora de la tarde, José María Pérez Collados, profesor de Historia del Derecho de la Universidad de Girona, se encargó de la dirección de la mesa prevista sobre la autonomía universitaria («Els drets històrics i l'autonomia universitària»). Participaron en ella los historiadores del derecho Manuel Ángel Bermejo Castrillo y Manuel Martínez Neira, de la Universidad Carlos III de Madrid, Javier Rodríguez Torres de la Universidad Santo Tomás de Chile y Josep Maria Llobet i Portella, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Cervera.

La sesión académica finalizó con la mesa dedicada a la autonomía en el ámbito del derecho privado. La presidencia de la mesa le correspondió a Encarnació Ricart, romanista de la Universidad Rovira i Virgili. Estuvo acompañada por el también romanista José Luis Linares Pineda, de la Universidad de Girona, y los civilistas Esteve Bosch Capdevila, de la Universidad Rovira i Virgili, Ramón Durán Rivacoba, de la Universidad de Oviedo, Margarita Herrero Oviedo, de la Universidad de Santiago de Compostela, y José Luis Moreu Bayonga, de la Universidad de Zaragoza.

A última hora de la tarde, la Jornada se dio por concluida tras unas breves palabras de clausura a cargo del profesor Josep Ferrer, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu i Fabra, anfitriona de la reunión, y Carme Burgos-Bosch, viuda de Roca Sastre y presidenta de la Fundación Roca Sastre.

En una sesión densa, al margen de las intervenciones de los moderadores y ponentes de las mesas, así como del público asistente, también hubo tiempo para la celebración de otros tres actos.

El más relevante, sin ninguna duda, el homenaje que se rindió al profesor Josep Maria Font i Rius, presente en varias ponencias, con motivo de su 95 cumpleaños, en reconocimiento a su trayectoria académica como profesor universitario. En el acto, además del homenajeado, pronunciaron unas breves palabras los profesores Tomàs de Montagut, Benjamín González Alonso, como director del *Anuario de Historia del Derecho Español*, y María Teresa Tatjer Prat.

En otro momento del día, el profesor José María Pérez Collados, director de la Revista *Ivs Fvgit. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Corona de Aragón*, presentó el número 15 de la publicación, correspondiente a los años 2007-2008, dedicado monográficamente al estudio de los Derechos históricos recogidos en la Disposición Adicional Primera de la Constitución de 1978. Bajo el título «Los Derechos Históricos y la España Viable» este número interdisciplinar comprende dieciséis trabajos en la sección monográfica y otros cuatro en la sección abierta de «Varia». Los firmantes de las distintas colaboraciones proceden de campos tan diversos como la Historia del Derecho, el Derecho Administrativo, el Derecho Civil, el Derecho Constitucional y la Historia Contemporánea.

Y, por último, la tercera actividad de la que interesa dar cuenta es la presentación que hizo Manuel Vial Dumas del «Portal Iberoamericano de Historia del Derecho»<sup>3</sup>. La idea, patrocinada por las Universidades de Girona y Pompeu Fabra, es un proyecto del grupo de investigación de la Universidad de Girona «Historia de la Ciencia Jurídica»<sup>4</sup> y del Seminario Permanente de Historia del Derecho Catalán «Josep Maria Font i Rius»<sup>5</sup>. La construcción del portal se lleva adelante con la finalidad de que se

<sup>3</sup> <http://www.udg.edu/Default.aspx?alias=www.udg.edu/pihd>.

<sup>4</sup> <http://www.udg.edu/tabid/14760/Default.aspx>.

<sup>5</sup> <http://www.upf.edu/materials/dret/hist/hdc/>.

convierta en una herramienta para la investigación histórico-jurídica y en un medio de comunicación entre todos los historiadores del derecho iberoamericanos. Entre sus objetivos figura la creación de una biblioteca virtual de los artículos que sean publicados por cualquiera de los miembros del portal.

MARGARITA SERNA VALLEJO

## II SIMPOSIO INTERNACIONAL DE HISTORIA COMUNERA

Durante los días 24 a 26 de marzo se celebró en Villalar de los Comuneros el II Simposio Internacional de Historia Comunera. La convocatoria tuvo como lema *Imperio y Tiranía. La dimensión europea de las Comunidades de Castilla*. Organizado por el Dr. Itsvan Szaszdi, de la Universidad de Valladolid en su campus de Segovia, convocó a más de veinticinco especialistas de diferentes ramas de conocimiento como la Historia, Historia del Derecho, Derecho Constitucional o la Filosofía del Derecho, y pertenecientes a distintas instituciones académicas y de investigación.

El Dr. Benjamín González Alonso pronunció la lección inaugural, en la que contextualizó el movimiento de las Comunidades de Castilla en el devenir histórico de los Reinos peninsulares. El Dr. David Torres Sanz enmarcó su intervención en la evolución histórica de los grupos en pugna por el poder político, línea expositiva continuada por los doctores René Vermeir, Hans Cools, Raymond Fagel, Jacques Poumarède, Philippe Nelidoff, Mercedes Galán e István Szaszdi; en estos casos los ponentes expusieron rigurosamente la situación vivida en los Reinos y demás territorios gobernados por el rey castellano.

La situación socioeconómica fue objeto de análisis por los doctores Miguel Gómez Vozmediano, M<sup>a</sup> Isabel del Val Valdivieso y José Manuel Pérez Prendes, con datos de gran interés para conocer el perfil de las personas que intervinieron en los sucesos acaecidos en los municipios castellanos –de los que la cronística dejó constancia, a tenor de las investigaciones de la doctora Remedios Morán Martín–, de enorme trascendencia en la historia del Reino de Castilla; no en vano el movimiento comunero se gestó en el seno de una sociedad implicada en las cuestiones de gobierno e imbuída de un pensamiento político singular, como así señalaron los doctores Jesús Castillo Vegas y Michel Rainer. Un pensamiento que, analizado desde un punto de vista atemporal por el doctor Javier García Medina, fue objeto de debate crítico entre los asistentes. En esa misma línea de pensamiento, pero desde la óptica del momento político en el que se centran los hechos, el Dr. Michael Rainer expuso la idea de Imperio a través del Derecho vigente; un imaginario que pudiera ser el fundamento ideológico del discurso anticomunero, según la impecable aportación del doctor Antonio Suárez Varela.

Los artífices de las Comunidades de Castilla también tuvieron protagonismo en este foro: los procuradores de las Cortes, el portavoz de la Junta, el maestro Zúñiga y fray Juan de Ávila, preceptor de la infanta Catalina, fueron figuras de gran relieve y merecedoras de un tratamiento singular al ser considerados los impulsores de un movimiento cuya repercusión trascendió el marco castellano. Los autores de estas valiosas aportaciones fueron los doctores Carlos Merchán, Claudia Möller y Bethany Aram, respectivamente.

La aludida repercusión en otros territorios fue el objeto de las intervenciones de las doctoras Remedios Ferrero, con su estudio sobre lo acaecido durante las Germanías desde un punto de vista socio-político, y de M<sup>a</sup> Magdalena Martínez sobre el papel de la minoría musulmana en el citado movimiento en el territorio valenciano. Pero la repercusión de lo acaecido en Villalar no solo excedió fronteras sino que generó una estela perdurable en el tiempo; tal es el caso de los interesantes datos sobre los continuadores políticos de aquella rebelión castellana aportados por el doctor Máximo Diago Hernando, o la repercusión un siglo más tarde de este mismo efecto-rebelión en el marco normativo de Flandes, objeto de la intervención del Dr. Laurent Waelkens.

La variedad de aspectos abordados por todos los especialistas mencionados recibió un tratamiento omnicomprendivo por el Dr. Hörst Pietschmann, quien en su extraordinaria conferencia abordó el papel desempeñado por el rey Carlos I de España y V de Alemania en un momento coyuntural complejo tanto a nivel político como socioeconómico, que el Prof. Pietschman explicó con la claridad y precisión propias de su magisterio.

El viernes 26 se ponía término a este Simposio mediante la conferencia de clausura del Dr. Joseph Pérez, toda una institución para los villalarinos, que mantienen vivo el respeto hacia el autor de la primera gran obra de investigación sobre los sucesos acaecidos en Villalar. Para la ocasión disertó sobre el trascendental papel jugado por la Reina Juana en sus audiencias con los miembros de la Junta, pues de aquellos momentos dependió –en gran medida– la unión definitiva de los Reinos de Castilla y Aragón. Una unión pergeñada con el matrimonio de sus abuelos, los Reyes Católicos, pero que sólo el acaecer de determinados hechos consolidó en el tiempo.

A tenor de lo expuesto fue un encuentro interesante, que se desarrolló en un ambiente cordial y amable propio de quienes en él participaron y que, en todo momento, se sintieron abrumados por la magnífica y atenta acogida del Alcalde de Villalar de los Comuneros, Don Pablo Villar, de los concejales y miembros del equipo consistorial, así como de los miembros de la Fundación Villalar-Castilla y León, representados por su presidente el Excmo. Sr. D. José Manuel Fernández Santiago, Presidente de las Cortes de Castilla y León, quien junto al Vicerrector de la Universidad de Valladolid inauguró el Simposio. De igual modo, corresponde en este punto reconocer la meritoria labor de los miembros del Comité científico, los doctores María Isabel del Val Valdivieso, Javier de los Mozos Touya, Francisco Javier Andrés Santos y Julia Montenegro Valentín, que junto a la Secretaria General, D<sup>a</sup> María Jesús Galende Ruíz, dieron continuas muestras de rigor, seriedad y buen hacer dignos de elogio.

MARÍA MAGDALENA MARTÍNEZ ALMIRA

## NUEVA CATEDRÁTICA DE HISTORIA DEL DERECHO

La doctora Dña. Margarita Serna Vallejo ha sido nombrada Catedrática de Universidad en el área de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad

de Cantabria, por Resolución de dicha Universidad de fecha 21 de julio de 2009 (BOE de 7 de agosto de 2009), tomando posesión de su Cátedra el día 31 de agosto de 2009.

## ACREDITACIÓN DE CATEDRÁTICOS DE HISTORIA DEL DERECHO

En virtud del sistema de Acreditación Nacional al cuerpo de Catedráticos de Universidad, en el área de Historia del Derecho y de las Instituciones han sido acreditados los siguientes profesores:

- Dr. D. Alfonso Carlos Merchán Hernández, por resolución de 10 de noviembre de 2008.
- Dra. Dña. Remedios Morán Martín, por resolución de 23 de marzo de 2009.
- Dr. D. Pedro Andrés Porras Arboledas, por resolución de 21 de enero de 2010.

## NUEVOS PROFESORES TITULARES DE HISTORIA DEL DERECHO

– Resolución de 16 de octubre de 2009 de la Universidad de Girona por la que se nombra profesor Titular de Universidad a Jordi Gunzberg Moll, BOE de 2 de noviembre de 2009.

El concurso de acceso se celebró en la Universidad de Girona el 8 de octubre de 2009 y la Comisión estuvo formada por los profesores: Tomàs Montagut Estragues, José María Pérez Collados, Antoni Jordà Fernández, Margarita Serna Vallejo y José Sánchez-Arcilla Bernal.

– Resolución de 11 de enero de 2010, de la Universidad de Salamanca por la que se nombra profesora Titular de Universidad a Eugenia Torijano Pérez, BOE de 29 de enero de 2010. Fecha de la toma de posesión, 3 de febrero de 2010.

El concurso de acceso se celebró en la Universidad de Salamanca el 18 de diciembre de 2009 y la Comisión estuvo formada por los profesores: Salustiano de Dios de Dios, Paz Alonso Romero, Francisco Pacheco Caballero, Margarita Serna Vallejo y Pascual Marzal Rodríguez.

– Resolución de 14 de abril de 2010, de la Universidad Complutense de Madrid, por la que se nombra Profesora Titular de Universidad a doña María del Carmen Losa Contreras. Fecha de la toma de posesión, 28 de abril de 2010.

El concurso de acceso se celebró en la Universidad Complutense de Madrid el 18 de enero de 2010 y la Comisión estuvo formada por los profesores: Juan Antonio Alejandro García, Fernando Suárez Bilbao, José María Puyol Montero, María Dolores del Mar Sánchez González y Enrique Sanmiguel Pérez.

– Resolución de 19 de abril de 2010, de la Universidad Pública de Navarra, por la que se nombra Profesor Titular de Universidad a don Roldán Jimeno Aranguren. Fecha de la toma de posesión, 4 de mayo de 2010.

El concurso de acceso se celebró en la Universidad Pública de Navarra, el 12 de abril de 2010, y la Comisión estuvo formada por los profesores Gregorio Monreal Zia, Ricardo Gómez Rivero y Eduardo Cebreiros Álvarez.

## JUBILACIÓN DEL PROFESOR PIÑA HOMS

El pasado día 30 de septiembre de 2009 el profesor Román Piña Homs ha abandonado la vida académica activa, al cesar como Catedrático emérito de Historia del Derecho de la Universidad de las Islas Baleares. Dos años antes se había producido su jubilación, por imperativo legal, al cumplir los setenta años de edad.

Como en el caso de su maestro, Jesús Lalinde Abadía, el ingreso del Dr. Piña en la Universidad se produjo en la madurez, tras ejercer durante años como funcionario de la Administración local. Nacido en 1937 y licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona en 1960, por razones familiares y geográficas no pudo desarrollar su vocación universitaria hasta la implantación en Mallorca de los estudios superiores en 1972, a través de una sección delegada de la Universidad Autónoma de Barcelona. En 1977 se doctoró en Derecho en la Universidad de Barcelona con la tesis «*El Gran i General Consell, asamblea del Reino de Mallorca*», dirigida por el Prof. Josep Maria Font i Rius; en 1985 accedió a la plaza de profesor titular de Historia del Derecho de la Universidad de las Islas Baleares, y en 1987 a la de Catedrático de esta disciplina.

El doctor Piña es autor de una extensa obra que comprende por el momento 18 libros y más de 70 artículos científicos, y que abarca tres campos principales de investigación: El Derecho e Instituciones del Reino de Mallorca, la Historia de las Islas Baleares y las culturas mediterráneas, y la Historia, Derecho e Instituciones de la América hispana. En todos ellos se mueve en un amplio marco cronológico que abarca desde la época medieval hasta la contemporánea. Así mismo ha publicado una original síntesis de Historia del Derecho Europeo (*Fundamentos Jurídicos de Europa. Apuntes para una Historia del Derecho europeo*, Palma, 2001), uno de los escasos manuales españoles sobre la materia, que el Prof. Piña ha impartido hasta el pasado curso como asignatura optativa del Plan de Estudios de la Universidad de las Islas Baleares.

Piña Homs ha sido el primer investigador dedicado profesionalmente a la Historia del Derecho que ha ejercido prolongadamente su oficio en Mallorca, tras el breve pero fructífero paso del Prof. José Luis Bermejo Cabrero. No es de extrañar, por tanto, que desde sus inicios dedicase una buena parte de su investigación a la Historia del Derecho y de las Instituciones de las Baleares, un terreno casi virgen, ya que la bibliografía anterior –salvo unos pocos trabajos ocasionales– había sido obra de civilistas, historiadores generales o archiveros.

Sus primeras aportaciones se movieron en el campo de la Historia de las instituciones de Derecho Público. El punto de partida fue su citada tesis doctoral, a la que siguieron sus estudios sobre *La Diputación Provincial de Baleares* (1979) y el *Consell de la Franquesa* (1983). A través de estos trabajos Piña Homs aportó nueva luz sobre el entramado político-administrativo y la constitución política de la Mallorca del Antiguo Régimen, y la nueva posición de las Baleares en la España constitucional del siglo XIX. En 1987 publicó un libro de gran relevancia, *La creación del Derecho en el Reino de Mallorca*, materia a la que había dedicado su memoria de cátedra, donde expone la evolución general y fuentes del Derecho las Islas Baleares, que completó en 1993 con un estudio más extenso, *El Derecho histórico del Reino de Mallorca*, en el que introdujo unos capítulos dedicados a las Instituciones político-administrativas y el Derecho privado, penal y procesal. Ambos libros constituyen el eje central de la obra de Piña Homs en este campo, pues presentan un panorama completo del sistema jurídico balear. A los temas tratados en esas dos obras el autor ha dedicado asimismo un conjunto de artículos y monografías a través de los que ha precisado determinados aspectos puntuales o ha matizado su pensamiento con nuevas reflexiones.

Además de la repercusión científica que merecían por sus valores intrínsecos, tales estudios contaron con un valor añadido por la oportunidad histórica en la que nacieron: el tránsito desde un régimen centralista a un Estado autonómico en el que las Islas Baleares quedaron constituidas en comunidad autónoma y se dotaron de su correspondiente estatuto. Sin lugar a dudas, el contar en aquellos momentos con estudios rigurosos y solventes acerca de las instituciones político-administrativas del antiguo Reino de Mallorca o de la Administración de las Baleares en la época liberal, proporcionó a las incipientes reformas una base conceptual clarificadora. Ello ha quedado patente a lo largo de los muchos años en los que el Prof. Piña, en su condición de historiador del Derecho, ha sido miembro de la Comisión de expertos para la reforma del Estatuto de Autonomía de las Baleares y de la Comisión Asesora de Derecho Civil Balear; unos cargos que, no sólo han supuesto un reconocimiento a su saber, sino a la propia Historia del Derecho como disciplina imprescindible en un territorio dotado de derechos históricos.

En 1988 tras cerrar su etapa plenamente dedicada a las instituciones mallorquinas, el doctor Piña Homs abrió una nueva línea de investigación sobre el derecho e instituciones del mundo americano, que le llevó a participar activamente en los Congresos de Historia del Derecho Indiano y a impartir su docencia en diversas universidades del Nuevo Mundo. Algunas de sus aportaciones constituyen análisis histórico-jurídicos de distintas instituciones y fuentes del Derecho indiano. Sin embargo, la mayor parte de sus trabajos han pretendido aportar novedosas contribuciones, a partir de sus conocimientos del mundo de la Corona de Aragón y su proyección americana. El núcleo primordial de su investigación se encuentra en sus libros: *Catalanes y mallorquines en la fundación de California* (1988), y *La debatuda exclusió catalano-aragonesa de la conquesta d'Amèrica* (1990).

El desarrollo de esta actividad investigadora se ha compaginado a lo largo de los años con una intensa actividad docente, que ha desempeñado con profunda vocación, y con una decidida participación en las tareas de gestión universitaria, como Director del Departamento de Derecho Público y miembro de diversos órganos colegiados de la Universidad de las Islas Baleares, y como Rector de la Universidad Internacional del Mediterráneo con sede en Ibiza.

Pero la trayectoria de Román Piña Homs no se ha ceñido exclusivamente a la vida universitaria. Desde 1992 ostenta la presidencia de la Real Academia Mallorquina de Estudios Históricos, a la que consiguió sacar de un prolongado letargo, para convertirla en una de las instituciones culturales más dinámicas de las Baleares. Asimismo, dotado de una prosa ágil y de unas amplias inquietudes intelectuales, ha sido un eficaz publicista en la prensa escrita, en la que se ha ganado reputación por su criterio sólido y ponderado.

Buena muestra de su estilo son sus memorias, publicadas recientemente bajo el título *De los pasados días*, en las que con notable amenidad repasa los años de su vida, desde su infancia en tierras catalanas hasta su actualidad mallorquina. El tono de ese libro, por el que desfilan muchos de los personajes que constituyen el *dramatis personae* de nuestra disciplina, es un fiel reflejo del carácter del Prof. Piña, que conocemos muy bien todos aquellos que hemos tenido la suerte de tratarle. En ellas se advierte el temperamento liberal propio de un buen conocedor de la naturaleza humana, dotado de un notable sentido del humor y de una sabia indulgencia que nace de su absoluta incapacidad para el resentimiento.

La retirada de las aulas del Prof. Piña Homs, que se le ha presentado en un momento de plenitud intelectual, no supondrá su jubilación de la actividad investigadora, en la que si duda seguirá dando muestras de su dilatada experiencia durante muchos años.

ANTONIO PLANAS ROSSELLÓ

## JUBILACIONES

Las profundas transformaciones que en multitud de aspectos ha experimentado en nuestro país a lo largo de los últimos años el régimen administrativo en general y el funcional en particular, unido a la eclosión de nuevas universidades que con anterioridad se había producido, ha conferido a algunas tareas en apariencia sencillas una dosis de complejidad que no por pasar de ordinario inadvertida resulta más fácil conjurar.

No es ya que (felizmente) se hayan multiplicado los cultivadores de la Historia jurídica, los historiadores del Derecho integrados en los cuerpos docentes universitarios y, en concreto, los profesores titulares y catedráticos de Historia del Derecho en las distintas universidades sino que, simultáneamente, se han diversificado, por otra parte, las situaciones administrativas, lo que en medida paralela dificulta hasta extremos insospechados el conocimiento de la trayectoria de nuestros colegas. La heterogeneidad del perfil que cada universidad asigna, además, a la figura del profesor emérito, así como la duración y posibilidades de renovación que consecuentemente se le atribuye, constituye, en fin, un factor adicional de disparidad.

Entiéndase lo anterior, ya que no como justificación, al menos como intento de clarificación de una realidad que produce inocultable insatisfacción en los actuales rectores del Anuario, por cuanto desemboca en la práctica imposibilidad de registrar con la deseable puntualidad en las sucesivas entregas de nuestra Revista las incidencias administrativas que en ocasiones afectan a los colegas, y en especial sus respectivas jubilaciones. Reiteradamente, por mor de circunstancias a veces inimaginables, los mejores propósitos de reflejar y seguir dando cuenta a los lectores de la trayectoria profesoral de los compañeros en el oficio quiebran de hecho ante una realidad sumamente lábil y variada.

Así las cosas, resulta obligado, en primer término, apelar a la benevolencia de los lectores y, ante todo, pedir disculpas por las omisiones (no hace falta puntualizar que involuntarias) en las que eventualmente se haya incurrido. En segundo lugar, no cabe dejar de hacerse eco, siquiera sea con extremada sobriedad y concisión, del trámite jubilar que en fechas más o menos cercanas ha salido al paso de un puñado de historiadores del Derecho que, a su condición de ilustres catedráticos y excelentes historiadores juristas, unen en la mayoría de los casos la de antiguos colaboradores de este Anuario, cuyas páginas han contribuido a prestigiar con la calidad de sus aportaciones. Mariano Peset, Antonio Pérez Martín, José Manuel Pérez Prendes, José Antonio Escudero, José Luis Bermejo, Adela Mora, en sus respectivas universidades, así como Ana María Barrero en el CSIC, han cumplimentado también en los últimos años dicho trámite, jubiloso, en efecto, porque por fortuna todos ellos permanecen intelectualmente activos, con plena –intacta y envidiable– capacidad para continuar enriqueciéndonos con los frutos renovados de su saber.

Así me complace hacerlo constar, uniendo al tributo de consideración y respeto que merecen, al reconocimiento expreso de su sobresaliente categoría profesional, la más cordial salutación en el momento de su ingreso en esta nueva fase, que deseamos dilatada y fructífera y en la que, por cierto, el Anuario en modo alguno renuncia a seguir beneficiándose de su ininterrumpida dedicación al estudio de nuestro pasado jurídico.

B.G.A.



**FALLECIMIENTO DE DON RAFAEL GIBERT**

A punto de entrar en la imprenta este tomo del Anuario, llega la triste noticia del fallecimiento de don Rafael Gibert, catedrático de Historia del Derecho de acusada personalidad y dilatada trayectoria, colaborador de nuestra Revista y, sin duda, uno de los más destacados cultivadores españoles de la Historia jurídica durante el último medio siglo. Sin perjuicio de glosar en el futuro su figura con el debido detenimiento, no puede faltar en este momento la expresión de la profunda tristeza que nos causa la desaparición de uno de los más ilustres miembros de la colectividad de los historiadores del Derecho.



## RESÚMENES



## FICHAS DE LOS TRABAJOS

### SECCIÓN MONOGRÁFICA

- Autor:** MORALES ARRIZABALAGA, Jesús.
- Título:** *Edición y constitución de normas en la historia del Derecho de Aragón.*
- Resumen:** El eje central del derecho aragonés es el «Fuero de Aragón» concebido como fondo normativo preexistente a la primera intervención del Rey Jaime I en la legislación general del Reino (Huesca, 1247). Tras un periodo de ajuste, con brusquedades, en 1300 Jaime II ha fijado las bases de un sistema en que se definen dos vías de verbalización, expresión o edición (edere) de ese Fuero de Aragón: las normas de tipo legislativo aprobadas por el Rey en las Cortes (Fueros de Cortes o, simplemente, Fueros) y las reglas expresadas por el Justicia en sus decisiones o determinaciones (principalmente las que se recogen como «Observancias»). Se configura así un sistema compuesto por estos dos tipos de ediciones del Fuero, y abierto incluso a otras formas de expresión; en él las reglas usuales de aprobación, publicación y sanción quedan muy desdibujadas. En este contexto las reuniones de Cortes y los registros curiales, de las Cortes legislativas y de las cortes judiciales, se convierten en la vía de edición, publicación y fijación de las normas. La sanción, entendida como reacción prevista frente al incumplimiento o desconsideración hacia la autoridad que verbaliza la norma, se refuerza mediante el mecanismo del Juramento que en Aragón adquiere una especial relevancia. La potestad normativa del Rey cuando declara normas deducidas del Fuero está muy condicionada, por eso intentará desarrollar un espacio en que se aplican normas autónomas, que no derivan del Fuero de Aragón; uno de los ámbitos en que estas normas se desarrollan es en la organización del gobierno de algunos municipios.
- Palabras clave:** Fueros de Aragón, Observancias, publicación de normas, potestad normativa, Edad Media, Edad Moderna.
- Abstract:** The core of the Aragonesian Law is the «Fuero de Aragón», understood as the legal corpus, preexisting to the first intervention of Jaime the First in the legislation of the Kingdom (Huesca, 1247). After a

term of rather non-smooth adjustments, Jaime the Second, in year 1300, has set out the basis of a system which defines two different ways to verbalising, expressing or editing (*edere*) such *Fuero de Aragón*: the laws approved by the King in the Parliament (*Fueros de Cortes* or just simply *Fueros*) and those rules expressed by the *Justicia* in his resolutions (mainly those compiled as *Observancias*). Thus, the system is set out as composed by two different types of edition of the *Fuero*, and it is even prepared for further ways of expression; in such a system the standard rules for approval, publishing and sanction have not got an accurate design. In this context, the «*Curiae*» sessions and the registers, both of the legal and judicial Courts, become the scenario where rules are edited, published and stated. Sanction of the rules, understood as the reaction, to a breach, unfulfillment or confronting against the authority which verbalise the rule, gets reinforced by means of the Oath mechanism, which becomes highly relevant in Aragón.

The power of the King to legislate becomes materially conditioned whenever the rules are deduced from the *Fuero*; for this reason the King tries to isolate spaces where the rules operate autonomously, not derived from the *Fuero de Aragón*; one of those scenarios is the government organization of certain local councils.

Key words: Fueros de Aragón, Observancias, Publications of laws, normative power, Average age, Modern age.

Recibido: 1 de marzo de 2010.

Aceptado: 23 de abril de 2010.

Autor: PACHECO CABALLERO, Francisco Luis. Universidad de Barcelona.

Título: *Voce praeconis et tubis clangentibus. Publicación y conocimiento de las normas en la Cataluña bajomedieval y moderna.*

Resumen: Examen de las formas de publicación de normas en Cataluña durante los siglos XIV-XVII, a partir de la documentación regia y de la documentación emanada por las Cortes. La impresión de cuadernos de constituciones y capítulos y la recopilación como medios de conocimiento.

Palabras clave: Publicación, promulgación, impresión, recopilación, ley, Cataluña.

Abstract: Examination of the forms of publication of laws in Catalonia during the XIVth to XVIIth century, from the royal documentation and the documentation come by the Parliament. The printing and the compilation like means of knowledge.

Key words: Publication, promulgation, printing, compilation, law, Catalonia.

Recibido: 26 de febrero de 2010.

Aceptado: 23 de abril de 2010.

- Autor:** PALAO GIL, Francisco. Universidad de Valencia.
- Título:** *La publicación de las normas en el antiguo reino de Valencia (1232-1808).*
- Resumen:** El artículo muestra los sistemas y métodos de publicación de las normas en el reino de Valencia durante las épocas foral y borbónica (ss. XIII-XVIII). Tras una breve introducción, se exponen las bases legales y doctrinales de la materia. Después, se describen los mecanismos correspondientes a la recepción y registro de las normas por las autoridades, y a su distribución por el reino a fin de que fuesen publicitadas y conocidas. Y, por último, se hace referencia a la «crida» como manifestación concreta del principio de publicación material de las normas, característico del Antiguo Régimen. En el apartado de conclusiones, se incide en el carácter meramente accidental del principio de publicación de las normas en esta época histórica, así como en su debilidad e insuficiencia, pues ni es un requisito constitutivo de la ley, ni lo es de su eficacia.
- Palabras clave:** Publicación de las normas, antiguo reino de Valencia, crida, pregón, Historia del Derecho.
- Abstract:** The article shows the systems and methods of publication of the laws in the kingdom of Valencia in the «foral» and Bourbon times (XIII-XVIII centuries). After a brief introduction, the legal and doctrinal bases of the matter are exposed. Later, it describes the mechanisms corresponding to the receipt and record of the laws by the authorities, as well as its distribution all around the kingdom so that they were published and known. And, finally, it refers to the «crida» as a specific manifestation of the principle of material publication of laws, which is the most common in the Old Regime. In the conclusion section, the study insists in the merely accidental character of the principle of publication of laws in that time, as well as in its weakness and insufficiency, since it was neither a constitutive requirement of the law, nor of its effectiveness.
- Key words:** Publication of laws, ancient kingdom of Valencia, «crida» (cry), proclamation, History of Law
- Recibido:** 27 de febrero de 2010.
- Aceptado:** 23 de abril de 2010.

- Autor:** PLANAS ROSSELLÓ, Antonio. Universidad de las Islas Baleares.
- Título:** *La publicidad de las normas en la Mallorca de los Austrias.*
- Resumen:** El artículo, centrado en la Mallorca de la época de los Austrias, estudia la publicación de las normas como requisito para su entrada en vigor y los medios de publicidad para difundir su conocimiento a lo largo del tiempo, principalmente la impresión y la recopilación de las

disposiciones. Para ello se han consultado los registros de cartas reales y pregones del Archivo de Reino de Mallorca, y se ha llevado a cabo una intensa investigación bibliográfica a fin de conseguir un conocimiento exhaustivo de los impresos jurídicos de carácter normativo editados durante ese periodo. El análisis revela que la publicidad de las normas fue precaria en Mallorca tanto por la ausencia de interés por parte de la monarquía y sus oficiales, atentos solamente a la eficacia de determinadas pragmáticas y edictos virreinales en materia de orden público, como por la desidia de los representantes del reino, interesados solamente en la publicidad de ciertos privilegios, favorecedores de los intereses del reino o, en muchos casos, exclusivamente de la Ciudad. En un sistema jurídico basado en privilegios, producto de las transacciones entre el monarca y las instituciones del reino, corporaciones o particulares, existió una pugna entre las partes para facilitar el conocimiento de unas disposiciones y conseguir la ocultación de otras. El resultado fue una notable inseguridad jurídica, deliberadamente perseguida.

**Palabras clave:** Mallorca, pragmáticas, privilegios, publicación de las normas, publicidad de las normas, recopilación.

**Abstract:** The article, focusing on Majorca in the age of the Habsburgs, studies the publication of rules as a condition for entry into force and means of publicity to spread their knowledge along the time, primarily printing and the compilation of regulations.

This will have consulted the records of royal letters and proclamations of the Archive of the Kingdom of Majorca, and an intensive bibliographic research has been conducted in order to achieve a thorough understanding of the legal forms of regulatory nature published during that period. The analysis reveals that the law publishing standards in Majorca were precarious because of both the lack of interest from the monarchy and its officers, attentive only to the effectiveness of certain pragmatic sanctions and viceregal edicts in matter of public order, and the indolence of the representatives of the kingdom, interested only in divulging certain privileges favoring the interests of the Kingdom, or in many cases exclusively of the city. In a legal system based on privileges as result of transactions between the monarch and institutions of the kingdom, corporations or individuals, there was a struggle between the parties in order to facilitate the knowledge of some provisions and obtain the concealment of others. The result was a considerable legal uncertainty, deliberately pursued.

**Key words:** Majorca, pragmatic sanctions, privileges, publications of rules, publicity of rules, compilation.

**Recibido:** 23 de enero de 2010.

**Aceptado:** 23 de abril de 2010.



- Autor: GARCÍA PÉREZ, Rafael. Universidad de Navarra.
- Título: *La publicación de las leyes en el reino de Navarra durante el Antiguo Régimen.*
- Resumen: La publicación de las normas en el Reino de Navarra durante el Antiguo Régimen respondía a las doctrinas propias de la cultura del *ius commune* y seguía una serie de prácticas institucionalizadas dirigidas a favorecer el conocimiento de las leyes y demás disposiciones escritas por parte de la población. En el presente trabajo se estudian, en el primer lugar, las opiniones comunes sobre la promulgación de las leyes a través principalmente del *Tractatus de legibus* de Francisco Suárez. En esta obra de comienzos del siglo xvii, el que el teólogo jesuita asume y expone con particular claridad la tradición teológica y jurídica sobre la materia. A continuación se procede al análisis de los mecanismos y procesos a partir de los cuales se realizaba en Navarra la publicación de las normas distinguiendo para ello entre la publicación de las leyes aprobadas por las Cortes con el rey y el resto de normas escritas procedentes de diferentes autoridades (pragmáticas del rey, provisiones del virrey del Consejo de Navarra, ordenanzas de los municipios, etc.). Además de las diferentes recopilaciones impresas del reino de Navarra, nos hemos servido para el estudio de esta problemática de otras fuentes que se conservan en el Archivo General de Navarra. El estudio conjunto de la doctrina y de las prácticas institucionales ha puesto de manifiesto la sintonía existente entre estos dos planos de la realidad así como la conveniencia desde el punto de vista metodológico de situar los estudios institucionales en su debido contexto histórico y cultural.
- Palabras clave: Publicación, promulgación, impresión, ley, Navarra, recopilación, Cortes.
- Abstract: The publication of laws in the Kingdom of Navarre during the *Ancien Régime* responded to the peculiar doctrines of *ius commune* culture and followed a set of institutionalized practices designed to promote the knowledge by the population of laws and other provisions. In this paper we study the common principles on the publication of laws, mainly through the *Tractatus de legibus* written by Francisco Suarez. In this work of the early seventeenth century, the Jesuit theologian exposes the theological and legal tradition on the subject with particular clarity. Furthermore, we undertake the analysis of mechanisms and processes from which the publication of laws was carried out in Navarra. For this, we distinguish between the publication of laws passed by the Parliament with the King and the rest of the written rules from different authorities (the King's pragmatics, provisions from the Viceroy of Navarre or from the Council of Navarre, ordinances from the municipalities, etc.). In addition to the various printed law collections of the Kingdom of Navarre, we used to study this problem from other sources preserved in the *Archivo General de Navarra*. The joint study of doctrine and institutional practices has highlighted the connections between these two planes of reality and the importance in institutional studies of putting it into a historical and cultural context.

Key words: Publication, enactment, printing, law, Navarra, compilation, Parliament.

Recibido: 11 de febrero de 2010.

Aceptado: 23 de abril de 2010.

Autor: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Instituto de investigaciones de Historia del Derecho. Argentina.

Título: *Acerca de la elaboración y publicación de la ley en el Derecho Indiano.*

Resumen: El autor retoma y profundiza anteriores estudios dedicados al problema histórico de la ley en la América española entre los siglos XVI y principios del XIX. Luego de establecer el significado de los vocablos que componen el título, el trabajo se ocupa del consejo, deliberación, elaboración y motivación de las leyes, así como también, de las diversas formas de promulgación y publicación. Entre las consideraciones finales se destacan las peculiaridades de un orden elaborado con sentido creativo por generaciones de juristas para las Indias españolas, con posible expansión a otros espacios territoriales y prolongación más allá de la disolución del poder español en América.

Palabras clave: Derecho indiano, ley, consejo, elaboración, motivación, publicación.

Abstract: The author takes up and deepens on previous studies about the historical problem of the Spanish America law between the sixteenth and early nineteenth centuries. Once he had established the meaning of the words that form the title, his writing deals with the problem of the counsel, the deliberation, the elaboration, and the motivation of the laws as well as the different ways of enactment and publication. Among the concluding remarks, the peculiarities of a creative order made by generations of jurists for the Spanish Indies are highlighted, with the possible expansion to other regional places and the extension beyond the fact of the dissolution of the Spanish power in America.

Key words: Spanish Laws applied in the Indies, law, counsel, elaboration, motivation of the law, publication.

Recibido: 12 de febrero de 2010.

Aceptado: 23 de abril de 2010.

Autor: CORONAS GONZÁLEZ, Santos. Universidad de Oviedo.

Título: *La ley en la España del siglo XVIII.*

Resumen: La ley, expresión jurídica de la voluntad del rey y de los reinos en la tradición histórica patria, conserva en la España del siglo XVIII ciertas

notas características de su pasado y otras nuevas propias del régimen borbónico recién instaurado. Son estas últimas las que hacen de la ley expresión mayoritaria de la soberanía regia, unitaria y regalista en sus efectos, patria en sentido castellano, humanista e ilustrada en ciertos campos penales, económico-políticos, *constitucionales* (que suceden a la ley *fundamental* recibida por entonces del pensamiento francés). Es una ley que, siguiendo la técnica acumulativa y casuista acostumbrada, se recopila y colecciona en el siglo que difunde los métodos racionalistas propiciadores de la codificación.

Palabras clave: Orden antiguo y ley nueva, ley de Cortes, ley real, ley *fundamental*, ley recopilada y coleccionada, Campomanes.

Abstract: The law, expression of the will of the king and the kingdoms in the Hispanic tradition, retains certain characteristic features of its recent past, receiving, at the same time, new ones that are peculiar to the Bourbon regime in the Spain of the 18<sup>th</sup> century. The latter are the ones that make the law a voluntary and major expression of the royal sovereignty, unitary and regal in its effects, homeland in its Castilian meaning, humanistic and enlightened in certain criminal fields, economic, political or *constitutional* (that succeed the *fundamental* law received by the French thinking at that time). It is a law that, following the usual cumulative and casuistic technique, is compiled and collected in the century that spreads the rationalist methods that favour the encoding.

Key words: Ancient order and new law, law from «Cortes», royal law, *fundamental* law, compiled and collected law, Campomanes.

Recibido: 3 de febrero de 2010.

Aceptado: 23 de abril de 2010.

Autor: LORENTE SARIÑENA, Marta. Universidad Autónoma de Madrid.

Título: *Inconsistencia de un principio y debilidad de un Estado*.  
(Una reflexión sobre el estado de la publicación de las normas y el acceso a su conocimiento en el Ochocientos español.)

Resumen: En este trabajo se hace una breve historia del principio de publicidad normativa a lo largo del siglo XIX español. A estos efectos, se identifican los principales problemas con los que se enfrentó la creación de un sistema de publicación de las normas, los cuales, a su vez, se entienden como síntomas de debilidad del Estado liberal. También se mantiene la tesis de que las deficiencias en el capítulo que corresponde a la publicación de las normas se corresponden con los caracteres básicos del orden normativo que imperó hasta la entrada en vigor del Código Civil.

Palabras clave: Ley, publicación, Estado, Código, siglo XIX, España.

- Abstract: This research provides a brief history of the publishing throughout the nineteenth century Spanish. To this end, it identifies the main problems arisen because the creation of a publishing system of rules which, in turn, are understood as symptoms of weakness of the liberal State. Also maintained the view that deficiencies in this chapter can be explained as a reflection to the basic character of normative order that prevailed until the promulgation of the Civil Code.
- Key words: Law-statute, promulgation-publishing, State, Code, Nineteenth-century, Spain.
- Recibido: 4 de febrero de 2010.
- Aceptado: 23 de abril de 2010.

- Autor: *ÁLVAREZ CORA*, Enrique. Universidad de Murcia.
- Título: *La actividad legislativa en las Cortes de la II República y el Nuevo Estado.*
- Resumen: El trabajo analiza la génesis y el diseño del procedimiento legislativo adoptado en las Cortes de la II República y del Nuevo Estado franquista, mediante un examen de los sucesivos reglamentos parlamentarios y sus correspondientes informes y enmiendas en comisión y en Pleno, en orden a una valoración de las pautas relativas al íter, tipología y publicación de las leyes, en el seno de la articulación y tensión de las relaciones entre el poder ejecutivo y el poder legislativo.
- Palabras clave: Ley, Reglamento, Cortes, tramitación, promulgación, publicación.

- Abstract: This paper analyses the genesis and the pattern of the legislative procedure adopted in the Cortes of the II Republic and the New Franco State, through an inquiry of the successive parliamentary rules and their appropriate reports and amendments in the committees and in plenary sessions, to achieve an evaluation of the steps regarding the path, typology and publication of the statutes, inside the articulation and tension between the executive and the legislative power.
- Key words: Statute, Regulation, Cortes, proceedings, promulgation, publication.
- Recibido: 1 de febrero de 2010.
- Aceptado: 23 de abril de 2010.

## ESTUDIOS

- Autor: *LÓPEZ NEVOT*, José Antonio. Universidad de Granada.
- Título: *Los trabajos perdidos: el proyecto recopilador de Lorenzo Galíndez de Carvajal.*
- Resumen: El objeto del presente trabajo es precisar hasta qué punto la recopilación *non nata* del jurista e historiador Lorenzo Galíndez de Car-

vajal (1472-c. 1528) puede identificarse con un proyecto recopilador anónimo, fechado en 1521, y con los supuestos vestigios de aquella recopilación conservados en la Real Biblioteca de San Lorenzo de El Escorial, y hasta qué punto la frustrada obra de Carvajal podría representar una opción distinta a la reflejada en el Ordenamiento de Montalvo y en la ulterior Nueva Recopilación.

Palabras clave: Recopilación, Derecho castellano, Lorenzo Galíndez de Carvajal.

Abstract: The aim of this research is to clarify the possible correspondence between the *non nata* compilation by the historian and jurist, Lorenzo Galíndez de Carvajal (1472-c. 1528), and the anonymous collection work from 1521. This research also tries to consider the welcome analogy between Carvajal's works and the compilation preserved in The Royal Library of San Lorenzo de El Escorial. This exploration will also include the point analysing how his frustrated work, could possibly represent a considerably different perspective to Ordenamiento de Montalvo and the later Nueva Recopilación.

Key words: Compilation, Castilian Law, Lorenzo Galíndez de Carvajal.

Recibido: 26 de febrero de 2010.

Aceptado: 23 de abril de 2010.

Autor: MARÍA E IZQUIERDO, M.<sup>a</sup> José. Universidad Carlos III de Madrid.

Título: *El Códice Z.II.6 de la Real biblioteca de El Escorial y los proyectos recopiladores castellanos de la Edad Moderna.*

Resumen: El trabajo (publicación) es sobre un manuscrito de la Real Biblioteca de El Escorial cuyo contenido es una colección de normas jurídicas medievales. La historiografía, trasladando el criterio de unos juristas del siglo XVIII, presume que dicho manuscrito, junto con otros de la misma biblioteca, bien puede ser uno de los proyectos recopiladores frustrados de principios de la edad moderna. A través del análisis del contenido y de sus características físicas se ha intentado determinar si se trata, en efecto, de un proyecto compilador. Por su contenido, que es una colección de ordenamientos y leyes promulgadas por monarcas medievales, y por la forma en que están reunidos se puede colegir que sí que encierra un ensayo recopilador. Pero la variedad de letras y datas de las mismas descubre la multiplicidad de manos presentes en el proyecto y la diversidad de tiempos, desde finales del siglo XV hasta la segunda mitad del siglo XVI. Dicho de otra forma, el resultado del estudio confirma la presencia en el manuscrito escorialense de una voluntad recopiladora que responde, no obstante, a diversos periodos y a distintas personas, aunque quizá a un único proyecto. El *modus operandi* utilizado en su elaboración desvela, por otra parte, el ideal recopilador que se persigue; se trata de copiar las leyes originales literalmente, esto es, el modelo literal. Un modelo fracasado si nos atene-

mos a la Recopilación de 1567 o Nueva Recopilación, que pocos años después de la elaboración del citado manuscrito, fue promulgada por el rey Felipe II.

Palabras clave: Manuscrito, proyecto, recopilador, recopilación, ordenamientos, leyes.

Abstract: This publication is about a manuscript found in the Royal Library of the Escorial whose content is a collection of medieval laws. Historiography, following the judgement of some jurists from the 18<sup>th</sup> century, presumes that this manuscript, together with others of the same library, could be one of the frustrated compiler projects of the beginnings of the Modern Period. Through the analysis of its content and its physical characteristics, an attempt has been made to determine if it is indeed a compiler project. By its content, which is a collection of legislations and laws enacted by medieval kings, and by the form in which these are gathered, it could be inferred that it does actually involve a compiler project. Yet, the variety of handwritings and dates proves that there were multiple hands participating in the project and that it was elaborated in different moments of time, from the end of the 15<sup>th</sup> century to the second half of the 16<sup>th</sup> century. In other words, the result of the study confirms the presence of a compiling intention in this manuscript which responds, however, to diverse periods and different persons, although maybe to one unique project. The *modus operandi* used in its elaboration shows, on the other hand, the compiler ideal that was pursued; it consists in copying the original laws literally, that is, following the literal model. This model was a failure if we take into account the Compilation of 1567 or *New Compilation*, which was enacted by the king Philip II a few years after the elaboration of this manuscript.

Key words: Manuscript, project, compiler, compilation, legislation, law.

Recibido: 26 de febrero de 2010.

Aceptado: 23 de abril de 2010.

Autor: BRAVO LIRA, Bernardino. Universidad de Chile.

Título: *El más antiguo Estado de derecho en Europa y en América (siglos XI al XXI). Parangón entre el si recte facias hispánico, el rule of law inglés y el règne de la loi ilustrado.*

Resumen: La expresión Estado de derecho –en alemán *Rechtsstaat*– fue introducida por Welcker en el siglo XIX. Pero no hay que engañarse, antes de que se le diera este nombre, el Estado de derecho como tal, tenía siglos de historia *avant la lettre*. Como lo hizo notar otro alemán, Gneist, era fruto de un proceso de formación milenario y al

mismo tiempo testimonio de un desarrollo cultural común a Europa entera.

De esta historia queremos ocuparnos. En el curso de la misma se diversifican varias directrices, que vale la pena comparar entre sí. De ellas, sin duda, la más antigua y menos conocida es la hispánica, el *si recte facias*, la primera en Europa y en América. No obstante, la historiografía ha puesto su atención en otras más recientes, el *rule of law* anglosajón y el *règne de la loi* ilustrado. Cada una tiene sus propias maneras de luchar por el derecho. Si el modo hispánico tiende a dar a cada uno lo suyo, a través de la protección de la persona, el anglosajón y el ilustrado coinciden en dar a todos lo mismo, a través de la igualación de los individuos. Según esto, el Estado se configura bajo formas jurisdiccionales o individualistas.

Lejos de ser una cuestión teórica, ésta es eminentemente práctica. En ella está en juego la suerte de los hombres frente al poder y a los poderosos en cada escenario, sea el de las dos versiones de los derechos individuales, anglosajona del *life, liberty state* o ilustrada, de la *liberté, égalité, fraternité*, o en la versión hispánica de la persona y sus bienes concretos: *honor, vida y hacienda*. Mientras los derechos, iguales para todos son amparados verbalmente mediante declaraciones, los bienes son protegidos por recursos judiciales. Como veremos, este contraste ha sido desde el siglo XIX un tema recurrente a ambos lados del Atlántico, entre los hispanoeuropeos como Jovellanos y a hispano-americanos como Bello.

Evidentemente sobre estas cosas hay mucho que decir y que discutir. Pero lo primero es averiguar bien cómo fueron propiamente las cosas. Al efecto, nuestra exposición precedida de un estado de la cuestión y seguida de una conclusión se desarrolla en cuatro capítulos dedicados a otras tantas etapas de la protección a las personas en el mundo hispánico, desde sus orígenes en la Península Ibérica hasta el umbral del tercer milenio. Esas etapas son Reconquista, durante la cual, surge en la Península el más antiguo Estado de derecho en Europa; Conquista, durante la cual se funda en América el más antiguo Estado de derecho fuera de Europa; Modernidad barroca, en la que frente al Estado jurisdiccional hispánico cobra forma en Inglaterra el *rule of law* y Modernidad ilustrada, durante la cual, se añade al hispánico y al anglosajón el *règne de la loi* ilustrado, una tercera modalidad de Estado de derecho. Lo propio de ellas es respectivamente el casuismo, el precedente y el legalismo.

Palabras clave: Estado de derecho, rule of law, règne de la loi, Historia del derecho.

Abstract: *Rechtstaat* has a nineteenth century name, and a history that spans many centuries, going back to the Middle Ages. If the term *Rechtsstaat*, with which it is designated until today, was coined in the XIXth century, *Rule of Law* as such had by this time a whole history *avant la lettre*, which was, as Gneist said, the fruit of a thousand year old formation process, and at the same time, testimony of the common cultural development of Europe as a whole.

In the course of this history several guiding principles become clear. The Anglosaxon *rule of law* and its trilogy of *life, liberty, state*, the Enlightened *règne de la loi*, with its *liberté, égalité, fraternité*, are well known. On the other hand, scholars have not paid the least attention to the oldest of them all, the *si recte facias*, with the Spanish trilogy of *honor, vida y hacienda*, which extends over the European framework and reaches both sides of the Atlantic. The focus of this study is the parallels found between them. Each one of them has its own ways to make effective the rule of law: hispanic legal casuistry, anglosaxon precedent and Enlightened legalism.

It is worth the effort to contrast the theoretical content and the practical efficacy of individual rights, protected verbally by legal declarations in the case of the *rule of law* and of the *règne de la loi*, with the goods of the person in the hispanic manner, protected by means of judicial appeals. Sin Jovellanos to Bello, this contrast was habitual in the Spanish speaking world.

There is no doubt that there is much to say and discuss about these matters, but before that, it is necessary to find out properly how things were. This exposition opens with an overview, in order to situate the Rule of Law in the Spanish world in contrast to that of the Anglosaxon world and the Enlightenment's, in Europe. Next it approaches the large stages of protection of persons in the Spanish world, since its origins in the Iberian Peninsula to the threshold of the third millennium: *Reconquista*, during which, the Iberian Peninsula, between two worlds, becomes the cradle of the oldest state of Rule of Law in Europe; Conquest, which makes of Spain a bridge between two worlds each at either side of the Atlantic, and enables it to establish the oldest State of Rule of Law outside of Europe; Baroque Modernity, during which, under the world wide influence of Spain, together with the *si recte facias*, current in both worlds, the *rule of law* is established in England and the Enlightened Modernity, during which, under the world wide influence of Atlantic Europe, the three modes of Rule of Law become differentiated, and to the English and Spanish ones, the Enlightened *règne de la loi* is added.

Key words: Rule of law, *règne de la loi*, History of law.

Recibido: 24 de diciembre de 2009.

Aceptado: 23 de abril de 2010.

Autor: AZNAR I GARCIA, Ramon.

Título: *La bondad de juez: la mejor garantía de justicia. Un discurso de Sancho de Llamas y Molina (1797).*

Resumen: En España, durante la segunda mitad del siglo XIX, los jueces perdieron buena parte de su capacidad valorativa y se convirtieron en servi-



dores de la nueva Administración. A consecuencia de ello, la histórica importancia otorgada a la rectitud de conciencia de los antiguos ministros de justicia perdió gran parte de su funcionalidad institucional. No obstante, la preocupación por la integridad de los jueces se ha mantenido en vigor, así en los países de derecho continental, como en los de tradición anglosajona.

El presente artículo trata de aprehender un modo de comprensión de la justicia a partir del discurso *Sobre las obligaciones de los jueces* pronunciado en 1797 por Sancho de Llamas y Molina (1744-1829). Regente de la Audiencia de Valencia, nuestro autor se insertaba de lleno en la tradición jurisprudencial castellana, por entonces ya en crisis a raíz de la crítica ilustrada. Esta concepción del quehacer jurídico le convirtió tras su muerte en un ejemplo del supuesto atraso de nuestra ciencia del Derecho –es decir, la tardía aceptación española del legalismo–. Sin duda, las reflexiones de Llamas pertenecieron a otra cultura; no debemos buscar en sus reflexiones un precedente de nuestro Derecho, pues entre aquéllas y éste medió un cambio de paradigma. Si se parte de esta premisa, resulta más factible tratar de ofrecer una explicación interpretativa de las palabras de nuestro autor, que muestre su inserción en el propio contexto.

Palabras clave: Discurso, jueces, justicia, conciencia, crisis, Antiguo Régimen.

Abstract: In Spain, during the second half of the nineteenth century, judges lost much of their capacity for decision and they became new administration servers. As a result of it, the historical emphasis on the conscientiousness of the old ministers of justice lost much of its institutional function. However, the worry for the integrity of judges has remained in force, both in continental law countries, as in those of Anglo-Saxon tradition.

The present article tries to apprehend a way of understanding of the justice starting from the discourse *On the obligations of judges* pronounced in 1797 for Sancho de Llamas y Molina (1744-1829). Regent of the Audience of Valencia, our author was inserted fully into the castilian jurisprudential tradition, by then already in crisis as a result of enlightened critique. This conception of the legal task turned him after its death in an example of the alleged backwardness of our legal science –that is, the late Spanish acceptance of the legalism–. Undoubtedly, Llamas' reflections belonged to another culture; we must not seek in his reflections a precedent in our law, because a change of paradigm was done between those ones and this one. If we start from this premise, it is more feasible trying to offer an interpretative explanation of the our author's words, showing its insertion in the own context.

Key words: Discourse, judges, justice, conscience, crisis, Old Regime.

Recibido: 27 de febrero de 2010.

Aceptado: 23 de abril de 2010.

- Autor: OBARRIO, Juan Alfredo.
- Título: *La curatela en el reino de Valencia.*
- Resumen: Con relación al presente trabajo, nos ha parecido oportuno un estudio partiendo de una realidad concreta: el Ordenamiento foral valenciano, lo que nos ha permitido poner en relación su volumen de fuentes jurídico-doctrinales y su notable bagaje documental con la pluralidad de unos ámbitos jurídicos que asumen abiertamente las directrices del *utrumque ius*.  
 Con relación a su metodología, para suplir las numerosas lagunas jurídicas que los textos legales aportan, y con el propósito de verificar el grado de cumplimiento de las instituciones objeto del presente estudio, hemos recurrido tanto a una identificación y exégesis de las fuentes jurídicas, literarias y procedimentales, como a su constatación en la práctica judicial, donde, del análisis del volumen documental disponible, ya sea en las sentencias aportadas o en los procesos consultados, se da reflejo documentado de su vigencia en la praxis jurídica valenciana, práctica que se nos presenta como una realidad compleja que escapa a las rígidas esquematizaciones de la dogmática historiográfica.  
 A nuestro juicio, el resultado permite declarar al Ordenamiento valenciano como un *ius proprium* dentro del marco jurídico del *ius commune*, esto es, un Derecho con entidad propia, pero incardinado dentro de la tradición jurídica romana en la que está inmersa la historia del Derecho español.
- Palabras clave: Curatela, Derecho común, concepto, naturaleza y clases.
- Abstract: This paper explores the Valencian regional (or foral) law through a careful analysis of a variety of legal sources, encompassing not only the different kinds of laws enacted in/for the Valencian kingdom, but also the legal doctrine as well as the legal documents which reflect how the laws were applied by judges in specific cases or legal disputes.  
 From a methodological perspective the author approaches both the civil and canon law tradition (*utrumque ius*), resorting to all kind of *ius commune* sources to fill the gaps and the shortcomings of the Valencian legal sources, and using a considerable number of procedural documents which demonstrate how the law was in the practice. A practice whose complexity would make inaccurate a simplistic view based upon the dogmatic method.  
 According to its author, the Valencian foral law constituted a *ius proprium* within the European context of the *ius commune*, possessing nonetheless its own character and personality within the Spanish legal traditions.
- Key words: Wardship, *ius commune*, concept, nature and classes.
- Recibido: 25 de febrero de 2010.
- Aceptado: 23 de abril de 2010.

Autor: PINO ABAD, Miguel. Universidad de Córdoba.

Título: *El recurso de injusticia notoria (1700-1868).*

Resumen: El objetivo del presente trabajo es analizar este tipo de recurso que habitualmente se interponía contra las sentencias de revista en pleitos incoados ante jueces inferiores o contra las sentencias interlocutorias o cuando la cuantía del pleito no llegaba a alcanzar las mil quinientas doblas, que como mínimo se exigía para la segunda suplicación. A pesar de su frecuencia, hubo que esperar al 17 de febrero de 1700 para que se promulgara un auto acordado donde se especificasen las reglas que afectaban a esta clase de recursos, fundamentados en la existencia de un presunto agravio que los jueces que dictaron las sentencias de revista habían generado en perjuicio de los recurrentes. En el caso concreto del Consejo de Indias, el recurso comenzó a ser regulado por una real cédula de 23 de febrero de 1712. Con el manejo de las fuentes normativas, documentales y doctrinales de la época, se analiza el origen del recurso en Derecho indiano y su tramitación (término para interponerlo, otorgamiento de poder a favor del procurador, depósito de fianza, comparecencia ante el Consejo, emplazamiento de las partes, solicitud de revocación de la sentencia recurrida, informe del fiscal, memorial del relator y resolución de los ministros del Consejo sobre si había o no injusticia notoria en la sentencia de revista de la Audiencia indiana implicada).

Palabras clave: Recurso, injusticia, notoriedad, Consejo, Indias, Audiencias.

Abstract: The aim of the present work is to analyze this type of resource that habitually was intervening against the judgments of magazine in lawsuits before low judges or against the judgments or when the quantity of the lawsuit was not managing to reach the thousand five hundred you double, that as minimum it was required for the second supplication. In spite of his frequency, it was necessary to wait on February 17, 1700 in order that an approved auto was promulgated where there were specified the rules that were concerning this class of resources, based on the existence of a supposed damage that the judges who pronounced the sentences of magazine had generated to the detriment of the appellants. In the concrete case of the Council of the Indias, the resource began to be regulated by a royal bond of February 23, 1712. With the managing of the normative, documentary and doctrinal fountains of the epoch, the origin of the resource is analyzed in Indian Law and his processing (term warehouse of bail to interpose it, grant of power in favour of the attorney, appearance before the Council, emplacement of the parts, request of the district attorney, brief of the relator and resolution of the ministers of the Council on if it had or not well known injustice in the judgment of magazine of the Indian implied hearing).

Key words: Resource, injustice, reputation, Council, Indies, Hearings.

Recibido: 1 de marzo de 2010.

Aceptado: 23 de abril de 2010.

## MISCELÁNEA

- Autor: CALZADA GONZÁLEZ, Aránzazu. Universidad de Alicante.
- Título: *Origo, incolae, municipes, civitas romana a la luz de la Lex Irnitana.*
- Resumen: En este trabajo se analizan las relaciones entre *origo* y *civitas* en la legislación epigráfica española y especialmente en la *Lex Irnitana* donde no aparece el término *origo* sino el de *incolae*.  
El problema del *origo* presenta no pocas incógnitas tanto por las conexiones existentes entre *origo*, *domicilium* e *incolae*, como por la connotación más sociológica que jurídica del *origo* en época republicana, de tal manera que empieza a adquirir un significado técnico en época clásica, sobre todo a partir de Adriano. El concepto de *origo* se caracteriza por la alteridad, de tal manera que sería un concepto jurídicamente inoperante si no se pusiera en relación con individuos de distinto *origo*.  
En nuestra opinión, el abandono de la ciudad del *origo* instalándose en una ciudad distinta implicaba para el emigrante acatar los derechos y obligaciones de su nueva ciudad participando en sus *munera*, pudiendo alcanzar magistraturas y sacerdocios municipales cuyo carácter honorífico a finales de la República compensaba las cargas financieras que debían soportar los nuevos *municipes*.  
Podemos concluir que en la *Lex Irnitana* la alusión a los *incolae* se refiere a individuos de distinto *origo* instalados en Irni, pero su *origo* no era obstáculo para quedar igualmente sujetos a la ley municipal como si fuesen ellos mismos *municipes*, implicando una asimilación de personas con anterior adscripción a otras ciudades –peregrinas hasta el decreto de Vespasiano– a los irnitanos, que va mas allá de los derechos de los latinos en Roma durante el s. I a.C.
- Palabras clave: *Lex Irnitana, origo, incolae, municipio, ciudadanía, domicilio.*
- Abstract: In this paper we will analyze the relation between *origo* and *civitas*, in the Spanish Epigraphic Law, and especially in the *Lex Irnitana*, where we will not find *origo* but *incolae*.  
*Origo* arose many questions both for the relations between *origo*, *domicilium* and *incolae*, as for the more sociological than juridical connotation in the Republican Age, acquiring a technical meaning during the Classic Age, especially from Adriano. *Origo* as a concept is typified by its alterity and would be a legally irrelevant concept if individuals from a different *origo* were not confronted.  
In our opinion, when the *origo* left the city, settling down in a different one implied for the immigrant to observe the rights and obligations of his new city, participating in its *munera*, and might reach magistracies and town priests that being honourable compensated the financial charges that have to expend the new *municipes*.  
We can conclude that in the *Lex Irnitana* the allusion to the *incolae* refers to individuals from different *origo* settled in Irni, but their *origo* was not an obstacle to be under the town law as if they were *municipes* themselves, implying an assimilation of people attached previously

to other towns –considered pilgrims until the Vespasianus’ decree– to the Irni inhabitants, which go further away than the Latin rights in Rome during the I century B.C.

Key words: *Lex Imitana, origo, incolae*, towns, citizenship, residence

Recibido: 7 de septiembre de 2009.

Aceptado: 23 de abril de 2010.

Autor: ROSADO PACHECO, Santiago.

Título: *La instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 1845. (Una contribución al estudio de la potestad reglamentaria en España).*

Resumen: Este artículo trata de colmar un vacío en la bibliografía de Derecho público sobre los antecedentes históricos españoles en relación con «La Instrucción», entendida como un instrumento de carácter normativo, dentro de la potestad reglamentaria, de las autoridades del Estado. Para ello se analiza el paso de este instrumento desde el Antiguo Régimen a la Administración contemporánea, centrándose en la importante Instrucción de obras públicas de 1845, que sirve de puente entre las normas anteriores a la Constitución española de 1812 y la legislación de obras públicas de finales del siglo XIX, permitiendo el rescate del concepto de obra pública y las técnicas jurídico públicas de actuación de la Administración. Se han utilizado las fuentes normativas directas («Códigos Españoles», Madrid 1850; Colección de los Decretos y Ordenes de las Cortes de Cádiz, Colección Legislativa de Obras Públicas, etc.), las cuáles han sido sometidas al análisis del método histórico-jurídico, con la comprobación de que las actuales «instrucciones» responden a los mismos criterios que en el Antiguo Régimen, novedad que nunca ha sido señalada en la bibliografía sobre la materia, tratándose de una técnica claramente española de las fuentes del derecho distinta de las «*mesures d'ordre interieur*» del Derecho francés o la «*Werhaltunsbefehle*» del Derecho alemán. Se aporta a pie de página un aparato crítico con abundantes referencias que constituye un texto paralelo repleto de detalladas aclaraciones y documentaciones.

Palabras clave: Ley, reglamento, obra pública, constitución, Antiguo Régimen, Administración contemporánea.

Abstract: This article concerns to fill the emptiness in the bibliography of public law about the spanish historical records of «the general instruction» understood like a public authority's normative instrument. The article analyses the way of this normative instrument between the Ancient Regime to the contemporary Public Administration in Spain, focusing on «la Instrucción of public works of 1845» like a bridge between the laws before the spanish Constitution 1812 and the laws of

the end of 19th Century, rescuing the concept of public work and the public techniques of action and proceedings. It has been used the direct normative resources («Códigos Españoles» –Nueva y Novísima Recopilación–, «Colección de Decretos y Ordenes de las Cortes de Cádiz», «Colección Legislativa de Obras Públicas», etc.), which have been analysed down the historic-judicial method, proving the current «instrucciones» follow the same criteria like in the Ancient Regime. This newness never has been settled in the bibliography about the subject, and, indeed, it is a clear Spanish technique about the law sources different to the «*mesures d'ordre interieur*» from the French Law and the «*Werhaltungsbefehle*» from the German Law. Extensive footnotes to the works are also provided with the aim of giving comprehensive references. The body of footnotes constitutes a parallel text replete with detailed clarifications and documentation.

- Key words: Law, statute, public work, constitution, ancient regime, contemporary administration.
- Recibido: 17 de febrero de 2010.
- Aceptado: 23 de abril de 2010.

## HISTORIOGRAFÍA

- Autor: GARRIGA ACOSTA, Carlos.
- Título: *Sobre el gobierno de Cataluña bajo el régimen de la Nueva Planta. Ensayo historiográfico.*
- Resumen: A propósito de la obra de Sebastián Solé i Cot (*El gobierno del Principado de Cataluña por el Capitán General y la Real Audiencia –el Real Acuerdo– bajo el régimen de Nueva Planta (1716-1808). Una aportación al estudio del procedimiento gubernativo a finales del Antiguo Régimen*, 2008), el autor intenta dar cuenta en este ensayo de la historiografía de la última década sobre la gestación y el régimen de la Nueva Planta en Cataluña.
- Palabras clave: Nueva Planta, Cataluña, Gobierno, Real Audiencia, Militarización.
- Abstract: With regard to the book of Sebastián Solé i Cot (*El gobierno del Principado de Cataluña por el Capitán General y la Real Audiencia –el Real Acuerdo– bajo el régimen de Nueva Planta (1716-1808). Una aportación al estudio del procedimiento gubernativo a finales del Antiguo Régimen*, 2008), in this essay the author tries to make a critical balance of the historiography of the last decade on the gestation process and the regime of the *Nueva Planta* in Catalonia.
- Key words: *Nueva Planta*, Catalonia, Government, *Real Audiencia*, *Militarización*.
- Recibido: 1 de marzo de 2010.
- Aceptado: 23 de abril de 2010.

- Autor: MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo.
- Título: *Las proyecciones del indigenismo jurídico sobre la propiedad andina.*
- Resumen: El presente estudio ofrece un análisis de los principales aportes del movimiento jurídico indigenista sobre la propiedad tradicional de las comunidades andinas durante las primeras décadas del siglo XX (1905-1937). En el periplo, retenemos esencial destacar el esfuerzo de los juristas en aproximar el análisis del derecho a enfoques no tradicionales y las repercusiones que dicha corriente generó en otras áreas de las ciencias sociales andinas. Aspiramos de esta forma a proveer una relectura del movimiento que permita proponerlo como uno de los primeros intentos de crítica y abandono del formalismo jurídico latinoamericano en aras a vincular el derecho con el análisis antropológico y sociológico.
- Palabras clave: Perú, indigenismo jurídico, propiedad rural andina.
- Abstract: This paper analyzes the most significant contributions of the legal indigenist movement on the topic of Andean traditional land tenure during the first decades of the 20th century (1905-1937). With this contribution, I intend to emphasize the efforts of legal scholars involved in this movement to approach the study of Andean land regimes in a way that challenged the methods and the doctrines of conceptual legal science. A further purpose of this paper is to show the repercussions of their studies in other fields of inquiry related to Andean social sciences. By doing so, I provide a re-reading of the indigenist movement. This is considered here as the first attempt to criticize and discard classical legal formalism by drawing upon anthropology and sociology.
- Key words: Peru, legal indigenism, Andean land tenure system.
- Recibido: 1 de junio de 2009.
- Aceptado: 23 de abril de 2010.





## OBJETIVOS

Fundado en 1924 y dotado desde entonces de rigurosa periodicidad anual, el ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL es una de las más antiguas y prestigiosas revistas jurídicas especializadas europeas, en la que han colaborado –y así continúan haciéndolo– los más destacados especialistas españoles, hispanoamericanos y de los restantes países europeos. Acoge en sus secciones trabajos de investigación originales e inéditos sobre la temática propia de la Historia del Derecho y de las Instituciones, así como, en su caso, la publicación de documentación inédita, conteniendo, además, en todos sus números una nutrida sección final dedicada a la noticia y comentario crítico de la bibliografía histórico-jurídica. En fechas recientes se ha visto enriquecido en alguno de sus tomos con una sección referida al examen monográfico de determinadas cuestiones o materias particularmente relevantes. El ANUARIO está destinado primordialmente a especialistas, pero también a todos aquellos juristas, historiadores y cultivadores de las ciencias sociales interesados en el conocimiento del pasado jurídico y de la trayectoria histórica de los ordenamientos hispánicos.



## NORMAS DE PUBLICACIÓN EN EL *AHDE*

La publicación de trabajos en el *Anuario de Historia del Derecho Español* se ajustará a las siguientes instrucciones.

1. Los trabajos que se remitan para su publicación deberán ser originales y sus autores harán constar expresamente en escrito dirigido a la Secretaría del *AHDE* que no han sido publicados en otros idiomas ni simultáneamente remitidos a otras revistas o publicaciones. El autor deberá hacer saber igualmente si alguna parte del trabajo ha sido publicada con anterioridad.
2. Los trabajos irán precedidos de una página en la que conste el título del trabajo, así como un resumen y seis palabras claves en español y en inglés. Dichos resumen y *abstract* describirán en unas 250 palabras el objetivo, fuentes, metodología, argumentos y conclusiones del artículo.
3. Todos los trabajos irán cumplimentados con el nombre del autor del artículo junto con sus datos profesionales, afiliación institucional, correo electrónico y dirección del centro del trabajo y personal.
4. El Consejo de Redacción y, en su caso, la Dirección del *AHDE* determinarán la sección en la que aparecerán aquellos trabajos que previamente hayan sido aceptados.
5. Todos los trabajos remitidos al *AHDE* deberán ajustarse a las normas de elaboración de referencias bibliográficas ISBD. Para la sección de Bibliografía, donde habrá de encabezarse el trabajo de dicho modo, la norma a seguir será la ISO 690-1987 y su equivalente UNE 50-104-94. Cualquier consulta sobre este particular se dirigirá por correo electrónico a la Secretaría del *AHDE*: [bruno.aguilera@urjc.es](mailto:bruno.aguilera@urjc.es).
6. Los envíos se remitirán bien por correo electrónico a la Secretaría del *AHDE* ([bruno.aguilera@urjc.es](mailto:bruno.aguilera@urjc.es)) bien, mediante una copia en papel y otra en soporte informático, a la siguiente dirección: Bruno Aguilera Barchet. Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rey Juan Carlos. Avda. de los Artilleros s/n. 28032 Madrid.

7. El período de aceptación de originales para el volumen en curso de edición finalizará cada año el día 1 de marzo.
8. El *AHDE* acusará recibo de los originales recibidos, y resolverá sobre su publicación después de someterlos a un proceso de evaluación anónimo por parte de los especialistas en la materia pertenecientes al Consejo de Redacción. De acuerdo con los informes emitidos, la Dirección del *AHDE* decidirá la publicación y, si fuere el caso, solicitará a los autores de aquéllos las modificaciones sugeridas por los informantes. La evaluación se llevará a cabo manteniendo sin excepción y rigurosamente el anonimato tanto del autor como de los evaluadores.
9. La comunicación definitiva de la aceptación de un trabajo para su publicación se realizará en el transcurso del mes de abril inmediatamente posterior al cierre de recepción de originales.
10. Los autores recibirán las primeras pruebas de imprenta para su corrección, que consistirá exclusivamente en subsanar los errores gramaticales o tipográficos que no se ajusten a las normas de edición. No cabrá introducir en el texto modificaciones que alteren de modo significativo el ajuste tipográfico. Para evitar retrasos en la publicación se ruega la máxima rapidez en la devolución de las pruebas corregidas. La corrección de las segundas pruebas correrá a cargo de la Dirección del *AHDE*.
11. Los autores de los trabajos aceptados deberán ceder antes de su publicación los derechos de explotación y copia de sus artículos; cesión de derechos que tiene por finalidad la protección del interés común de los propios autores y editores.

## RELACIÓN DE COLABORADORES

ÁLVAREZ CORA, Enrique (Universidad de Murcia).  
ANDÚJAR CASTILLO, Francisco (Universidad de Almería).  
ARREGUI ZAMORANO, Pilar (Universidad de Salamanca).  
AZNAR I GARCIA, Ramon (Universidad Carlos III de Madrid).  
BARÓ PAZOS, Juan (Universidad de Cantabria).  
BERMÚDEZ AZNAR, Agustín (Universidad de Alicante).  
BRAVO LIRA, Bernardino (Universidad Católica de Chile).  
CALZADA GONZÁLEZ, Aránzazu (Universidad de Alicante).  
CORONAS GONZÁLEZ, Santos (Universidad de Oviedo).  
DÍAZ SAMPEDRO, Braulio (Universidad Complutense de Madrid).  
FRIERA ÁLVAREZ, Marta (Universidad de Oviedo).  
GARCÍA PÉREZ, Rafael (Universidad de Navarra).  
GARRIGA ACOSTA, Carlos (Universidad del País Vasco).  
GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín (Universidad de Salamanca).  
JIMENO ARANGUREN, Roldán (Universidad de Navarra).  
LÉTINIER, Rosine (Universidad de León).  
LÓPEZ NEVOT, José Antonio (Universidad de Granada).  
LORENTE SARIÑENA, Marta (Universidad Autónoma de Madrid).  
LOSA CONTRERAS, Carmen (Universidad Complutense de Madrid).  
MALAVÉ OSUNA, Belén (Universidad de Málaga).  
MARÍA E IZQUIERDO, María José (Universidad Carlos III de Madrid).  
MARTÍN MARTÍN, Sebastián (Universidad de Huelva).  
MARTÍNEZ ALMIRA, Magdalena (Universidad de Alicante).  
MARTÍNEZ DHIER, Alejandro (Universidad de Granada).  
MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino (Universidad Complutense de Madrid).  
MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando (Universidad Autónoma de Madrid).  
MASFERRER DOMINGO, Aniceto (Universidad de Valencia).  
MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo (Universidad de Turín).  
MORALES ARRIZABALAGA, Jesús (Universidad de Zaragoza).  
OBARRIO, Juan Alfredo (Universidad de Valencia).  
PACHECO CABALLERO, Francisco L. (Universidad de Barcelona).  
PALAO, Francisco (Universidad de Valencia).

PÉREZ JUAN, Juan Antonio (Universidad Miguel Hernández).  
PERONA TOMÁS, Dionisio (Universidad de Castilla-La Mancha).  
PINO ABAD, Miguel (Universidad de Córdoba).  
PLANAS ROSSELLÓ, Antonio (Universidad de las Islas Baleares).  
POLO MARTÍN, Regina (Universidad de Salamanca).  
RAMIS BARCELÓ, Rafael (Universidad Pompeu Fabra).  
ROSADO PACHECO, Santiago (Universidad Rey Juan Carlos).  
SAINZ GUERRA, Juan (Universidad de Jaén).  
SERNA VALLEJO, Margarita (Universidad de Cantabria).  
SERRANO DAURA, Josep (Universidad Internacional de Cataluña).  
SUÁREZ BILBAO, Fernando (Universidad Rey Juan Carlos).  
TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (Universidad de Buenos Aires).  
TORIJANO, Eugenia (Universidad de Salamanca).  
TORRES SANZ, David (Universidad de Valladolid).  
VALLEJO GARCÍA-HEVIA, José María (Universidad de Castilla-La Mancha).

## ÍNDICE





SECCIÓN MONOGRÁFICA: La publicación de las normas en la historia del Derecho español: la era de la imprenta.....	7
<i>La edición y constitución de normas en la historia del Derecho de Aragón</i> , por Jesús Morales Arrizabalaga .....	11
Voce praeconis et tubis clangentibus. <i>Publicación y conocimiento de las normas en la Cataluña bajomedieval y moderna</i> , por Francisco L. Pacheco Caballero.....	57
<i>La publicación de las normas en el antiguo Reino de Valencia (1232-1808)</i> , por Javier Palao Gil.....	95
<i>La publicidad de las normas en la Mallorca de los Austrias</i> , por Antonio Planas Rosselló .....	115
<i>La publicación de las leyes en el reino de Navarra durante el Antiguo Régimen</i> , por Rafael D. García Pérez.....	133
<i>Acerca de la elaboración y publicación de la ley en el Derecho Indiano</i> , por Víctor Tau Anzoátegui.....	157
<i>La Ley en la España del siglo XVIII</i> . Por Santos Coronas González.....	183
<i>Inconsistencia de un principio y debilidad de un Estado. (Una reflexión sobre el estado de la publicación de las normas y el acceso a su conocimiento en el Ochocientos español)</i> , por Marta Lorente Sariñena.....	243
<i>La actividad legislativa en las Cortes de la II República y el Nuevo Estado</i> , por Enrique Álvarez Cora .....	269
ESTUDIOS	
<i>Los trabajos perdidos: El proyecto recopilador de Lorenzo Galíndez de Carvajal</i> , por José Antonio López Nevot.....	325
<i>El Códice Z.II.6 de la Real Biblioteca de El Escorial y los proyectos recopiladores castellanos de la Edad Moderna</i> , por María José María e Izquierdo .....	347
<i>El más antiguo Estado de derecho en Europa y en América (siglos XI al XXI). Parangón entre el si recte facias hispánico, el rule of law inglés y el règne de la loi ilustrado</i> , por Bernardino Bravo Lira .....	415

	Páginas
<i>La bondad del juez: la mejor garantía de justicia. Un discurso de Sancho de Llamas y Molina (1797)</i> , por Ramon Aznar i Garcia ....	547
<i>La curatela en el Reino de Valencia</i> , por Juan Alfredo Obarrio Moreno..	587
<i>El recurso de injusticia notoria (1700-1868)</i> , por Miguel Pino Abad.....	641
 MISCELÁNEA	
Origo, incolae, municipales y civitas Romana a la luz de la Lex Irnitana, por Aránzazu Calzada González .....	673
<i>La instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 1845. (Una contribución al estudio de la potestad reglamentaria en España)</i> , por Santiago Rosado Pacheco .....	689
 HISTORIOGRAFÍA	
<i>Sobre el gobierno de Cataluña bajo el régimen de la Nueva Planta. Ensayo historiográfico</i> , por Carlos Garriga Acosta .....	715
<i>Las proyecciones del indigenismo jurídico sobre la propiedad andina</i> , por Rodrigo Míguez Núñez.....	767
 BIBLIOGRAFÍA	
AGUILERA BARCHET, Bruno (coord.). <i>El Derecho en la época del Quijote</i> . Thomson-Aranzadi, Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales y la Faculté de Droit Paris 12. Madrid 2006, 258 pp. (Fernando Suárez Bilbao) .....	805
ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio (coord.). <i>Estudios jurídicos sobre el Franquismo. La familia ideal y otras cuestiones</i> . Prólogo de Enrique Gacto Fernández. Editorial Dykinson, Madrid, 2009. 373 pp. (Faustino Martínez).....	807
ÁLVAREZ CORA, Enrique. <i>La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)</i> , Madrid, Fundación Beneficiencia et Peritia Iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, 590 pp. Y del mismo autor, <i>La codificación de los contratos de compraventa y permuta</i> , Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2008, 229 pp. (Francisco Pacheco) .....	813
BARRIOS PINTADO, Feliciano. <i>España 1808. El gobierno de la Monarquía</i> . Madrid: Real Academia de la Historia, 2009, 170 pp. (Agustín Bermúdez Aznar).....	817
CANET APARISI, Teresa. <i>Vivir y pensar la política en una monarquía plural. Tomás Cerdán de Tallada</i> , Valencia: Universitat, 2009, 289 pp. (Agustín Bermúdez Aznar) .....	819
CARONI, Pío. <i>La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente</i> . Presentación de Italo Birocchi. Traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Editorial Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid.	

	Páginas
Biblioteca del Instituto Antonio de Nebrija, n.º 20, Madrid, 2010. 225 pp. (Faustino Martínez) .....	821
DIOS, Salustiano DE; INFANTE, Javier; ROBLEDO, Ricardo; TORIJANO, Eugenia (Coords.). <i>Historia de la propiedad. Crédito y Garantía</i> , Madrid, 2007, 902 pp. (José Antonio Pérez Juan) .....	834
DIOS, Salustiano DE; INFANTE, Javier y TORIJANO, Eugenia. (Coords.). 2009. <i>Juristas de Salamanca, siglos XV-XX</i> . Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. 457 pp. (Margarita Serna Vallejo).....	838
ESCUADERO, José Antonio (ed.). 2008. <i>El Rey. Historia de la Monarquía</i> . 3 vols. Barcelona: Editorial Planeta. Vol. I: 450 pp. Vol. II: 486 pp. Vol. III: 539 pp. (Margarita Serna Vallejo).....	844
GARCÍA PÉREZ, Rafael D. <i>Antes leyes que reyes. Cultura jurídica y constitución política en la Edad Moderna (Navarra, 1512-1808)</i> , en Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Milano, 2008, 546 p. (Pilar Arregui Zamorano).....	855
IGLESIAS, Carmen. <i>No siempre lo peor es cierto. Estudios sobre Historia de España</i> , Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2008; 1.037 pp. Galaxia Gutenberg; Círculo de Lectores (José María Vallejo García-Hevia).....	860
LAPEYRE, Henri. 2008. <i>Una familia de mercaderes: Los Ruiz. Contribución al estudio del comercio entre Francia y España en tiempos de Felipe II</i> . Edición y traducción Carlos Martínez Shaw. Valladolid: Junta de Castilla y León. Consejería de Cultura y Turismo. 629 pp. (Margarita Serna Vallejo) .....	879
LLIBRE DELS JUDICIS. <i>Traducción catalana moderna del Liber Iudiciorum</i> (Joan Bellés i Sallent (+). Colaboradores: Jesús Alturo i Petrucho; Josep M. Font i Rius, Anscari M. Mundó; Alexandre Olivar. Barcelona: Parlament de Catalunya, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, 2008, 1.ª edición, 403 pp. Textos jurídics catalans; 25. Lleis i Costums; 1/2. Texto en catalán; introducción general en catalán; notas sobre la traducción en catalán. (Rosine Letinier).....	885
MARTÍNEZ ALMIRA, María Magdalena. <i>Derecho procesal malikí hispanoárabe</i> . Prólogo de Agustín Bermúdez Aznar. Facoltà di Studi Politici e per l'Alta Formazione Europea e Mediterranea «Jean Monnet», Seconda Università degli Studi di Napoli. Napoli, Edizioni Scientifiche Italianae, 2006, 170 pp. (Alejandro Martínez Dhier).....	887
MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo; GONZÁLEZ DÍEZ, Emiliano. <i>La ciudad de Burgos en su Historia</i> . Instituto Municipal de Cultura y Turismo. Ayuntamiento de Burgos: Burgos, 2009. 391 pp. (Carmen Losa Contreras).....	900
MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. <i>De responsabilitate. Una breve historia de la responsabilidad pública</i> . Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2008, 320 pp. (Fernando Martínez Pérez) .....	901
MARTÍNEZ RUIZ, Enrique. <i>Los soldados del rey. Los ejércitos de la Monarquía Hispánica (1480-1700)</i> . Ed. Actas, Madrid, 2008, 1.070 pp. (Francisco Andújar Castillo).....	906

	Páginas
MARZAL RODRÍGUEZ, Pascual. <i>Una historia sin justicia. Cátedra, política y magistratura en la vida de Mariano Gómez</i> , Prólogo de Mariano Peset. Universitat de València, 2009, 321 pp. (Sebastián Martín Martín) .....	911
MASFERRER DOMINGO, Aniceto. <i>La inhabilitación y suspensión del ejercicio de la función pública en la tradición penal anglosajona. Especial consideración al derecho francés, alemán, español, inglés y norteamericano</i> . Ministerio del Interior, Madrid, 2009. 484 pp. (Juan Sainz Guerra) .....	916
MIQUEL, J. <i>Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente derecho español</i> , Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, Studia Albornotiana, XCVII, 2009, 344 pp. (Rafael Ramis Barceló).....	920
OBARRIO MORENO, Juan Alfredo. <i>La preterición en el ámbito del ius commune: los comentarios de Tomás Cerdán de Tallada al Fuero Declaran. Estudio, traducción y transcripción</i> , Dykinson, S.L., Madrid, 2009, 388 pp. (Josep Serrano Daura) .....	922
OLÓRIZ, Hermilio de. <i>Resumen histórico del Antiguo Reino de Navarra; Fundamento y defensa de los fueros; La cuestión foral. Reseña de los principales acontecimientos ocurridos desde mayo de 1893 a julio de 1894</i> . Edición de José Luis Nieva Zardoya. Donostia-San Sebastián, Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, 2009, 368 p. (Textos Jurídicos de Vasconia. Navarra; 1) (Pilar Arregui Zamorano) .....	924
ORDUÑA REBOLLO, Enrique, <i>Historia del municipalismo español</i> . Iustel, Madrid, 2005. 278 pp. <i>Historia de la Legislación de Régimen Local (siglos XVIII a XX)</i> . (Orduña Rebollo, Enrique: Estudio Preliminar y selección de textos. Cosculluela Montaner, Luis: Estudio Preliminar del siglo XX). Iustel, Madrid, 2008. 1.689 pp. (Regina Polo).....	930
PÉQUIGNOT, Stéphane. <i>Au nom du roi. Pratique diplomatique et pouvoir durant le regne de Jacques II D'Aragon (1291-1327)</i> , Madrid: Casa de Velázquez, 2009, 631 pp. CD-Rom. (Magdalena Martínez Almira) .....	936
PINO ABAD, Miguel. <i>El Recurso de suplicación en Castilla. Expresión de la gracia regia</i> . Prólogo de José M. <sup>a</sup> García Marín. Madrid-Barcelona: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006, 263 pp. (Carmen Losa Contreras) .....	940
PRODI, P.: <i>Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho</i> , Madrid, Katz, 2008. 457 pp. (Rafael Ramis Barceló) .....	944
RIBOT GARCÍA, Luis. <i>El Arte de gobernar. Estudios sobre la España de los Austrias</i> . Alianza Editorial, Madrid, 2006. 312 pp. (Carmen Losa Contreras).....	947
RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio; CALVO GONZÁLEZ, José; CASADO CAÑERO, María José. <i>In Theatro Librorum</i> . Málaga: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2009. 213 p. (Belén Malavé Osuna).....	953

	Páginas
SALAS ALMELA, Luís. <i>Medina Sidonia. El poder de la aristocracia. 1580-1670</i> , Marcial Pons-Centro de Estudios Andaluces, Madrid, 2008, 515 pp. (Dionisio Perona Tomás).....	955
SÁNCHEZ AGUIRREOLEA, Daniel. <i>Aproximación Histórica al Estudio de la Justicia Penal en la Navarra de la Edad Moderna. El Caso del Bandolerismo</i> , Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública, Gobierno de Navarra, 2008. 326 pp. (Roldán Jimeno Aranguren).....	962
SERNA VALLEJO, Margarita (coord.). <i>La Historia del Derecho en España a través de las revistas histórico-jurídicas impresas (1924-2008). Base de datos de todas las referencias contenidas en ellas</i> , FEDHAV, Donostia-San Sebastián, 2009. 132 pp. (Eugenia Torijano).....	965
STOLLEIS, Michael. <i>La Historia del Derecho como obra de arte</i> . Edición y traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Editorial Comares. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica. Colección Derecho Romano y Ciencia Jurídica Europea. Sección Nexum, n.º 8. Granada, 2009. XI + 90 pp. (Faustino Martínez).....	966
TATJER PRAT, Maria Teresa. <i>La Audiencia Real de la Corona de Aragón. Orígenes y primera etapa de su actuación (S. XIII y XIV)</i> . Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, Col.lecció d'Estudis d'Història del Dret ( <i>Seminari Permanent i Interuniversitari d'Història del Dret Català Josep M. Font Rius</i> ), 2009, 263 pp. (Aniceto Masferrer) .....	977
TORRES AGUILAR, Manuel. <i>Génesis parlamentaria del código penal de 1822</i> . Universidad degli Studi di Messina. Dipartimento di Studi Europei e Mediterranei. Sicania University Press, 2008. 270 pp. (Juan Baró Pazos) .....	981
VAL VALDIVIESO, M. <sup>a</sup> Isabel del; y MARTÍNEZ SOPENA, Pascual (Dir.). <i>Castilla y el Mundo Feudal. Homenaje al Profesor Julio Valdeón</i> , Valladolid 2009, 3 vols. 2084 pp. (David Torres).....	984
VARELA SUÁNZES-CARPEGNA, Joaquín. <i>La Constitución de 1876</i> . Colección Las Constituciones Españolas. 7. Dirigida por Miguel Artola. Madrid: Iustel, 2009, 463 pp. (Marta Frieria Álvarez).....	986
VICENTE ALGUERÓ, Felipe-José de. <i>Viva La Pepa, los frutos del liberalismo español en el siglo XIX</i> . Ed. Gota a gota, Octubre 2009, Madrid 303 pp. (Braulio Díaz Sampedro).....	991
VILADAMOR, Antoni. <i>Història General de Catalunya</i> , 2 volúmenes, Textos i Documents, núms. 40 y 41, Fundació Noguera, Barcelona, 2007, 969 pp. (Josep Serrano Daura) .....	994
 VARIA	
<i>IV Jornada d'estudi (Juristas i notaris): els drets històrics i les formes d'autonomia</i> (Margarita Serna Vallejo) .....	1001
<i>II Simposio Internacional de Historia Comunera</i> (M. <sup>a</sup> Magdalena Martínez Almira).....	1003
<i>Nueva Catedrática de Historia del Derecho</i> .....	1004
<i>Acreditación de Catedráticos de Historia del Derecho</i> .....	1005

	<u>Páginas</u>
<i>Nuevos profesores Titulares de Historia del Derecho</i> .....	1005
<i>Jubilación del Profesor Piña Homs (Antonio Planas Rosselló)</i> .....	1006
<i>Jubilaciones (B.G.A.)</i> .....	1008
<i>Fallecimiento de don Rafael Gibert</i> .....	1009
RESÚMENES .....	1011
OBJETIVOS .....	1033
NORMAS DE PUBLICACIÓN EN EL AHDE.....	1035
RELACIÓN DE COLABORADORES .....	1037
ÍNDICE .....	1039



